



**VNIVERSIDAD  
DSALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**PROGRAMA DE DOCTORADO  
"ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL"**

**TESIS DOCTORAL**

**PROBLEMÁTICA REGISTRAL Y PROCESAL DE  
LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA JUDICIAL**

**NATALIA HERMOSO DE MENA**

**SALAMANCA – 2015**





**VNIVERSIDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**PROGRAMA DE DOCTORADO  
"ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL"**

**TESIS DOCTORAL**

**PROBLEMÁTICA REGISTRAL Y PROCESAL DE  
LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA JUDICIAL**

Tesis Doctoral presentada por **NATALIA HERMOSO DE MENA** para obtener el grado de Doctor por la Universidad de Salamanca, dirigida por el Prof. Dr. D. AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña) y por el Prof. Dr. D. NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA (Prof. Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca).

Fdo.: NATALIA HERMOSO DE MENA

Fdo.: AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN

Fdo.: NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA

**SALAMANCA – 2015**



A mi marido y a mis hijas,  
por regalarme el tiempo necesario para realizar este trabajo  
y apoyarme siempre



# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	13
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	15
<b>1. INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA</b> .....	25
1.1. Carácter constitutivo. Manifestaciones .....	26
1.1.1. Cláusulas de vencimiento anticipado .....	26
1.1.2. Cláusulas abusivas .....	46
1.1.3. Hipoteca unilateral .....	59
1.1.4. Subrogación en préstamos hipotecarios .....	63
1.1.5. Hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales .....	63
1.1.6. Hipoteca a favor de una pluralidad de acreedores .....	65
1.1.7. Inscripción previa de prohibición de enajenar .....	67
1.1.8. Situación concursal del hipotecante .....	69
1.1.9. Falta de coincidencia del contenido de la inscripción y el de la escritura .....	79
1.2. Circunstancias que deben constar en la escritura .....	83
1.2.1. Precio de tasación de la finca .....	83
1.2.2. Domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones .....	90

1.3. Consecuencias de su omisión .....	95
<b>2. EXAMEN DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CAUSAS DE OPOSICIÓN DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA .....</b>	<b>103</b>
2.1. Régimen legal del vencimiento anticipado .....	107
2.2. Cláusulas suelo .....	113
<b>3. CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE TITULARIDAD Y DE CARGAS .....</b>	<b>123</b>
3.1. Objetivos de la certificación .....	128
3.1.1. Dos o más hipotecas inscritas a favor del mismo ejecutante .....	129
3.1.2. Hipoteca no inscrita o cancelada .....	138
3.1.3. Hipoteca que subsiste inscrita a favor de persona distinta del ejecutante .....	139
3.1.3.a) Cesión de crédito .....	139
3.1.3.b) Procesos de fusión de Cajas de Ahorros .....	146
3.1.4. Bien hipotecado declarado afecto a la actividad empresarial .....	152
3.2. Finalidades de la certificación .....	155
3.3. Efectos de la nota marginal .....	156
<b>4. COMUNICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO .....</b>	<b>163</b>
4.1. Especial análisis del concepto de tercer poseedor .....	170
<b>5. DECRETO DE APROBACIÓN DE REMATE .....</b>	<b>177</b>
5.1. Título no inscribible .....	179
5.1.1. Excepciones: hipoteca de remate (art. 107.12.º LH) .....	179



5.2. Relación entre los art. 670.8 y 208.2.2.º LEC y 133 LH (evolución histórica de la adquisición del dominio en la subasta) .....	185
5.3. Diferencias entre el decreto de aprobación del remate y el decreto de adjudicación .....	199
5.3.1. Evolución legislativa (hasta Ley 13/09 de 3 de noviembre) .....	199
5.3.2. Perfección de la enajenación forzosa .....	202
5.3.3. Consumación de la enajenación forzosa .....	203
5.3.3.a) Consumación en caso de cesión de crédito .....	206
5.3.3.b) Consumación en caso de cesión de remate .....	208
5.4. Plazo de aprobación del remate .....	213
5.5. Efectos .....	218
5.6. Supuestos de no aprobación del remate .....	233
<b>6. DECRETO DE ADJUDICACIÓN .....</b>	<b>239</b>
6.1. Título inscribible .....	241
6.1.1. Adjudicación a tercero mejor postor. Especial consideración de licitadores .....	243
6.1.2. Adjudicación al cesionario: especial referencia a los fondos de titulización .....	249
6.1.3. Adjudicación al acreedor; posibilidades del ejecutante, aprobación del remate a su favor .....	261
6.1.3.a) Adjudicación en pago .....	262
6.1.3.b) Intervención en la subasta .....	269
6.1.4. Transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada (arts. 640 y 641 LEC) .....	275
6.1.4.a) El convenio de realización .....	275

6.1.4.b) La realización por persona o entidad especializada .....	286
6.2. Valor de adjudicación y límites de la garantía .....	294
6.3. Requisitos (art. 132 LH): Función calificadora del Registrador .....	299
6.3.1. Requerimiento de pago .....	300
6.3.2. Notificación de la existencia del procedimiento .....	304
6.3.3. Límite de la cobertura hipotecaria .....	309
6.3.4. Valor igual o inferior al importe total del crédito .....	310
6.4. Recursos contra la calificación registral .....	317
6.5. Consecuencia registral de la ausencia de cada uno de ellos .....	321
6.5.1. Demanda y requerimiento .....	321
6.5.2. Notificación .....	322
6.5.3. Consignación del precio y pago al acreedor (sin exceder del límite de la cobertura hipotecaria) .....	323
6.5.4. Valor del bien, igual o inferior al crédito .....	324
<b>7. LA CERTIFICACIÓN EXIGIDA POR EL ART. 654.3 LEC .....</b>	<b>325</b>
<b>8. MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN .....</b>	<b>333</b>
8.1. Inscripciones y anotaciones incluidas .....	335
8.1.1. Anotaciones preventivas de embargo .....	335
8.1.2. Supuestos de arrendamientos: incidente del art. 675 LEC .....	336
8.1.3. Derecho de uso sobre la vivienda familiar .....	347
8.2. Excepciones al art. 134 LH .....	348
8.2.1. Supuestos en que la inscripción de la hipoteca, pese a la literalidad del propio precepto, debe subsistir total o parcialmente .....	349

8.2.2. Las excepciones recogidas por el art. 134 LH .....	351
8.2.3. Otras excepciones .....	353
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>365</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>369</b>
<b>ANEXO I: JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>387</b>
<b>ANEXO II: RESOLUCIONES DGRN</b> .....	<b>393</b>



## **ABREVIATURAS**

AAP: Auto Audiencia Provincial.

AJM: Auto Juzgado de lo Mercantil.

BCRE: Boletín Colegio Registradores.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CNRP: Consejo Nacional de Registradores de la Propiedad.

DA: Disposición Adicional.

DGRN: Dirección General del Registro y del Notariado.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

IBI: Impuesto de Bienes Inmuebles.

ITP: Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

ITPAJD: Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.

LAU: Ley de Arrendamientos Urbanos.

LAR: Ley de Arrendamientos Rústicos.

LC: Ley Concursal.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LH: Ley Hipotecaria.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LS: Ley del Suelo.

LJCA: Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

OM: Orden Ministerial.

RD: Real Decreto.

RDGRN: Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado

RH: Reglamento Hipotecario.

RN: Reglamento Notarial.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TEAC: Tribunal Económico Administrativo Central.

TC: Tribunal Constitucional.

TEAR: Tribunal Económico- Administrativo Regional.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLCU: Texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

## INTRODUCCIÓN

La economía española afronta, en estos últimos años, los dañinos efectos de un modelo de crecimiento que ha resultado ser insostenible y que ha venido a agravar en nuestro país la crisis financiera internacional que se desencadenó, en el año 2008, en EEUU y que profundizó en los países de la Eurozona sobre todo a partir del establecimiento de una agenda<sup>1</sup> en la que el objetivo fundamental fue y sigue siendo la austeridad fiscal. A esta situación no se llega solo por circunstancias externas, sino que estas convergen en nuestro país con otras que desembocan en la situación actual.

Uno de los daños colaterales de esa crisis internacional ha sido la multiplicación de procedimientos de ejecución hipotecaria<sup>2</sup> derivados del impago de la deuda

---

<sup>1</sup> RASMUS, J. opina en su artículo publicado el 21 de octubre de 2014 por teleSUR bajo la siguiente dirección: <http://www.telesurtv.net/opinion/El-Nuevo-Modelo-de-Austeridad-de-La-Eurozona-20141021-0046.html>. (consultado el 04/08/2015) que *“Las políticas de austeridad están evolucionando en formas aún más nuevas. Ya no sólo recortes en los programas sociales del gobierno y la eliminación de los subsidios para los trabajadores pobres, como antes, el “nuevo modelo” de austeridad emergente en la Eurozona consiste en ataques directos a los salarios y los ingresos de los trabajadores. El plan consiste en mantener bajos los salarios con el fin de disminuir los costes empresariales y el precio de las exportaciones. Impulsando las exportaciones, se espera, dará lugar a una mayor inversión que ha venido disminuyendo de manera constante desde hace años en la Eurozona. Este escenario se lleva a cabo bajo la cobertura de lo que se llama “reformas económicas estructurales” en general y, específicamente, “reforma del mercado de trabajo”, como el elemento central de las reformas estructurales generales”*.

<sup>2</sup> Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales - Datos por TSJ (Datos desde 2007 hasta primer trimestre de 2015) Informe estadístico. Consejo General del Poder Judicial (España). Sección de Estadística Judicial. Fecha de finalización: martes, 31 de marzo de 2015:

contraída en su día por familias y empresas, pero este efecto era obvio en nuestro país porque la burbuja hipotecaria estaba alimentando durante toda una década el crecimiento anómalo de la actividad inmobiliaria, y esto está en la raíz de un proceso que ha llevado paulatinamente a un crecimiento de las ejecuciones hipotecarias y como consecuencia a la expulsión de sus hogares de un elevado número de personas al ser éste un procedimiento que finaliza con el lanzamiento (no desahucio, ya que éste es otro procedimiento, verbal, que no ejecutivo) del ejecutado y la entrega de la posesión (del inmueble) al ejecutante.

Pero ¿cómo se pudo llegar a ese nivel de endeudamiento? Antonio Muñoz Molina lo explicó muy bien<sup>3</sup>, cuando dijo *“La abundancia de dinero fue inundación cuando a principios de siglo ingresamos en la moneda única y fluyó el crédito barato. Entonces no comprendíamos que una gran parte de ese dinero era prestado y que por muy bajo que fuera el interés, alguna vez habría que devolverlo. No lo comprendíamos y nadie lo explicaba”*. Pero nadie lo explicaba porque no interesaba explicarlo, porque todo iba muy bien así, fluía el crédito, los ciudadanos compraban inmuebles (muchos de los cuales viviendas habituales), había que construir más inmuebles para vender sin diferenciar su destino porque todos ganaban, todos menos los compradores.

Mi interés por este procedimiento de ejecución hipotecaria se remonta a este momento en que todo iba muy bien, económicamente hablando, o por lo menos lo parecía. Ya por entonces resultaban extrañas algunas prácticas bancarias que se veían repetidas una y otra vez en los procedimientos de ejecución hipotecaria que tramitaba, como responsable de este tipo de procedimientos.<sup>4</sup> Nada parecía

---

Total 2007	Total 2008	Total 2009	Total 2010	Total 2011	Total 2012	Total 2013	Total 2014
25.943	58.686	93.319	93.636	77.854	91.622	82.680	80.749

<sup>3</sup> “Todo lo que era sólido”, Editorial Seix Barral 2013.

<sup>4</sup> En éste sentido es interesante mencionar el ejemplo que expone Martínez Santos A. en el prólogo de su libro, cuando el director de una sucursal de banco fue despedido porque el programa informático de la entidad financiera había hecho saltar las alarmas por sus prácticas consistentes en haber superado el límite de riesgo en la concesión de préstamos hipotecarios, respetando el límite del 80%, completaba el 20% restante con un préstamo personal, en ocasiones ese porcentaje



poder hacerse, por un lado porque el principio de la autonomía de la voluntad de las partes debe imperar (pensaba entonces) y por otro, porque el rígido esquema procesal de la ejecución hipotecaria impedía cualquier tipo de movimiento judicial de oficio, estableciéndose, además, unas taxativas causas de oposición que limitaban al ejecutado en su intervención procesal.<sup>5</sup>

Mi planteamiento comienza a variar, primero con la proliferación legislativa en materia de protección de consumidores y usuarios y en relación con ésta, la normativa referente a las condiciones generales de contratación, siendo ésta claramente de aplicación a un contrato de préstamo hipotecario en que el contratante o adherente nada puede decir sobre la variación de las cláusulas que lo conforman, sino tan solo decidir si las acepta o no, y segundo al abandonar un planteamiento que parecía incuestionable: la imposibilidad judicial de revisar un título ejecutivo como es una escritura hipotecaria concediéndole casi un valor de sentencia, ya que al resolver la oposición, atendiendo al principio de legalidad, el juez viene obligado a aplicar los claros términos de los artículos 695 y 698 LEC<sup>6</sup>.

Lo anterior no solo impedía al ejecutado oponerse a la ejecución alegando el carácter abusivo de alguna de las cláusulas <sup>7</sup> sino incluso acudir a un procedimiento declarativo, que al final devenía inoperante porque impedía al juez de éste adoptar como medida cautelar de la ejecución.<sup>8</sup>

---

del 20% llegaba al 30% o más. Sin embargo, pocos días antes se le había premiado por sus excelentes rendimientos. “Sobre la ejecución hipotecaria inmobiliaria”. Ediciones Foro Jurídico, Valencia 2013.

<sup>5</sup> Cfr. MARTÍN DIZ, F. “La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles: su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.”, Edit. Comares, Granada, 2000, págs. 359 y ss.

<sup>6</sup>Los antiguos preceptos 695 y 698 LEC, antes de la reforma, ya que el art. 695 Se modifica, su apartado 4, por la disposición final 3 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo y por la disposición final 3 del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre.

<sup>7</sup> Constatado que muchas de ellas podían, a priori, tener esa consideración. Vid. BLANCO GARCÍA, A. I. “Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”. Revista Cesco de Derecho de Consumo N.º 7/2013.

<sup>8</sup> Así se recoge en la Sentencia T.J.U.E. de 14 de marzo de 2013, según la cual:

1) *La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una*

Lo cierto es que la justicia europea, a partir de la Sentencia de TJUE de 14 de marzo de 2013, no ha parado de contestar a las múltiples cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces españoles en este sentido<sup>9</sup> lo que ha dado lugar a la modificación operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modificaciones necesarias pero a todas luces insuficientes, ya que se ha mantenido la necesidad de continuar con las reformas de este procedimiento llegando incluso a la dación en pago<sup>10</sup>, sin mencionarse otras

---

*normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.*

2) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que:

- el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

- para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual. El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

<sup>9</sup> La última de 21 de enero de 2015 estableciendo que, " si los intereses son abusivos, el juez no tiene que recalcularlos sino que puede declararlos nulos y no aplicarlos en una ejecución hipotecaria. Por lo que, en consecuencia, la deuda deja de aumentar por este concepto".

<sup>10</sup> La dación en pago ya se explora o intuye en esta Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, concretamente en la nueva redacción del art. 579.2 LEC, ya que en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de

soluciones como podría ser la nueva tasación del inmueble conforme, no ya a precios de mercado actuales, pero sí ponderando los precios artificialmente inflados propios del momento de la burbuja inmobiliaria.

Sin embargo, este trabajo no tiene por objeto centrarse en ninguno de los aspectos anteriores, sino en otro más silencioso pero que, siempre he considerado fundamental, como es la relación judicial-registral tan evidente en éste tipo de ejecución y la problemática que plantean en los juzgados las calificaciones negativas de los Registradores.

Muchas veces el desconocimiento del derecho registral lleva a plantearnos diversas cuestiones sobre las calificaciones de los Registradores, preguntas que, sin duda, deben formularse desde la perspectiva de considerar a tales profesionales como garantía de legalidad de un procedimiento, como es la ejecución hipotecaria, que desde el principio de mi relación profesional con él, me ha planteado muchísimas dudas. Esto me llevó, en un principio, a coleccionar calificaciones registrales negativas de los autos primero, y decretos de adjudicación después para así intentar entender los límites registrales de la ejecución hipotecaria, poniendo en relación tales límites con las garantías procesales, lo que puede desembocar en un adelanto de tales garantías en un intento de romper con la rigidez del procedimiento<sup>11</sup>.

En primer lugar, se hará referencia a la escritura de constitución de hipoteca y a su inscripción en el Registro de la Propiedad. Es precisamente su carácter constitutivo el que determina la importancia de la inscripción ya que lo inscrito va a determinar el contenido del procedimiento de ejecución hipotecaria, es decir

---

*los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación. b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.*

<sup>11</sup> Cfr. CACHÓN CADENAS, M. “Apuntes de ejecución procesal civil” Universidad Autónoma de Barcelona. Servicio de publicaciones. Bellatera, 2011. Pág. 87.

el contenido del proceso vendrá determinado por lo que aparezca inscrito, por tanto, lo que no aparezca registralmente recogido no podrá hacerse valer a la hora de ejecutar la hipoteca que constituye la garantía del crédito.

Dentro de las manifestaciones de su carácter constitutivo es importante hacer referencia a las cláusulas de vencimiento anticipado, diferenciando aquellas que tienen carácter real de las que tienen carácter personal, realizando, por tanto, un estudio crítico del art 12 LH, cuya redacción parece sencilla, pero no clarifica, en la práctica, la diferencia entre unos tipos de cláusulas y otras.

Cobran, singular relevancia las cláusulas abusivas, no sólo desde el punto de vista procesal-judicial, cuyo tratamiento legal ha experimentado una evolución importante en los últimos años, como consecuencia de la crisis económica y la situación tremenda en la que se han visto muchas familias, y sobre todo por la aplicación en nuestro país de normas comunitarias ya existentes con anterioridad a éste problema, pero que sin embargo eran obviadas por nuestra legislación de manera inexplicable, sino también desde el punto de vista registral, es decir, desde la facultad calificadora de los Registradores.

Igualmente se analizarán supuestos interesantes relacionados con ese carácter constitutivo de la hipoteca, como son la hipoteca unilateral, la subrogación en préstamos hipotecarios, la hipoteca a favor de una pluralidad de acreedores, la inscripción previa de prohibición de enajenar, la influencia de la declaración del concurso del hipotecante en la ejecución hipotecaria, dependiendo de si el inmueble ha sido declarado o no afecto a la actividad mercantil del concursado, y por último, los supuestos de falta de coincidencia entre el contenido de la inscripción y el contenido de la escritura, resolviéndose casi siempre ésta discordancia por los principios recogidos en los arts. 32 y 34 LH. Y digo casi siempre porque no faltan excepciones como el supuesto del tercer poseedor que, aunque no inscrito, tiene un papel importante en la ejecución hipotecaria.

También se plantea este problema de discordancia en relación con el titular inscrito que, tras las fusiones de Cajas de Ahorro y las cesiones de crédito de unas entidades a otras, ha dado lugar a importantes discusiones sobre si es necesario

o no la inscripción de tales cambios de titularidad en el Registro (discusiones no tanto a referidas a su carácter constitutivo o no, tema que parece superado, sino a las consecuencias prácticas de no hacerlo).

Las circunstancias que deben constar en la escritura son totalmente distintas en cuanto a las consecuencias de su omisión dependiendo de si hablan del precio de tasación o del domicilio a efectos de requerimiento y notificación. Esta última es especialmente interesante analizarla desde el punto de vista del enfoque dado por la jurisprudencia del TC en cuanto a la notificación de la existencia del procedimiento y requerimiento al ejecutado, y la petición de los Registradores de que conste en el decreto de adjudicación la forma en que se ha llevado a cabo la misma.

Con respecto a las notificaciones, la Ley Hipotecaria, aprobada en 1861 con la finalidad de fortalecer la hipoteca para atraer capital extranjero que permitiera financiar las construcciones ferroviarias. Entre las medidas que propician este fortalecimiento de la hipoteca se encontraba el sistema registral de notificaciones que permitiera una rápida ejecución, sin dilaciones –como pueden ser la ocultación o desaparición del deudor insolvente que desincentivara a los inversores.

Con este propósito se desarrolló este sistema registral; así, el art. 682.2.2.º LEC establece que el deudor deberá determinar en la escritura de la hipoteca un domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones. Siendo el art. 683 LEC el que establece qué trámites han de seguirse para modificar el domicilio fijado a tales efectos. La omisión de dichos trámites por parte del deudor comportaba su responsabilidad respecto a las consecuencias que pudieran derivarse de ello, facilitando así la ejecución hipotecaria.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional matizó el contenido de estos artículos realizando una interpretación conforme a la Constitución según la cual el órgano judicial tiene la obligación de dirigirse a los organismos oficiales y registros

públicos que puedan facilitar la averiguación y localización de la parte cuando el requerimiento haya sido infructuoso en el domicilio señalado en la escritura<sup>12</sup>.

Se estudia también la importancia de la certificación registral de titularidad y de cargas, desde el punto de vista de sus objetivos y de sus finalidades, haciendo hincapié en casos singulares como pueden ser: la existencia de dos a más hipotecas inscritas a favor del mismo ejecutante, la hipoteca no inscrita o cancelada o la hipoteca que subsiste inscrita a favor de persona distinta del que ejecuta, donde se ahondará en los problemas derivados de la cesión de crédito o procesos de fusión, que son los casos en los que se produce normalmente esa discordancia. En este punto, sin duda ha resultado interesante recabar la opinión de los Registradores en cuanto a la necesidad de exigir que la hipoteca esté inscrita a nombre de quien la ejecuta, como requisito previo al inicio del procedimiento de ejecución judicial, porque la opinión del criterio de las Audiencias no es clara al respecto, o más bien se halla profundamente dividida, sin poder utilizar el criterio del carácter no constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito (criterio que es prácticamente aceptado de manera unánime).

Igualmente es importante resaltar las diferencias que existen entre los dos tipos de decretos dictados en éste procedimiento de ejecución, de aprobación de remate y de adjudicación, distinguiendo el carácter de título no inscribible del primero y de título inscribible del segundo.

Con respecto al primero, existe la importante excepción de hipoteca del remate (art. 107.12.º LH) y con respecto al segundo como no existe duda sobre su condición de título inscribible en el Registro, debe analizarse a favor de quien puede realizarse la adjudicación, lo que va a determinar el cambio de titularidad del inmueble en el Registro. Así, tal adjudicación podrá ser a favor de tercero mejor postor o acreedor intervinientes en la subasta, o a favor de éste último por adjudicación en pago o a la transmisión de quien se determine por convenio de realización o finalmente, por realización por persona o entidad determinada.

---

<sup>12</sup> STS Sala Primera 78/2008, de 7 de julio de 2008 (BOE núm. 178, de 24 de julio de 2008).

Es indispensable, llegado éste momento de la ejecución hipotecaria, analizar la función calificadora del Registrador del art. 132 LH.

Las últimas modificaciones legislativas han afectado al procedimiento de ejecución hipotecaria, estableciendo la obligación del Secretario judicial de expedir una certificación que acredite, en caso de subsistir, la existencia de la deuda que resta por satisfacer (exigencia establecida por el art. 654.3 LEC).

Por último, el mandamiento de cancelación de cargas es la última consecuencia de la ejecución de la hipoteca, que supone cancelar la inscripción de la hipoteca y de todas las cargas posteriores, con algunas excepciones recogidas expresamente en el propio artículo que ordena tal cancelación y otras excepciones que conviene enumerar para llegar a la conclusión de que no deben ser interpretadas las normas reguladoras de éste procedimiento, ni las procesales ni las registrales, de manera literal. Efectivamente, desde una interpretación mucho más extensiva se llega a comprender éste interesante procedimiento con mayor facilidad, y esto es lo que me propongo con éste trabajo.

No solo se realizará un estudio de las Resoluciones de la DGRN (tan importantes en esta materia) las opiniones de los distintos autores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, así como la jurisprudencia menor, sino también un análisis de la experiencia de mis compañeros y la mía propia, realizando un estudio, eminentemente práctico de la problemática registral, aunque también procesal, de la ejecución hipotecaria.





## **1. INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.**

Desde el inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, queda patente la íntima relación procesal–registral existente, ya que el carácter constitutivo de la inscripción registral de la hipoteca viene determinado por los arts. 682.3 LEC y 130 LH.

Según el primero de ellos, el Tribunal deberá comprobar que la escritura de constitución de hipoteca figura inscrita en el Registro de la Propiedad, ya que éste procedimiento de ejecución solo podrá ejercitarse sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo, conforme el segundo de los preceptos mencionados.

La LEC afirma que el fundamento de todo proceso ejecutivo (art. 517), incluido el hipotecario (art. 685.2) es el título ejecutivo, siendo concretamente para la ejecución hipotecaria el título de crédito. Así se llega a una confusión conceptual entre crédito e hipoteca, recogidos ambos en la escritura pública. Existiendo diferentes posturas doctrinales sobre cuál es el auténtico título ejecutivo en la ejecución hipotecaria<sup>13</sup>, lo cierto es que la escritura de constitución de hipoteca

---

<sup>13</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. otorga mayor importancia al título desde el punto de vista procesal, es decir, el título formal en que se funda la ejecución. “Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario”. Academia Sevillana del Notariado. Consejo General del Notariado, págs. 179,180 y 181. En el mismo sentido MIRA ROS, C. en su artículo “Un nuevo enfoque procesal de la ejecución hipotecaria” Revista General de Derecho Procesal, N.º. 16, 2008, afirmando que el fundamento de la demanda o *causa petendi* de la pretensión ejecutiva es el título constitutivo de la deuda y no la inscripción registral de la hipoteca.

contiene dos actos jurídicos, que son la relación crediticia y la relación hipotecaria que garantiza la anterior, siendo esta la opinión de Martín Diz<sup>14</sup>. Teniendo en cuenta la legislación procesal, parece que el legislador entiende que no puede existir un acto sin el otro, no obstante, más allá de la discusión que plantea el asunto en éste ámbito, en el registral no cabe ninguna duda: la ejecución hipotecaria se basa en los extremos recogidos en el asiento que corresponda.

### **1.1. CARÁCTER CONSTITUTIVO. MANIFESTACIONES.**

Ese carácter constitutivo tiene múltiples manifestaciones, tal y como indicamos a continuación.

#### **1.1.1. Cláusulas de vencimiento anticipado.**

Tal carácter se da en las cláusulas de vencimiento anticipado; ya que se puede predicar ese carácter no solo *inter partes* sino también frente a terceros.

Una cosa es el ejercicio de cualquier acción personal (ya sea a través de un juicio declarativo o de una ejecución ordinaria) y otra el ejercicio de la acción real mediante el procedimiento judicial sumario de los arts. 681 y ss. LEC (antes art. 131 LH)<sup>15</sup>.

---

Defienden la postura contraria, considerando que el título de la ejecución es la escritura pública de la hipoteca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, múltiples autores entre los que se encuentran JURADO JURADO, J.J., considerando que nos encontramos ante un procedimiento de base estrictamente registral. “Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados.” Editorial Bosch 2001. Pág. 152.

<sup>14</sup> La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles ..., ob, cit, págs., 149 y 150.

<sup>15</sup> Esta opinión es mayoritaria entre la doctrina: RIVERA FERNÁNDEZ (El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca, Civitas, Madrid 1994, pág. 167), considera que la inscripción configura la hipoteca, por lo que si no está inscrita la cláusula de vencimiento anticipado, aquélla no puede desplegar su eficacia. RIVAS TORRALBA R. (Aspectos procesales

El principio de la autonomía de la voluntad previsto en el art 1255 del C.C., permite a los contratantes establecer toda suerte de pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, con el único límite de no ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Por tanto todos ellos pueden tener acceso al Registro, siendo así oponibles<sup>16</sup> frente a terceros y determinando la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base a dichas cláusulas, sean cuales sean (falta de pago de alguno de los plazos de amortización o cualquier otra distinta).

Entiendo, además, la necesidad de calificación por el Registrador de dichas cláusulas, ya que las mismas tienen trascendencia real, por ello deben ser calificadas por quien dota al asiento registral de la presunción de validez y exactitud. Las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado pueden legitimar el ejercicio de la acción real, es decir, condiciona el ejercicio de dicha acción. El carácter constitutivo de la inscripción de las mismas exige tal calificación en cualquier caso. Esta calificación no plantea dudas en el caso de que la nulidad de la cláusula hubiera sido declarada por resolución judicial firme, sino cuando pretenden acceder al Registro cláusulas que pudieran ser abusivas sin existir una declaración judicial al respecto.

---

del proceso de ejecución, Bosch, 2.<sup>a</sup> edición, 2012, pág. 489), critica a los que no consideran necesaria la inscripción cuando la ejecución de la hipoteca no afecta a terceros protegidos por el art. 134 LH, considerando que su aparición determinaría la paralización y el sobreseimiento de la ejecución, ya que no parece razonable defender la posibilidad de despachar una ejecución hipotecaria en virtud de escritura no inscrita, cuando la paralización o continuación del procedimiento se hacen depender de acontecimientos extraprocesales, como sería la aparición de un tercero, e introduciendo un sobreseimiento que la LEC no contempla.

También mantienen la postura favorable al carácter constitutivo que permite solo su ejercicio, en caso de ausencia de inscripción, a través de acciones personales y no reales: MONTÉS PENADÉS, V.L. “Crédito y garantía de la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J.M. Rey Portolés”, Revista Aranzadi de derecho patrimonial N.º 1 1998, JORDANO FRAGA “La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria”, Editorial Comares, Granada 1999, pág. 172).

<sup>16</sup> La inoponibilidad de este tipo de cláusulas vulneraría los principios rectores del sistema registral español, siendo contrario a lo establecido en los arts. 9 y 130 LH. Éste último determina que “*el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*”.

Si se ponen en relación los imperativos del ordenamiento comunitario con la normativa de protección a los consumidores no cabe duda de la facultad del Registrador para calificar las cláusulas que acceden al Registro, incluso más allá de aquellas “tipificadas” por algún texto legal (como son los arts. 85 a 90 del TRLCU), que no requieren juicio de ponderación alguno. A título de ejemplo podrían mencionarse como no inscribibles <sup>17</sup> los siguientes pactos de vencimiento anticipado del crédito, por ser contrarios a normas imperativas o prohibitivas:

- En el supuesto de que el deudor sea declarado en concurso de acreedores, porque se trata de una materia ajena a la autonomía de la voluntad.
- En el supuesto de fallecimiento del deudor o de algún fiador, porque infringiría los arts. 1112 del C.C. y 1829 del mismo cuerpo legal.
- En el supuesto de que el deudor infringiera la prohibición de vender la finca hipotecada, gravarla o arrendarla o transmitirla por título diferente al de compraventa o sin cumplir determinadas condiciones. Este pacto de vencimiento anticipado sería ilegal en virtud de la D.A. primera número 5 de la Ley 41/2007, que establece *la posibilidad de declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, por la transmisión voluntaria del bien por el deudor, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente*. En otros términos, el pacto de vencimiento anticipado debe otorgar siempre al deudor la facultad de sustituir esa garantía. Así la calificación del Registrador será positiva si la cláusula contiene la facultad, y negativa si no la contiene.<sup>18</sup>
- Por embargos posteriores del bien hipotecado, otorgando al acreedor una facultad resolutoria desproporcionada.

---

<sup>17</sup> Vid. RIVAS TORRALBA, R. “Aspectos registrales del proceso de ejecución Bosch, 2.<sup>a</sup> ed, 2012, pág. 522 y ss.”.

<sup>18</sup> La única excepción se establece en la hipoteca inversa en la que si es posible establecer esta cláusula sin más (sin conceder la facultad al deudor de sustituir esa garantía por otra suficiente).

- Por denegación de la inscripción de la hipoteca por cualquier causa (ajenos al prestatario).
- Por incumplimiento de cualquier obligación (con independencia de su relevancia).
- Por cualquier deterioro de la finca en más de un determinado tanto por ciento de su valor.
- Por expropiación forzosa de la finca hipotecada, cuando existen otras posibilidades como la subrogación real de la indemnización, la intervención del acreedor en el procedimiento de expropiación o la posibilidad del deudor de sustituir la garantía.
- Por no aplicar el importe del préstamo a una finalidad determinada, salvo que tenga esa cláusula base legal.
- Por limitar la facultad de arrendar la finca hipotecada en general (habría que excluir los pactos de vencimiento anticipado referidos a los arrendamientos no exentos del principio de purga de cargas posteriores). Esa limitación general infringiría el art. 27 LH.
- Por inexactitud de los datos del prestatario o de los documentos aportados por éste (el vencimiento no se puede hacer depender de cualquier elemento distinto del incumplimiento de la obligación garantizada, más cuando se trata de incumplimientos que pueden ser considerados no esenciales).
- Por extinción de la relación laboral del prestatario, (STS, Sala Cuarta, de 4 de diciembre de 2007), ya que esta cláusula puede considerarse abusiva, dejando la resolución del préstamo al arbitrio del acreedor únicamente.
- Y, en general, no se inscribirían todas aquellas cláusulas sin trascendencia real.

El Registro de la Propiedad es un garante de los consumidores y, precisamente, en un momento en que la protección de este sector es prioritaria para el

ordenamiento comunitario, es clave para mejorar la situación contractual del consumidor, denegando el acceso al Registro de las cláusulas abusivas, así como cancelando las que ya han tenido acceso al mismo.<sup>19</sup> Pero, obviamente, esto lleva a tener que determinar hasta donde alcanza la competencia del Registrador a la vista del controvertido art. 12 LH.<sup>20</sup> Este artículo parece claro en su redacción pero el problema reside en precisar lo que tiene trascendencia real en la hipoteca. El término trascendencia real de un derecho o de una cláusula hace referencia a su manifestación externa, es decir, a la posibilidad de vinculación a terceros o la posibilidad de hacerlos valer frente a cualquiera (eficacia *erga omnes*) y de servir de base a acciones contra sujetos indeterminados.

La expresión trascendencia real es utilizada por el Reglamento Hipotecario en su art. 7 al referirse a los títulos que pueden acceder al Registro: “*Así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*”. Este precepto es muy clarificador porque relaciona la idea de trascendencia real con la posibilidad de modificar, en el presente o en el futuro, las facultades inherentes a los derechos reales.

Pero la pregunta que debe hacerse en relación con el presente trabajo, es cuáles son las facultades inherentes al derecho real de hipoteca. Porque lo que modifique las facultades inherentes al derecho real tiene trascendencia real y debe ser por ello objeto de calificación. Se trata de buscar el contenido esencial del derecho de hipoteca siguiendo la expresión utilizada por el art. 53 de la CE, o, también, las facultades que permiten reconstruir el derecho real (sin esas facultades no podríamos configurar el derecho de hipoteca).

---

<sup>19</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C. “Combatir las cláusulas abusivas”, <http://www.notariosyregistradores.com> (consultado el 05/08/2015) mantiene esta misma postura.

<sup>20</sup> Artículo modificado por la LEY 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. (BOE 08/12/2007).

La hipoteca desempeña una función de aseguramiento y para ello sujeta a un bien inmueble (fase de seguridad), existiendo una facultad de enajenación en potencia (fase de ejecución)<sup>21</sup> Por tanto, todo lo que afecte a esta facultad de sujeción y aseguramiento así como a la facultad de ejecución tiene trascendencia real y debe ser objeto de un control de entrada para su acceso a los asientos del Registro.

En la hipoteca confluyen dos derechos de manera inseparable; el derecho real de hipoteca y el derecho de crédito. Es por ello, que hay pactos o estipulaciones con eficacia distinta. La inseparabilidad de la hipoteca respecto del crédito es consecuencia de su accesoriedad no de su confusión. La hipoteca no tiene razón de ser por sí misma, sino solo como garantía del derecho de crédito, por lo que se extingue, en todo caso, con la extinción de la obligación garantizada, con independencia de que también pueda extinguirse por causa que solo se refiera al derecho real de garantía, subsistiendo la obligación garantizada, esto es el derecho de crédito por sí solo, como derecho personal, sin la garantía de la afección real sobre un bien determinado; un ejemplo de ello, es por efecto de la ejecución hipotecaria, produciéndose la extinción porque el derecho real habrá cumplido su objetivo, al proporcionar al acreedor la cantidad que se le debía a costa de la enajenación del bien inmueble hipotecado, hasta por el monto de protección del gravamen constituido en la hipoteca, siendo que de existir un crédito pendiente de pago (sea por capital, intereses, costas y costas del proceso) este ya no sería un derecho real, sino sólo un derecho de crédito personal, ejecutable en otra vía distinta.

El art. 12 LH tras su redacción dada por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, no es que cambie lo anterior sino que es una norma adjetiva que expresa como hay que proceder en la redacción de los asientos.

---

<sup>21</sup> Esto se deriva de los arts. 1876 CC y 104 LH que establecen que “la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida” y del art. 1858 CC “Es también de esencia de estos contratos que vencida la obligación principal puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor”.

Considera Díez Picazo y Ponce de León <sup>22</sup> que hay supuestos en los que el carácter real no se predica de un derecho subjetivo sino de unas determinadas posibilidades de actuación o consecuencias jurídicas, hablándose unas veces de “acción real” y en otras de “efecto real “ o “trascendencia real”. Aunque del derecho real surge una acción real, la trascendencia real también es predicable de las cláusulas de la hipoteca, por lo menos cuando producen efectos frente a terceros, de manera que quedan sujetos los sucesivos adquirentes del bien hipotecado<sup>23</sup>. Así, la trascendencia real de una cláusula se manifiesta cuando condiciona o determina las facultades inherentes al derecho real de hipoteca (léase facultades de conservación o de ejecución).

Aunque en principio acceden al Registro los derechos con trascendencia real y quedan fuera los derechos o cláusulas con eficacia personal, la cuestión no es pacífica porque muchas veces la distinción entre derechos reales y personales no siempre es nítida; porque también acceden derechos y circunstancias, que no deben considerarse reales<sup>24</sup> y porque, al revés que lo anterior hay situaciones con trascendencia real que no acceden al Registro.

---

<sup>22</sup> Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo III, 5.<sup>a</sup> Ed. Thomson-Civitas, 2008 pág. 82.

<sup>23</sup> Cfr. RDGRN de 14 de enero de 2008 (BOE 29 de enero), que recordando la Resolución de 19 de abril de 2006, dice: *”por imperativo del art 18 LH, El registrador solo podía calificar las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria, debiendo comenzar su examen, como prius lógico de su actuación, determinando qué cláusulas tienen tal carácter y deben ser calificadas y, en su caso inscritas, y cuáles son de carácter financiero y quedan vedadas a su calificación”*

<sup>24</sup> Según informe de la Comisión Nacional de Calificación sobre hipotecas posteriores al 9 de diciembre de 2007 <http://www.notariosyregistradores.com> (consultado el 06/08/2015):

A) Cláusulas de contenido real. Nada se ha innovado en la Ley. Son las que determinan el derecho de hipoteca, que gozan de trascendencia real por el carácter real de la propia hipoteca. Comprenden entre otras:

- las relativas a: la extensión objetiva de la hipoteca respecto de:
- la obligación,
- la finca,
- los derechos hipotecados,
- determinaciones procesales como tasación y domicilio,
- estipulaciones sobre rango;
- pactos válidos relativos a la acción de devastación (pérdida de valor del bien).

B) Cláusulas de contenido “financiero”. Estas cláusulas configuran la obligación garantizada y por ello afectan al derecho real de hipoteca. Han de ser inscritas en los términos que resulten de la



---

escritura si son válidas. Conviene que en la inscripción figuren debidamente diferenciadas de las restantes.

Se harán constar las siguientes cláusulas, entre otras:

- las que identifican la obligación,
- las que determinan su importe,
- las de disponibilidad,
- las de duración,
- la forma de amortización, incluso anticipada,
- los intereses ordinarios,
- los intereses de demora, (incluidos los intereses de intereses),
- los gastos y comisiones que integran la contraprestación,
- compensación,
- imputación de pagos,
- condiciones para la subrogación en la posición del deudor

C) Cláusulas de vencimiento anticipado. Estas cláusulas configuran la obligación garantizada y por ello afectan al derecho real de hipoteca. Han de ser calificadas y reproducidas, en su caso, en su literalidad.

Son inscribibles:

- las de vencimiento por impago de alguno de los plazos.
- por disminución del valor de la finca, si no se amplía la garantía a otros bienes, siempre que no se deje a juicio del acreedor o perito que éste designe.
- por no asegurar la finca en compañía de reconocida solvencia, salvo que se deje a juicio del acreedor.
- las relativas a puras obligaciones accesorias del deudor que estén garantizadas con cláusula de vencimiento anticipado

No son inscribibles:

- vencimiento por no inscripción, o inscripción en plazo determinado,
- por denegación parcial,
- por ser declarada la parte deudora en concurso,
- por actos dispositivos sobre la finca, salvo en la hipoteca inversa,
- prohibición de arrendar sin consentimiento,
- por mandamientos de ejecución o embargo,
- por inexactitud de los datos aportados,
- por disminución del patrimonio, riesgo de insolvencia...,
- por disminución del valor de la finca, a juicio del acreedor o apreciada por perito designado por éste, si no se amplía la garantía a otros bienes,
- por no asegurar la finca en compañía de reconocida solvencia a juicio del acreedor.

D) Cláusulas que no son reales, ni financieras ni de vencimiento anticipado. Una vez calificadas como tales, no deben de acceder al Registro.

Dentro de este grupo están:

- cláusulas de afianzamiento,
- otorgamiento de poderes,
- advertencias notariales,
- informaciones tributarias o sobre la ley de protección de datos, etc.,
- pactos de sumisión a juez o tribunal,

Lo anterior unido a una sobreabundancia de información tabular introduce confusión en un sistema llamado a ser registro de seguridad jurídica<sup>25</sup>.

Para encontrar la trascendencia real cuando se hace referencia a hipotecas hay que acudir a otros preceptos de ordenamiento jurídico y así realizar una lectura coherente del ordenamiento<sup>26</sup>.

La Ley 41/2007 de 7 de diciembre, no ha derogado ninguna norma, solo es una norma adjetiva que ni cambia la naturaleza de la hipoteca ni altera los derechos o cláusulas que deben acceder al Registro. Por tanto, haciendo una lectura coherente con otros preceptos de la LH y RH, lo importante es estar garantizado o asegurado con la hipoteca (si el derecho o cláusula está asegurado por la hipoteca, accederá con ésta al Registro porque tiene trascendencia real).

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, establece que *“Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán costar en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido calificación registral favorable en las cláusulas de contenido real”*. La DGRN no arroja luz sobre este asunto, más bien lo contrario. Su Resolución de 31 de marzo de 2008, se limita

- 
- pacto comisorio: el acreedor se queda con el bien directamente si no se paga
  - obtención de segundas copias,
  - renuncia del deudor a la cancelación parcial,
  - renuncia a la notificación de la cesión del préstamo hipotecario,
  - la facultad de descontar del precio del remate los gastos y tributos.

<sup>25</sup> CALVO GONZÁLEZ-VALLINA, J.” Las cláusulas de la hipoteca, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España”, 2006, pág. 16. 2 *“la creciente importancia del crédito territorial, así como el deseo de asegurarse la plena efectividad de la cobertura hipotecaria estipulada, han desembocado en una excesiva complejidad del mecanismo negocial instrumentado en contra de la exigencia legal de claridad y precisión en la constitución de derechos reales, con el consiguiente detrimento para el tráfico inmobiliario”* (RDGRN de 5 de junio de 1987, RJ 1987/4835).

<sup>26</sup> Vgr: los artículos que disponen lo que no puede acceder al Registro, como el art. 98 LH (*“Los derechos personales no asegurados especialmente”*) y el desarrollo reglamentario realizado por los arts. 9 y 56.1 RH. Siendo la consecuencia de estos preceptos que no acceden al Registro ni los derechos personales ni las cláusulas que carezcan de trascendencia real, y una salvedad: excepto que estén asegurados especialmente, en cuyo caso se inscribe la garantía pero conectada a la obligación que asegura.

a afirmar, por un lado, que las cláusulas de trascendencia real están concretadas por la Ley en el párrafo primero del art. 12, que son las que debe calificar el Registrador, y por otro que las restantes cláusulas no son objeto de inscripción ni, por tanto, de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título.

Por tanto, para la DGRN, las cláusulas de trascendencia real quedan reducidas a las enumeradas en el párrafo primero del art 12 LH mientras que las contenidas en el párrafo segundo de dicho precepto (las financieras y las de vencimiento anticipado) no se pueden calificar y se deben transcribir sin más.

La conclusión es que, la DGRN, entiende que el art. 12 LH es una norma de atribución de competencia, que está diciendo y limitando lo que debe ser calificado por el Registrador.

Esta interpretación es criticable por varias razones:

- En primer lugar, la DGRN entiende que una vez calificadas las cláusulas de trascendencia real, que son las del número primero del art. 12 LH, procede la transcripción de las financieras. Pero, esta interpretación parte de una contraposición errónea. Lo contrapuesto a una cláusula de trascendencia real no es una cláusula financiera sino una cláusula de trascendencia obligacional. Así como las cláusulas financieras no se contraponen a las cláusulas de trascendencia real sino a las cláusulas no financieras.

Hay cláusulas financieras de trascendencia real al igual que hay financieras de carácter obligacional<sup>27</sup>, por lo que las cláusulas de trascendencia real y las financieras no son categorías alternativas sino transversales.

Si se observa cualquier escritura de hipoteca bajo el título de cláusulas financieras se incluye el importe de la deuda, intereses y duración, formando todo ello parte del párrafo primero del art. 12 LH, por lo que puede decirse que la interpretación

---

<sup>27</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M.” Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil” 29 edición, Madrid 2008, pág. 31 y ss.

de la DGRN (contraposición cláusulas de trascendencia real calificables - cláusulas financieras no calificables) es contrario a la coherencia del ordenamiento que impone evitar las antinomias o contradicción entre las normas <sup>28</sup>

- En segundo lugar, el art. 12 LH no contiene un listado cerrado de las circunstancias que deben constar en el asiento de hipoteca, como tampoco lo contenía antes de la reforma operada por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre (presunción de continuidad mientras no se establezca claramente lo contrario) sino que establece el contenido mínimo necesario del asiento.

En ningún otro precepto de la Ley Hipotecaria se establece que lo único que debe ser objeto de inscripción del crédito hipotecario son las circunstancias contenidas en el párrafo primero del citado artículo. De hecho si este artículo contuviese una enumeración cerrada o taxativa de lo que pudiese inscribirse, la consecuencia sería la derogación de preceptos como 682 LEC, 693 LEC o 111 LH. <sup>29</sup>

Por tanto, queda claro, que el listado del art. 12 LH no establece la enumeración cerrada que parece desprenderse del criterio de la DGRN.

- En tercer lugar, la naturaleza de este artículo es adjetiva no sustantiva, es decir, viene a señalar cómo deben redactarse los asientos del Registro, y ello por su ubicación en la Ley Hipotecaria, ya que el art. 9 regula la redacción de los asientos en general, el art. 10 se refiere a las particularidades de los contratos cuando haya

---

<sup>28</sup> Es la O.M. de 5 de mayo de 1994, de Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios la que establece un listado de cláusulas financieras, siendo éstas: capital, amortización, intereses, comisiones, tipo de interés anual equivalente, gastos a cargo del prestatario, dentro de los que se incluyen: gastos de tasación del inmueble, aranceles notariales y registrales, impuestos, gastos de tramitación de la escritura, los derivados de la conservación del inmueble, seguro de vida, gastos procesales y cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio relacionado con el préstamo; e intereses de demora.

<sup>29</sup> El art. 682 LEC establece que también debe hacerse constar en la inscripción el precio en que los interesados tasan la finca y un domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones, el art. 111 LH hace referencia a la posibilidad de inscripción del pacto de extensión objetiva de la hipoteca y el art. 693 LEC el vencimiento anticipado por falta de pago.

mediado precio o entrega en metálico, el art 11 al aplazamiento de pago y el 12 a la hipoteca.

Atribuirle un sentido sustantivo sería tanto como entender que viene a determinar lo que debe ser objeto de calificación, señalando aquello que tiene trascendencia real. Esto llevaría al absurdo de considerar que el art. 12 LH deroga de hecho materias propias CC y LEC.

Lo importante es determinar qué es lo garantizado por la hipoteca, ya que en nuestro sistema hipotecario ésta tiene carácter accesorio, es decir, accede al Registro vinculada a una relación crediticia y además el sistema es causalista por lo que deben reflejarse las circunstancias de la hipoteca en el asiento registral. Para identificarlo habrá que estar a los términos del contrato, aunque no todo lo estipulado en el mismo está garantizado por la hipoteca ni tiene eficacia real.

El derecho real se produce en el ámbito de una relación obligatoria, identificándolo porque las obligaciones garantizadas por hipoteca están protegidas por acciones reales (toda cláusula garantizada por hipoteca incide, modifica, delimita o condiciona la acción real hipotecaria).

Según el art. 130 LH la acción real hipotecaria se ejercita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo, lo que viene a ratificar todo lo dicho anteriormente, de tal manera que sólo lo que se refleja en el asiento puede ejecutarse. El procedimiento registral tiene unas garantías.<sup>30</sup>

- En cuarto lugar, es bastante criticable también el término “transcripción” utilizado por la DGRN para identificar la publicidad de las cláusulas financieras

---

<sup>30</sup> Así se establece en la STC 41/1981 de 18 de diciembre afirmando que *“La posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título. La defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también durante la vida de la hipoteca, por lo que puede llamarse procedimiento registral.”*

asimilándolo a producir efectos de mera noticia cuando nuestra legislación no hace referencia a tales efectos.

El art. 242 LH determina los asientos que se practican en el Registro y entre ellos no figura el de transcripción. Esto lleva a la conclusión de que las hipotecas son objeto de inscripción, ya que ningún precepto dispone que sus cláusulas puedan ser objeto de transcripción como si fuera algo diferente a inscripción (el centro administrativo, sin embargo, si lo diferencia claramente).

El art. 51.6 RH determina que el asiento se puede confeccionar extractando los datos esenciales del título o copiando literalmente las cláusulas, pero no dice que tengan una y otra forma de realizar el asiento eficacia distinta (la primera, efectos de inscripción y la segunda de mera publicidad, entendida como publicidad noticia).

En un sistema de inscripción aunque el asiento sea una copia del documento los efectos que produce son los propios del Registro. En nuestro ordenamiento, los asientos del registro producen los efectos establecidos por la legislación hipotecaria, que son:

- presunción de exactitud (art. 38 LH),
- salvaguarda del asiento por los Tribunales mientras no se rectifique en juicio ordinario (arts. 1.3 y 40 LH),
- fe pública registral (art. 34 LH).

Por tanto, en el sistema de inscripción, no sólo se presume la existencia del derecho sino también su extensión que se corresponde con el asiento respectivo. Esto, en materia de hipotecas, quiere decir que la exactitud comprende no solo la existencia sino también la extensión del derecho tal como resulte de las cláusulas inscritas.

El Tribunal Constitucional ha expresado, con claridad, la existencia en nuestro ordenamiento de un sistema de inscripción, en la Sentencia de 24 de abril de

1997.<sup>31</sup> Aunque el asiento sea una copia del documento, los efectos que produce son los propios del Registro. El actual sistema de inscripción con efectos de fe pública es contrario a un sistema de transcripción con efecto de publicidad-noticia, como el que existe en Italia, por ejemplo<sup>32</sup>.

Si se comparan la exposición de motivos de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre con la nueva redacción del art. 12<sup>33</sup> pueden extraerse algunas conclusiones.

La primera sería que toda inscripción de hipoteca ha de tener un contenido mínimo tanto de carácter financiero (como es el importe del principal, intereses, identificación de las obligaciones y duración) y de carácter no financiero

---

<sup>31</sup> *“En efecto, en un sistema de registro de inscripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos en virtud de los cuales se practican los asientos....agotan sus efectos ante el registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de ese momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios del registro....constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc....”*

<sup>32</sup> El CC italiano distingue entre asientos de transcripción y asientos de inscripción. La transcripción está regulada en los arts. 2643 y ss. mientras que de la inscripción se ocupan los arts. 2827 y ss. Las hipotecas son objeto de inscripción no de transcripción. No obstante, en el derecho italiano la distinción tampoco tiene que ver con el hecho de copiar o extraer las cláusulas.

<sup>33</sup> La Exposición de Motivos dice: *“Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. A tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real.”* Y el artículo 12 LH, queda redactado en los siguientes términos: *“En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».*

(importe máximo de responsabilidad hipotecaria), por lo que las restantes cláusulas financieras no son esenciales a la inscripción.

La segunda conclusión es que las cláusulas de vencimiento anticipado son cláusulas financieras, pero que solo cuando éstas inciden en la determinación de la obligación asegurada con la hipoteca, podrían tener trascendencia real, y la tendrán siempre que sean inscritas. En cambio las cláusulas financieras, no garantizadas por hipoteca, no tienen ni pueden tener trascendencia real y por tanto no son inscribibles.

Esto lleva a la última de las conclusiones que sería que si tales cláusulas cumplen el doble requisito de ser cláusulas financieras garantizadas con hipoteca y de haber sido calificadas favorablemente, se harán constar en el asiento “*en los términos que resulten de la escritura de formalización*”.

Parece mucho más acertado el criterio de que la calificación registral rechaza la inscripción de cláusulas no garantizadas con hipoteca porque no tienen trascendencia real (sería el caso de apoderamientos o compromisos meramente obligacionales) y también las que pese a estar garantizadas con hipoteca, vulneran algún precepto (como el caso de los intereses cuando infringen los artículos 114 y siguientes LH). Resulta más acertado lo anterior que partir de la distinción entre lo que tiene y lo que no tiene trascendencia real, y que si califica favorablemente las cláusulas de trascendencia real, además de inscribirlas, tiene que inscribir en bloque todas las cláusulas sin trascendencia real.

En definitiva, lo primordial es que la redacción del asiento sea clara, porque establece los términos de la ejecución. La claridad siempre va a beneficiar el derecho de los terceros a la publicidad registral efectiva. Si las escrituras públicas cumplen su función primaria de estar redactadas con claridad y precisión, el Registrador podrá aprovechar esa claridad y precisión, pero si no fuera así la labor del Registrador debe ser plasmar en la inscripción el resultado de su labor intelectual al redactar el asiento, no meramente copiarlo o transcribirlo. Incluso, si la redacción farragosa de la escritura fuera tal que impidiera al Registrador comprender la misma, el principio de especialidad registral impediría su



inscripción, ya que este principio exige claridad y precisión en la forma en que han de estar redactados los asientos y configurados los derechos inscritos. De ahí la importancia de la labor registral de calificación y redacción no solo de cara al procedimiento de ejecución sino en general para la seguridad y confianza de terceros, redundando en la consistencia del mercado hipotecario.

Después de lo expuesto anteriormente, me voy a centrar en las cláusulas de vencimiento anticipado. Estas son cláusulas financieras <sup>34</sup> pero pueden tener trascendencia real en la medida que afectan a la duración de la hipoteca. Así, existen supuestos de vencimiento anticipado de origen legal que tienen trascendencia real<sup>35</sup>.

En definitiva, se puede decir que la existencia de estos supuestos legales rompe la tesis de la DGRN sobre las cláusulas de vencimiento anticipado. Algunas de ellas habilitan para el ejercicio de la acción real, es decir, tienen trascendencia real, por lo que deberían ser objeto de calificación.

Examinando las cláusulas de vencimiento de crédito, serían rechazables o deberían ser calificadas negativamente, y así lo han sido por los Registradores, aunque siguiendo la teoría expuesta de la DGRN hubieran debido permitir su acceso al Registro:

1) Cláusula de vencimiento del crédito si el deudor cae en situación de concurso. Esta cláusula es rechazable porque contradice la esencia y finalidad del derecho real de hipoteca, el cual al recaer sobre el bien gravado, no le afecta quién sea el titular de éste, ni las vicisitudes patrimoniales del deudor. No añade ninguna

---

<sup>34</sup> Así se incluyen en la O.M. de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

<sup>35</sup> La D.A. primera de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre regula la hipoteca inversa y el párrafo segundo del apartado 5 establece un supuesto de vencimiento anticipado: “*En caso de que el bien hipotecado hay sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía*”. También la LEC regula en el art. 693.2 una cláusula de vencimiento anticipado con trascendencia real: “*Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro*”.

garantía nueva a la estipulada y amplía las facultades del acreedor en detrimento del deudor, justo cuando su situación es más comprometida. Además, menoscaba la aptitud circulatoria del bien gravado.

Esta materia está regulada y sustraída a la libertad de negociación<sup>36</sup>.

2) Cláusula de vencimiento anticipado por incendio o deterioro de la finca hipotecada. El deudor tiene la opción según el art. 5.3 de la Ley 2/1981 de regulación del Mercado hipotecario de devolver todo o sólo parte o ampliar la hipoteca, pero no existe un vencimiento automático. Además el pacto sería excepcional porque habría que acudir a la acción de devastación regulada en el art. 117 LH, y habría que aplicar subsidiariamente el art. 1129.3 del C.C.<sup>37</sup>

3) Cláusula de vencimiento anticipado por expropiación de la finca. Esta cláusula es rechazable por ser contraria a los arts. 110.2 LH, 4 y 8 de la Ley de expropiación Forzosa, 8.1 y 62.4 del reglamento de Expropiación Forzosa, porque está prevista la subrogación real en la cantidad recibida como indemnización; y sobre todo, porque el procedimiento de expropiación forzosa tiene carácter imperativo y en éste debe encontrar el acreedor hipotecario su defensa y no en el vencimiento<sup>38</sup>.

4) Cláusula de vencimiento anticipado por embargo o cualquier otra anotación preventiva sobre el bien hipotecado, que también merece rechazo por ser contraria al principio de libertad de contratación, porque no existe causa que justifique el vencimiento pues en nada menoscaba a la hipoteca dicha anotación preventiva, por su carácter genérico que incluye cualquier embargo, y finalmente, porque es contrario al sistema que impera en nuestro ordenamiento

---

<sup>36</sup> Vid. RDGRN de 27 de enero de 1986 y 5 de junio de 1987, mencionadas en la Resolución de 6 de febrero de 2014 (BOE de 4 de marzo).

<sup>37</sup> Vid. RDGRN de 16 de marzo y 26 de diciembre de 1990 (mencionadas las dos por R. de 25 de abril de 1990 (BOE 30 de mayo) y 23 de marzo de 2001 (BOE 8 de mayo)).

<sup>38</sup> Vid. la DGRN consideró no inscribible esta cláusula en la Resolución de 24 de marzo de 2008 (BOE de 16 de abril), aunque referida a un supuesto anterior a la ley 41/07 de 7 de diciembre. no obstante, en Resolución de 24 de julio de 2008 (BOE 7 de agosto) se muestra partidaria de su transcripción.

favorable a la convivencia y concurrencia de diferentes derechos sobre un bien inmueble<sup>39</sup>.

5) Cláusula de vencimiento anticipado por fallecimiento o concurso del fiador, cláusula que no es admisible por ser contraria a la esencia de la hipoteca al hacer depender el vencimiento de circunstancias ajenas a la propia obligación garantizada, porque no menoscaban la garantía real al tratarse de hechos y circunstancias que no afectan a la solvencia del deudor, porque no se admite cuando el concurso afecta al deudor según el art. 61.3 LEC, por lo que, con mayor razón cuando se refiere el fiador, y finalmente, por aplicación del art. 1829 del C.C. que dispone que en los casos en que el fiador viniere a estado de insolvencia el acreedor puede pedir otro que reúna las cualidades exigidas en el artículo anterior, no concediendo el precepto al acreedor la facultad de provocar directamente el vencimiento de la obligación<sup>40</sup>.

6) Con respecto a la cláusula de vencimiento anticipado genérico, es decir, aquella referida al supuesto de que el prestamista incumple cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud de préstamo o del contrato por el que se constituye la hipoteca, la relación jurídica que nace del contrato de préstamo con garantía hipotecaria está compuesta por una pluralidad de derechos, deberes, cargas y obligaciones. El problema consiste en dilucidar si se puede hacer depender el vencimiento anticipado del incumplimiento de cualquier otra obligación distinta de la específicamente garantizada<sup>41</sup>, y más concretamente, si la falta de pago de los gastos de la hipoteca o de las comisiones bancarias, pueden dar lugar a un vencimiento anticipado del crédito. La doctrina de la DGRN fue muy clara en este sentido durante bastante tiempo, entendiendo que no podía hacerse depender el vencimiento de cualquier tipo de comportamiento del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específicamente

---

<sup>39</sup> Contrarias a ésta cláusula es la RDGRN 5 de junio de 1987, mencionada en R de 6 de febrero de 2014(BOE de 4 de marzo de 2014) y la RDGRN de 4 de noviembre de 2002(BOE 11 de diciembre).

<sup>40</sup> La DGRN había rechazado éstas cláusulas en las Resoluciones de 27 de enero de 1986 (RJ 1986/1002), 5 de junio de 1987 (LA LEY 738/1987) y 15 de julio de 1998 (BOE de 10 de agosto).

<sup>41</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. Derechos Reales, Derecho Hipotecario. Tomo II, Madrid 2001, pág. 137.

garantizada<sup>42</sup>. Por eso la DGRN, junto al vencimiento por incumplimiento de la obligación principal, solo admitía aquellos supuestos en los que el incumplimiento podía determinar un detrimento potencial del bien o del valor sujeto a responsabilidad hipotecaria, y ello en base a una de las facultades esenciales que integran el crédito hipotecario que es la facultad de conservación.

Efectivamente, el dominio se presume libre y por ello no todo convenio o pacto que establezca una limitación se considera que tiene trascendencia real. La propiedad no debería quedar subordinada al cumplimiento de deberes ajenos al derecho de propiedad. Lo cierto es que en las relaciones jurídico reales, en que está presente el interés general o de terceros (que en los derechos reales aparece siempre), la voluntad individual que es idónea por sí sola para crear vínculos obligatorios, es discutible que lo sea para constituir una situación que vincule a terceros<sup>43</sup>.

Si se aplica lo anterior al ámbito del crédito hipotecario, la relación entre los elementos personales y reales ínsitos en el crédito hipotecario y la relación de accesoriedad en que se hallan, no puede desembocar en una desnaturalización de éstos últimos. La configuración de estas situaciones jurídico-reales, dada la importancia económica y social y la trascendencia *erga omnes* del estatuto de la propiedad del inmueble, no queda totalmente confiada a la autonomía de la voluntad. Es por ello, que en materia de derechos reales, el principio de la autonomía de la voluntad, no opera de la misma manera que en materia de derecho de obligaciones, y está sujeto a normas de carácter imperativo<sup>44</sup>. Los caracteres del derecho real hacen que no puedan considerarse como tales los resultados de pactos que según el criterio de la ley carezcan de los requisitos constitutivos de tal figura jurídica y que, como mucho, solo pueden tener

---

<sup>42</sup> La Resolución de la DGRN de 23 de octubre de 1987 (RJ 1987/7660) (BOE 18 de noviembre) entendió, en este sentido, que la única conducta del deudor de que ha de responder la finca hipotecada es del cumplimiento a su tiempo de la obligación directamente garantizada con hipoteca.

<sup>43</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo III, 5.ª Ed. Thomson-Civitas, 2008 pág. 132.

<sup>44</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. Fundamentos de Derecho Civil..., ob. cit., pág. 159. opina que en los derechos reales de garantía imperan la tipicidad y el *numerus clausus*.

trascendencia en perjuicio de terceros como carga o gravamen real, pero sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido ningún derecho subjetivo de carácter real.<sup>45</sup> Así, los derechos reales deben satisfacer determinadas exigencias estructurales entre las que se encuentran, una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado y la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, por lo que, sin olvidar la validez que puedan tener en el ámbito de las obligaciones, cuando no resulten cumplidas las exigencias estructurales, su operatividad jurídico-real deberá ser excepcionada<sup>46</sup>.

Visto todo lo anterior, debe llegarse a la conclusión de que no puede otorgarse trascendencia real al incumplimiento de cualquier deber u obligación, siendo éstas a veces de terceros incluso, por medio de cláusulas de vencimiento anticipado, lo que sería tanto como agredir al derecho real de propiedad y a su función social. La libertad de la propiedad (art. 33 de la CE) es un principio general del derecho, principio que tiene un carácter político, de tal manera que la acumulación de cargas sobre ella o la amenaza de su pérdida por el incumplimiento de los más variados deberes que se les ocurra a las partes establecer en virtud del ejercicio de su autonomía de la voluntad, puede considerarse incompatible con el Estado Social o Estado de Derecho. Por eso, todas esas cláusulas mencionadas, al ser contrarias al derecho imperativo, no pueden desplegar eficacia real ni convertirse en válidas, desde ese punto de vista real, por el mero consentimiento de las partes haciendo uso de su autonomía de la voluntad. Sería otra la vía a seguir, siempre que se tratara de obligaciones o cláusulas conformes con el objeto del derecho real de hipoteca, con su función de aseguramiento, y es que podrían ser reclamados con la acción de devastación de los arts. 117 de la H y 219.2 de RH., de tal manera que el incumplimiento en ningún caso produciría el vencimiento anticipado, siendo esto una posibilidad

---

<sup>45</sup> Cfr. ROCA SASTRE, R.M. Derecho hipotecario II, 5.ª Ed, Barcelona 1948, pág. 204.

<sup>46</sup> Así lo manifestó la Resolución de la DGRN de 5 de junio de 1987, mencionada en R de 6 de febrero de 2014(BOE de 4 de marzo de 2014)

como medida a adoptar por el juez a instancia de parte de acuerdo con el art. 219.2 RH.

Hasta aquí las cláusulas que, tradicionalmente, habían sido calificadas negativamente por el Registrador, pero que, siguiendo esta doctrina de la DGRN analizada, debería haber sido permitido su acceso al Registro. También es conveniente enumerar aquellas cláusulas, que siguiendo la misma doctrina, podrían acceder al Registro aunque en el pasado fueron rechazadas, siendo éstas:

- 1) Cláusula de vencimiento anticipado en caso de transmisión de la finca hipotecada sin consentimiento del acreedor<sup>47</sup>.
- 2) Cláusula de vencimiento anticipado en caso de no asegurar el inmueble en la compañía que designe el acreedor<sup>48</sup>.
- 3) Cláusula de vencimiento anticipado en caso de disminución de valor de la finca apreciado por medio de perito designado por el acreedor<sup>49</sup>.
- 4) Cláusula de vencimiento anticipado en caso de arrendar la finca hipotecada sin consentimiento del acreedor<sup>50 51</sup>.

### **1.1.2. Cláusulas abusivas.**

Con respecto a las cláusulas abusivas, habría que distinguir las declaradas nulas por los tribunales en sentencia firme de las que no lo son.

---

<sup>47</sup> Vid. RDGRN de 18 de noviembre de 1960, mencionada en la RDGRN de 18 de noviembre de 2013(BOE de 19 de diciembre).

<sup>48</sup> Vid. RDGRN de 16 de julio de 1996 (RJ 1996/5614)

<sup>49</sup> Vid. RDGRN de 3 de abril de 2000 (BOE 15 de mayo) y RDGRN de 22 de marzo de 2001 (BOE 8 de mayo).

<sup>50</sup> Vid. RDGRN de 27 de enero de 1986(mencionada en la RDGRN de 6 de febrero de 2014 BOE de marzo de 2014) y 17 de marzo de 1994 (mencionada en la RDGRN de 25 de abril de 1997 BOE 30 de mayo).

<sup>51</sup> Cfr. BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, J.J. "Razones por las que no debe inscribirse el pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca por enajenación o arrendamiento indiscriminados de la finca hipotecada, aún después de la Ley de reforma Hipotecaria 41/2007 de 7 de diciembre". Boletín Colegio de Registradores, núm. 141, 2008 págs. 3813 y ss.

Las declaradas nulas por los tribunales en sentencia firme que tengan la consideración de condiciones generales y además hayan sido inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, no pueden ser inscritas en el Registro de la Propiedad, y por tanto deben ser calificadas por el Registrador conforme al art. 84 TRLGDCU aprobada por RDL 1/2007, de 16 de noviembre. Pero esto no significa, interpretando este artículo, a sensu contrario, que las demás cláusulas sobre las que no existe una declaración judicial pero sean entendidas abusivas por el Registrador, puedan acceder.

En el procedimiento registral se examina, por el poder público, la legalidad a efectos de practicar los asientos. Efectivamente, el Registrador, por aplicación de los arts. 18 y 65 LH califica la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, atendiendo al contenido, a las formas del título y a los asientos con él relacionados. Esta calificación está limitada a los efectos de extender, suspender, o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada sin prejuzgar los resultados de cualquier procedimiento judicial sobre la validez o nulidad del título, conforme al art. 101 RH. De hecho, puede defenderse la posibilidad de seguir calificando la validez de todas las cláusulas, incluidas las financieras, conforme al art. 18 LH, de acuerdo con la distinción entre cláusulas reales y obligacionales a la que hice referencia en líneas anteriores<sup>52</sup>. Sin embargo, el acceso al Registro de las cláusulas de vencimiento anticipado, abstracción hecha de su carácter real o persona, en relación con la ejecución hipotecaria y en relación con el tenor del art. 130 LH plantea

---

<sup>52</sup> Así lo entiende BLASCO GASCÓ, F. “El crédito y las hipotecas: las cláusulas del préstamo hipotecario y el Registro de la propiedad tras la reforma del art. 12 LH”, Seminario de derecho registral, Bilbao 28/10/2008 en <http://www.notariosyregistradores.com> (consultado el 06/08/2015): El registrador debe calificar la validez de todas las cláusulas y pactos puestos en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, incluida la validez de las cláusulas financieras. No se trata de que el Registrador declare la nulidad de una determinada cláusula, pues no es su función, sino de que la califique negativamente y no proceda a su inscripción en caso de que entienda que es nula por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva, por ser abusiva o por haber sido previamente declarada nula por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales. Lo que no puede hacer ahora es denegar la inscripción de una determinada cláusula, por el mero hecho de ser financiera, y por tanto, meramente obligatoria. Sin embargo, esta postura lleva a tener que admitir el acceso de las cláusulas relativas a comisiones, gastos, etc.

importantes problemas, los cuáles han sido objeto de estudio en el epígrafe anterior.

En definitiva, las cláusulas declaradas nulas por los Tribunales no acceden a los asientos registrales pero ahí no se agota lo que no puede acceder al Registro, ya que eso sería tanto como decir que se cambia el modelo registral y se elimina las presunciones de exactitud y salvaguardia de los tribunales recogidas en los artículos 1, 32, 34 y 38 LH. El art. 258.2 LH solo se refiere a las condiciones generales declaradas nulas pero, por aplicación de los arts. 18 y 65 LH, lo anterior no significa que no puedan acceder las demás condiciones generales o que no accedan por la calificación negativa del Registrador.

Por último, en cuanto a las cláusulas recogidas en los artículos 85 a 91 TRLGCU, donde se incluyen las cláusulas nulas en todo caso, deberá denegarse su acceso al Registro<sup>53</sup>.

La ausencia de control por el Registrador, así como la ausencia de control por parte de la DGRN, podía tener mucha importancia antes de las últimas reformas, ya que hasta ese momento no existía en el ejecutivo hipotecario un trámite que permitiera comprobar la legalidad de las cláusulas de vencimiento anticipado. Esto imposibilitaba al Juez para llevar a cabo un control de legalidad de las cláusulas reflejadas en el Registro, que servían de base a la ejecución. Podía pensarse que el Notario ejerciendo su labor de asesoramiento de las partes, además de su fundamental dación de fe, podría realizar un control de tales cláusulas incorporadas al contrato. Pero, los contratos de préstamos hipotecarios son, claramente, contratos de adhesión, lo que dificulta la labor del Notario en esa vertiente de asesoramiento ya que ésta se limita al momento de autorización de la escritura<sup>54</sup>, quedando evidenciada su labor de profesionales del derecho

---

<sup>53</sup> Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. “La calificación registral” Civitas ediciones 2014, pág. 46.

<sup>54</sup> LÓPEZ BURNIOL, J.J. afirma que “*el otorgamiento masivo de determinados tipos de contratos, muy especialmente escrituras de compraventa y de préstamo hipotecario, así como de constitución y adaptación de compañías mercantiles, ha provocado un doble efecto: por una parte ha privado al notario de un aspecto esencial de su función, la redacción del documento, que se otorga, en la práctica totalidad de los casos, con arreglo a la minuta elaborada por los servicios jurídicos de la propia entidad otorgante; y, por otro, limita la intervención del notario, a lo largo de todo el “iter negocial” al único y*



cada vez que autorizaban una hipoteca sin poder variar ni una sola coma de sus cláusulas, que es lo que venía ocurriendo en la práctica.

Algunos autores venían criticando ésta situación y especialmente la interpretación dada por la Dirección a la nueva redacción del art. 12 LH, considerando que bajo la apariencia de evitar calificaciones discordantes se propugnaba la no calificación, dando carta blanca a las minutas de las entidades de crédito, haciendo dejación de las funciones que hasta ese momento (con otras interpretaciones consideradas más adecuadas) habían servido para configurar un cuerpo de doctrina en cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado.<sup>55</sup> En este punto, sin embargo, es interesante analizar la STS de 20 de mayo de 2008, sección 6 que negó la existencia de un control de legalidad notarial en nuestro derecho, realizando consideraciones en cuanto a la necesaria habilitación legal y a las consecuencias que tendría el referido control para el acceso al derecho de propiedad y a la protección registral.<sup>56</sup> La conclusión de todo lo visto

---

*exclusivo momento de la autorización de la escritura, con lo que todos los aspectos que integran el quehacer propio del notario, (consejo, asesoramiento, etc) tan solo muy difícilmente pueden llegar a tomar cuerpo, debiendo limitarse el notario a una simple tarea informativa, lo que no es poco, pero tampoco suficiente...".* (Entre el servicio y el control: contribución de la fe pública a la ordenación del mercado. IURIS núm. 1, 1994, pág. 129).

<sup>55</sup> Así lo consideró NOGUEROLES PEIRO, N. en su publicación "Nuevas contrataciones. Las ofertas de recompra con revalorización y la reforma hipotecaria. La hipoteca inversa. La protección de los consumidores y el nuevo art 12 LH". Cuadernos digitales de formación; 53; 2008. pág. 16.

<sup>56</sup> Resumen de la STS de 20 de mayo de 2008 (Publicada en la revista del Colegio Notarial de Madrid, "El Notario del Siglo XXI") <http://www.notariosyregistradores.com> (consultado el 06/08/2015): Impugnación del artículo 145 RN: control de legalidad.

El TS sostiene que en lo que atañe al alcance del denominado control de legalidad, conviene señalar que tal terminología no se utiliza por la Ley del Notariado, omisión que no resulta irrelevante, en cuanto con el término control el Reglamento viene a referir una decisión notarial sobre la legalidad del acto o negocio jurídico con los correspondientes efectos para la solicitud formulada por los interesados, facultad que por propia naturaleza y en cuanto afecta a la determinación de la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados, no puede ejercerse sino en cuanto venga reconocida por la Ley, en los términos o medida que la misma establezca y por el procedimiento y régimen de revisión de la decisión igualmente establecido en la Ley.

Las partes demandadas, teniendo en cuenta tal planteamiento, pretenden amparar el precepto en las previsiones del art. 17.bis.2.a) de la Ley del Notariado, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y el art. 24 de la misma, modificado por la Ley 36/2006 de 29 de diciembre, e incluso el propio precepto recoge en el primer párrafo dicho art. 17.bis.2 .a), sin embargo, no es ese el

anteriormente es que, hasta la modificación operada por el número 2 de la D.A. final cuarta de la Ley 8/2013, de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que introduce como causa de oposición a la ejecución el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible en el número 4 del art. 695 LEC y en el número 2 del mismo artículo la suspensión de la ejecución, la convocatoria de las partes a una comparecencia, resolviendo el Juez, por auto, lo que estime procedente no existía ningún control de las cláusulas, fueran de vencimiento anticipado o no, en su acceso al Registro y ello tenía importantes consecuencias porque el permitir que accedieran cláusulas sin control y que éstas pudieran ser ejecutadas como si de un título ejecutivo se tratara, podría plantear

---

parecer de la Sala, pues, se está refiriendo a la equiparación de la dación de fe por el Notario en el documento público con independencia del soporte electrónico, sin que se aluda a modificación alguna, de manera que el precepto no introduce un control de legalidad ex novo sino que se limita a señalar, entre las garantías del documento notarial, el examen de la adecuación a la legalidad del otorgamiento, es decir, la dación de fe por el Notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el art. 193, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el art. 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el art. 195, tras lo cual el Notario autoriza el documento.

Tampoco el art. 24 LON incorpora ese denominado control de legalidad, cuyo alcance ha de ponerse en relación con la finalidad de la Ley 36/2006 que modificó la redacción, prevención del fraude fiscal, aludiendo a ese genérico deber de los notarios, sin otra concreción sobre su materialización que no sea la especial colaboración con las autoridades judiciales y administrativas. Menos amparo legal tiene el hecho de que reglamentariamente se anude al juicio de legalidad desfavorable del Notario, con la amplitud y generalidad que lo hace el precepto impugnado, la consecuencia de denegación de su autorización o intervención. A tal efecto lo primero que debe significarse es la trascendencia que la denegación puede tener para los derechos y titularidades jurídicas de carácter patrimonial de los interesados, privándoles de la forma de documentación pública (arts. 1278 y 1279 CC) y la correspondiente garantía y eficacia que de ello deriva (art. 1218 CC) y posibilidades de negociación que tal garantía facilita, así como de la subsiguiente protección registral, si quiera sea provisional y temporal, que proporciona el acceso al registro a través del correspondiente asiento de presentación, comenzando por la posible subsanación y con los consiguientes efectos derivados de tal prioridad (arts. 17,18, 24, 25, 32 LH; arts. 1473 párrafo segundo, 1526, párrafo segundo CC, entre otros), por citar los aspectos más destacados. Tales efectos se proyectan sobre el derecho de propiedad, comprometido en gran parte de los actos o negocios jurídicos en cuestión, afectando a su adquisición, conservación y eficacia, materia que por lo tanto ha de entenderse sujeta a reserva de ley según resulta del art. 33.2 de la Constitución, en relación con el art. 53.1 de la misma, en cuando incide en aspectos sustanciales del ejercicio y alcance del derecho.

serias dudas, incluso sobre la constitucionalidad de los preceptos que regulan el procedimiento de ejecución hipotecaria.<sup>57</sup>

De hecho, éste es el planteamiento de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013<sup>58</sup>, interpretando la directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 en el sentido de permitir al juez, en todo caso, apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual en las ejecuciones hipotecarias.<sup>59</sup> El Tribunal de Justicia declaró que la normativa española no se ajustaba al principio de efectividad en la medida en que hacía, por lo menos muy difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria, la protección de la mencionada directiva a los derechos de los

---

<sup>57</sup> Cfr. SOLER SOLÉ, G. Ejecuciones hipotecarias y Derecho a la vivienda: Estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar. Posibles elementos de inconstitucionalidad el proceso de ejecución hipotecaria. Observatorio DESC, septiembre de 2009 [www.descweb.org](http://www.descweb.org) (consultado el 06/08/2015).

<sup>58</sup> El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara: “*La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.*”

<sup>59</sup> Una primera consecuencia importante de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, es que los preceptos citados LEC 695, 696, 697 y, especialmente, el art 698, deben ser interpretados a luz de dicha sentencia, en la medida que el derecho comunitario forma parte del derecho nacional, y la vinculación que las sentencias del TJUE tienen en todos los órganos judiciales de los países integrantes de la Unión Europea, en el sentido de que los tribunales nacionales deben aplicar su derecho interno de acuerdo con el derecho comunitario, conforme a la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia. El principio de interpretación conforme de las directivas no es más que una de las formas de cumplimiento acabado de las obligaciones que los Tratados imponen a los Estados firmantes. Es lógico que la obligación de transposición que se impone al Estado obligue, por su parte, a los jueces, en su función de aplicadores del Derecho, a realizar esta tarea de la manera más adecuada para que sea “conforme a las exigencias del Derecho comunitario”, del que deriva la obligación estatal. Por tanto, el principio de interpretación conforme no vincula a los jueces únicamente en su condición de jueces comunitarios de Derecho común

Idea mantenida por García de Enterría, E., “Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos, en A.A.V.V.” (dirigido por García de Enterría, E., González Campos, J. D. y Muñoz Machado, S.), Tratado de Derecho Comunitario europeo. Estudio sistemático desde el derecho español, t. I, Civitas, Madrid, 1986, pp. 656-729, 662 y ss.

consumidores<sup>60</sup>. En base a estas consideraciones, y sobre todo a la modificación de la legislación en esta materia, se puede decir hoy en día que el órgano jurisdiccional<sup>61</sup> deberá comprobar; en cuanto a las cláusulas de intereses de demora: si es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que el interés de demora persigue en España (en la actualidad, que no exceda del triple del interés legal del dinero), en cuanto a la cláusula relativa a la liquidación unilateral de la deuda impagada del contrato (la que estipula que el banco puede presentar directamente la liquidación de su importe para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria: si dificulta y en qué medida el acceso del consumidor a la justicia y al ejercicio de su derecho de defensa y, en general, cualesquiera otras cláusulas ya que el anexo al que se refiere el art. 3.3 de la directiva es meramente enunciativo. Y, en particular, en cuanto a la cláusula relativa al vencimiento anticipado del contrato, el juez deberá comprobar especialmente si esa facultad depende de que el consumidor haya incumplido una obligación esencial del contrato y si el incumplimiento tiene carácter lo suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

Por tanto, no tiene en la actualidad tanta importancia la interpretación del art. 12 LH como pudiera tenerlo antes, ya que el órgano jurisdiccional podrá realizar un examen de la legalidad de las cláusulas que integran el contrato de préstamo hipotecario, pero la interpretación que realiza la DGRN de dicho precepto no es la más adecuada, teniendo facultades los Registradores para calificar las cláusulas financieras del apartado 1 del precepto como las de vencimiento anticipado siempre que tengan carácter real.

En otro orden de cosas, y en relación con las cláusulas abusivas, una de las primeras consecuencias de la Sentencia de 14 de marzo de 2013 fue la de la formulación de demandas de nulidad de condiciones generales con la

---

<sup>60</sup> Cfr. “Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria con especial referencia al régimen transitorio”. Madrid 8 de mayo de 2013. Dirección: Xiol Ríos, J.A. <https://www.uclm.es> (consultado 06/08/2015).

<sup>61</sup> Ob cit. BLANCO GARCÍA, A. I. “Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”. Revista Cesco de Derecho de Consumo N.º 7/2013.

correspondiente solicitud de medidas cautelares, de ordinario solicitadas *inaudita parte*, consistentes en la suspensión de procedimientos de ejecución hipotecaria judiciales y extrajudiciales. Dicha situación planteó un problema competencial relevante, que se pasa a exponer a continuación.

De un lado las demandas se interponen ante los Juzgados de lo Mercantil dado que, conforme al art. 86 ter LOPJ, tienen la competencia objetiva para conocer de las demandas sobre las condiciones generales. De otro, se solicita al Juez de lo Mercantil la suspensión de un procedimiento que se conoce ante un Juzgado de Primera Instancia, lo que motiva que surgieran dudas en orden a si el Juez de lo Mercantil era competente para acordar dichas medidas. Y, en contrario, si podría solicitarse ante el Juzgado que conozca del procedimiento hipotecario la suspensión por prejudicialidad civil (art. 43 LEC).

Las cuestiones que se han formulado tienen su origen en el estado de cosas que generó la STJUE, de 14 marzo 2013, que vincula la ejecutividad del procedimiento hipotecario al examen de las condiciones del contrato del que deriva o justifica la hipoteca (de ordinario, un contrato de préstamo) desde la perspectiva del consumidor y, por tanto, respecto de su posible naturaleza abusiva. Inmediatamente se plantea la cuestión de competencia atendido el hecho de que si bien no son los Jueces de lo Mercantil los competentes para conocer de los procedimientos judiciales hipotecarios, sí lo son respecto de las demandas que tengan su origen en alguna de las acciones que contempla la LCGC que si bien no regula las cláusulas abusivas,<sup>62</sup> resulta evidente que las condiciones generales<sup>63</sup>, ubicadas en un contrato de consumo, pueden revestir la naturaleza de abusividad. En suma, la cuestión que se planteaba tenía que ver con la coordinación de acciones entre órganos judiciales para el caso que existiera,

---

<sup>62</sup> Aunque las introdujo, en nuestra legislación, las cláusulas abusivas son reguladas en el RDL 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el TRLGDCU y otras leyes complementarias.

<sup>63</sup> Vid. ALFARO AGUILA-REAL, J. Diario La Ley. Tomo1987/2, pág. 991; ALBIEZ DOHRMANN K.J. Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García. Editado por Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Editum 2004. Volumen 1, pág. 83, entre otros, sobre condiciones generales de contratación.

por razón de la competencia de cada uno, un conocimiento independiente de la ejecución hipotecaria y el examen de la posible abusividad contractual de donde deriva la garantía ejecutada. Las razones que pueden avalar que el Juez de lo Mercantil puede acordar estas medidas es que es el único que tiene competencia objetiva en esta materia, según el art. 86 ter de la LOPJ, si se considera que dichas cláusulas son condiciones generales de la contratación.<sup>64</sup> No obstante, es discutible que no se pueda cuestionar alguna cláusula en concreto o asunto particular, sin pretensión de anular una cláusula con carácter general y para asuntos futuros, ante un juzgado de primera instancia.

La LEC permite la adopción de medidas innominadas, y concretamente las *"...que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio"* (art. 727.11 LEC). En mi opinión, tendrían cabida en el n.º 7 de dicho precepto. Al hilo de este precepto, en alguna capital, para evitar cualquier confrontación con la competencia del juzgado de primera instancia que conoce el proceso de ejecución hipotecaria, se recurría a ordenar a la parte ejecutante que, en un perentorio plazo, suspendiera el proceso de ejecución con el apercibimiento de que, en otro caso, el juzgado lo

---

<sup>64</sup> El quid del conflicto planteado radica en determinar si resulta de aplicación la norma de reparto competencial establecida en el artículo 86 ter.2 d), de la LOPJ, a cuyo tenor *"Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: d) Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia"*. Los Juzgados de Primera Instancia fundamentaban su opinión de no considerarse competentes en que el artículo 86 ter.2.d) LOPJ debe interpretarse en el sentido de atribuir competencia a los Juzgados de lo Mercantil para el conocimiento de las acciones relativas a condiciones generales de contratación que se ejerciten no solo en el estricto marco de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones de contratación, sino también en el de cualquier otra norma sectorial que incluya una regulación específica de las condiciones generales de contratación, como es el caso de la Ley 3/2004. Sin embargo, los Juzgados de lo Mercantil basaban su falta de competencia en que lo que se pretende en la demanda es simplemente que se declare nula la cláusula contractual controvertida con apoyo en el artículo 9 de la Ley 3/2004, cuyo ámbito objetivo no se circunscribe a condiciones generales de contratación, carácter que tampoco se invoca por la parte actora. El AAP SECCION N. 28 MADRID AUTO: 00129/2012 Rollo de apelación n.º 255/2012 (CENDOJ) entendió que era la postura del Juzgado de lo Mercantil la que debía prevalecer: *"No porque el criterio del Juzgado de Primera Instancia resulte desacertado, que no lo es, sino porque el mismo no resulta de aplicación al caso. La mera invocación del artículo 9 de la Ley 3/2004 como norma a cuyo amparo se impetra la tutela judicial no implica necesariamente que nos hallemos dentro del ámbito competencial definido en 3 el artículo 86.ter.2.d) LOPJ"*.



acordaría en su nombre. Es evidente que la adopción de esta medida cautelar exige valorar todos los presupuestos sabidos, debiendo exigirse una fianza (no elevada, pues teóricamente, el ejecutado/demandante no tiene un dinero para pagar la cuota de amortización del préstamo) para evitar la prolongación de posesiones gratuitas *sine die* por parte de los ejecutados.

No obstante lo anterior, en el espíritu de lo reseñado en la citada STJUE, subyace la idea de que pueda suspenderse la ejecución hipotecaria si la parte ejecutada presenta demanda de juicio ordinario, bien ante el Juzgado de lo Mercantil (para tratar de anular con carácter general las condiciones generales del contrato), bien ante el Juzgado de Primera Instancia (cuando lo único que pretende es que se declare el carácter abusivo concreto de alguna cláusula contractual del préstamo hipotecario ejecutado) siempre que se dicte la correspondiente medida cautelar. En cualquier caso, habría que estar al estado concreto en que se encuentre el proceso de ejecución, ya que si en éste se ha dictado decreto de adjudicación, por ejemplo, no sería factible suspenderlo.

No hay que olvidar que esta es una problemática que subsistió solo desde la mencionada STJUE hasta la reforma operada por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, que vino a resolver el problema de la competencia, pero lo cierto es que se debatió sobre el tema en todos los foros, dando lugar a prácticas judiciales diversas.<sup>65</sup>

En cuanto a la prejudicialidad civil (art. 43 LEC), en este periodo, sólo existiría esta si el pleito de ejecución estuviera en trance de resolverse la oposición en el planteada y se hubiera presentado procedimiento declarativo pretendiendo la nulidad de las condiciones generales de la contratación pues, se estaría ante una fase declarativa y la resolución que recayera en el proceso declarativo desplegaría el efecto positivo de la cosa juzgada sobre el proceso de ejecución. Si hubiera

---

<sup>65</sup>A título de ejemplo, en la Junta de Jueces celebrada el 18/04/2013 en Las Palmas de Gran Canaria se acordó revisar los procedimientos de ejecución hipotecaria en tramitación para determinar si existía algún tipo de cláusula abusiva que perjudicara al consumidor como consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013, con anterioridad, por tanto, a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 de 14 de mayo (La provincia. Diario de las palmas) [www.la.provincia.es](http://www.la.provincia.es) (consultado el 06/08/2015).

pasado dicha fase sería necesario para suspender la ejecución una medida cautelar que así lo dispusiera.

El art. 12 de la Ley 7/1998 de 13 abril recoge distintas acciones especiales respecto a las condiciones generales de contratación<sup>66</sup>, como son:

1) acciones de cesación cuya finalidad es que se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo;

2) acciones de retractación cuya finalidad es que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro;

3) las acciones declarativas cuya finalidad es declarar que una cláusula es una condición general del contrato de la contratación.

La solución que, en ese momento, parecía más coherente es que la cuestión debía resolverse haciendo una interpretación conjunta del art. 86 ter 2.d) de la LOPJ y del art. 12 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, entendiendo que solo se atribuye competencia a los Juzgados de lo Mercantil para conocer de las acciones específicamente reguladas en el mencionado art. 12. Mas, cuando en un proceso ordinario se solicite la nulidad de alguna o algunas cláusulas, por ser contrarias no solo a la ley de condiciones generales de la contratación, sino también por ser contrarias a la ley general de defensa de consumidores y usuarios, la competencia objetiva debe entenderse atribuida a los Juzgados de Primera Instancia (art. 45

---

<sup>66</sup> Vid. GONZÁLEZ PAKANOWSKA, I.: Artículo 5. Requisitos de Incorporación, en Bercovitz, R (coord.): “Comentarios a la LCGC”, Cizur Menor 2001., pág. 144; FELIU REY, I.: Artículo 5. Comentario, en ARROYO MARTÍNEZ, I, Y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coords.): “Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, Editorial Tecnos. Madrid, 1999, págs. 54 y 55, entre otros, Respecto a la regulación de los controles de incorporación las posturas doctrinales son en general críticas, pues se considera que la regulación de los controles de incorporación, no ha sido técnicamente correcta, al caer en un excesivo formalismo.



LEC). Solo en aquellos casos en los que se ejercite una acción de las previstas en el art. 12 de la Ley 7/1998, acción de cesación, de retratación, o declarativa, la competencia objetiva será del Juzgado de lo Mercantil; la interpretación contraria llevaría a que en todos los procesos con consumidores y usuarios en los que se discuta la posible nulidad de una condición general se atribuiría su competencia a los juzgados de lo mercantil, interpretación contraria no solo a lo expuesto, sino al tenor literal, del art. 86 ter, que al atribuir las competencias a los juzgados de lo mercantil lo hace con carácter exclusivo y excluyente, lo que no permite ampliar la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil a supuestos distintos a los recogidos en la Ley<sup>67</sup>.

Una vez resuelta la primera cuestión, entendiendo que la competencia objetiva correspondía a los Juzgados de Primera Instancia, la segunda cuestión era determinar cómo se articulaba procesalmente la suspensión del proceso de ejecución, debiendo distinguir si la ejecución hipotecaria se estaba llevando a cabo en vía judicial, o notarial.

Cuando se estaba tramitando el proceso de ejecución en vía judicial, la única que es objeto del presente trabajo, la competencia para acordar la suspensión no era del Juzgado de Primera Instancia ante el que se había presentado la demanda de juicio ordinario, sino del Juzgado en el que se seguía la ejecución hipotecaria, debiendo hacer dicha petición la parte ejecutada, acreditando la interposición de la demanda y su admisión a trámite.

Supuso una cuestión importante determinar cuál era el momento en que debía solicitarse la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria, en principio no planteaba dudas que era desde la interposición de la demanda y su admisión a trámite.

En cuanto al plazo final, es decir hasta qué momento del proceso de ejecución podría solicitarse la suspensión, de forma análoga a lo establecido en el artículo

---

<sup>67</sup> Cfr. GARCÍA-VILLARRUBIA, B. “La competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil. Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento”, número extraordinario-2006 [www.uria.com](http://www.uria.com) (consultado el 06/08/2015).

596 LEC, en cuanto al plazo final en el que se puede interponer la tercera de dominio, que no es otro que desde el momento en que en virtud de la ejecución y de acuerdo con la legislación civil se haya producido la transmisión del dominio al acreedor o a un tercero.

En cualquier caso, durante esos dos meses, la conclusión es, que partiendo de que la competencia estaba atribuida a los Juzgados de lo Mercantil, toda vez que por tratarse de condiciones generales de contratación, vía art. 86 ter LOPJ, tienen atribuidas el conocimiento de los procesos con ellas relacionadas, no consideraba práctico que en aquella situación, esto es antes de que el Gobierno se decidiera a abordar la cuestión, fuera conveniente cuestionar por parte del Juez que conocía del proceso de ejecución, la decisión cautelar del Juez que conocía vía declarativa del proceso de nulidad de la ejecución.

A esta conclusión se llega tras la lectura de la STJUE de fecha 14 marzo 2013, concretamente de su considerando 50<sup>68</sup>, ya que era obvio que el Gobierno debía regular este procedimiento dando una solución al menos igual de favorable para el hipotecante que las soluciones dadas para los consumidores y usuarios por la legislación interna vigente en ese momento, garantizando el ejercicio de los derechos del hipotecante/consumidor, lo que conllevaba necesariamente modificar una regulación que hacía extremadamente difícil o incluso, a veces imposible, el ejercicio de tales derechos.

---

<sup>68</sup> Que venía a decir que si bien la armonización de los mecanismos de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los motivos de oposición admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, y de las facultades conferidas al juez que conozca del proceso declarativo competente para analizar su legitimidad, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, y deben de ser decididas por éste en virtud del principio de su autonomía procesal, la solución que se dé, no puede ser menos favorable que las que rigen situaciones similares de carácter interno (en el caso de protección de consumidores y usuarios) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confieren a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión.

### **1.1.3. Hipoteca unilateral.**

Según el art. 141 LH, mientras no conste en el Registro la nota marginal de aceptación por el acreedor, no se podrá iniciar la ejecución hipotecaria de una hipoteca unilateral. Y ello porque, según la doctrina, no puede ser considerado el inicio del proceso de ejecución como una forma de aceptación tácita de la hipoteca<sup>69</sup>.

Esta hipoteca es la constituida sin que conste la aceptación del acreedor hipotecario. El hipotecante otorga de forma unilateral una escritura de hipoteca en garantía de una deuda cuyo acreedor podrá, más tarde, aceptar dicha hipoteca. Mientras no se produce esta aceptación, el gravamen real, debidamente inscrito, subsistirá, sin que el deudor hipotecario pueda ya cancelar la hipoteca. Para poder hacerlo bastaría con requerir al acreedor para que acepte, sino lo hiciera en el plazo de dos meses desde la fecha de requerimiento, el deudor podría cancelar unilateralmente. Lo importante, en todo caso, es que para ejecutar la hipoteca el acreedor hipotecario debe previamente aceptarla e inscribir la aceptación. Por tanto, si no constara inscrita la aceptación, la hipoteca unilateral no tiene eficacia de derecho real, ya que no nace como tal sino desde que sea formalmente aceptada<sup>70</sup>. De conformidad con el art. 144 LH y concordantes ( y doctrina interpretativa de la DGRN) la hipoteca unilateral para que adquiera virtualidad de derecho real como tal con todos sus efectos jurídicos , requiere necesariamente la aceptación formal por parte del acreedor en escritura pública debidamente inscrita, al igual que ocurre con cualquier otra hipoteca bilateral, para la que se exige a efectos constitutivos, el otorgamiento de la escritura pública

---

<sup>69</sup> JORDANO FRAGA, J. “La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria, Editorial Comares, Granada 1999”, pág. 151, considera que la hipoteca no nace hasta la inscripción en el Registro de la aceptación del acreedor mediante nota marginal, retrotrayéndose la eficacia constitutiva hasta el momento de la inscripción de la oferta del constituyente de la hipoteca. VERDERA SERVET, R.A. “La cancelación de la hipoteca de constitución unilateral”, Revista crítica de derecho inmobiliario n.º 670, 2002, págs. 509-556, considera que el sistema registral rechaza que el inicio del procedimiento de ejecución represente una forma de aceptación tácita de la hipoteca unilateral.

<sup>70</sup> Cfr. RDGRN de 4 de marzo de 2010 (BOE de 5 de abril) y de 2 de noviembre de 2011(BOE 1 de diciembre) entre otras.

en la que conste el establecimiento de la hipoteca por el propietario y la consiguiente aceptación por la persona a cuyo favor se establece, unida a su preceptiva inscripción, como requisitos esenciales para que ésta nazca a la vida jurídica<sup>71</sup>. Por tanto, sin la observancia de lo anterior el derecho real no existe conforme a los artículos 1875 CC y 145 LH.

Por eso la primera afirmación de que no puede ser considerado el inicio del proceso de ejecución como una forma de aceptación tácita de la hipoteca. Ello, claramente, deriva del art. 1257 CC, quedando excluida para la válida aceptación de la hipoteca unilateral cualquier otra manifestación de la voluntad que no sea la que se exprese en escritura pública e inscriba, rechazándose las aceptaciones presuntas, tácitas u obrantes en documentos privados no inscritos, sin perjuicio de su eficacia entre los intervinientes.

En consecuencia, mientras se encuentre pendiente la aceptación de la hipoteca unilateral, lo único que habrá es un derecho potestativo de modificación jurídica desde el lado del acreedor y una oferta vinculante desde el lado del constituyente<sup>72</sup>. Por tanto, en este momento el Registrador no podría expedir

---

<sup>71</sup> Cfr. ALBADALEJO GARCÍA, M. “La hipoteca unilateral” (Anuario de derecho civil) Librería A & M Jiménez 1950, Madrid págs. 60 y 61.

<sup>72</sup> Según la RDGRN de 16 de mayo de 2005 (BOE 30 de julio), que sobre las diferentes posiciones jurídicas relativas a la naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral y el derecho que accede al Registro, expresó “*Considerada inicialmente como un supuesto de reserva de rango registral, la doctrina ha evolucionado hacia su entendimiento como una figura que requiere para su válida constitución de la aceptación como “conditio iuris” y aún más allá se ha considerado que la constitución plena de la hipoteca se produce mediante la inscripción de la misma antes de su aceptación sin perjuicio de los efectos de ésta que han de referirse a la adquisición del derecho. El Tribunal supremo ha tendido a considerar la hipoteca unilateral como nacida en virtud de la inscripción de la escritura de constitución como “hecho real” con efectos frente a terceros, si bien la aceptación determinará la plena eficacia del derecho de hipoteca. Independientemente de la consideración de su naturaleza jurídica, lo cierto es que la hipoteca unilateral una vez inscrita ha de entenderse existente sin perjuicio de los efectos de una posible no aceptación en el procedimiento cancelatorio específico a que se refieren los arts. 141 LH y 237 RH. Se crea mediante la inscripción de la escritura de constitución un derecho potestativo o de modificación jurídica desde el lado del acreedor y una oferta vinculante dese el lado del constituyente en los términos que resultan del Registro. Por ello la hipoteca tal y como está configurada e inscrita ha de entenderse que recoge ya todos los elementos requeridos para su constitución, sin perjuicio de los efectos que deriven de la aceptación”.*

certificación de dominio y cargas y debería calificar negativamente el mandamiento dirigido por el juzgado en este sentido.

Se pasa a analizar las consecuencias de la expedición de tal certificación. En la hipótesis de que se formalizara escritura de hipoteca unilateral por un deudor a favor de varios acreedores, y se fijara una fecha tope de aceptación (lo que se inscribe), indicándose que el deudor notificará a los acreedores por burofax, la constitución de la hipoteca y, fuera de plazo, es aceptada la hipoteca por uno de los acreedores, manifestando que no le fue notificada la constitución de la referida hipoteca. Lo procedente es que el Registrador rechace la inscripción, dado que la aceptación se ha hecho fuera de plazo y existen otros acreedores que aceptaron en plazo, así como anotaciones de embargo posteriores.

La DGRN, tras valorar las distintas teorías sobre la hipoteca unilateral, bien se la considere como una reserva de rango registral, o bien como considera el propio centro directivo, como una figura que requiere para la válida constitución la aceptación como una *conditio iuris*; rechaza la posibilidad de inscripción de dicha aceptación fuera de plazo (principalmente porque pueden existir terceros perjudicados). Y trata de justificar su postura en que el plazo de aceptación figura inscrito, y por tanto dicha cláusula *“implica una derogación de la regulación normativa de la hipoteca unilateral, que no establece un plazo específico para la aceptación, a salvo el requerimiento del constituyente. Prefijado el plazo, se modaliza el término de la oferta en principio irrevocable que dicha constitución implica”*.

Es evidente que el rechazo del recurso por la aceptación fuera de plazo, se debe a la existencia de otros acreedores y de la existencia de embargos posteriores. La consecuencia que parece más lógica es que aquí no rige el plazo de dos meses para la aceptación, previo requerimiento, y que se debe poder llevar a cabo la cancelación de hipoteca, por el deudor, en cuanto al acreedor aceptante fuera de plazo, sin necesidad de requerimiento alguno<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> RDGRN de 16 de mayo de 2005 (BOE de 30 de julio). Confirmada por la S. Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Palma de Mallorca, de 23/2/2006.

La cuestión a debatir estaría en que antes de la presentación de la escritura que recoge el consentimiento para la cancelación de la hipoteca ya consta al margen de la inscripción del derecho nota expresiva de la expedición de certificación de cargas en procedimiento de ejecución (porque ya constaba la aceptación de otros acreedores).

En virtud del art. 688.2 LEC, si consta en el Registro la expedición de la nota marginal en el procedimiento de ejecución hipotecaria, el Registrador no puede cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución. Lógicamente, la disposición legal tiene por finalidad que no se cancele una hipoteca cuya ejecución esté en tramitación, cumpliendo dicha nota marginal funciones de publicidad y notificación respecto a titulares posteriores a la misma.

Se trata de una nota cuyo asiento está bajo la salvaguarda de los Tribunales, por lo que procede la paralización de la cancelación de la hipoteca en tanto no se cancele por mandamiento judicial. Esa calificación negativa del Registrador de la escritura de cancelación de la hipoteca por parte del constituyente de la misma por no aceptación de uno de los acreedores, sin duda, obedece al imperativo del art. 688.2 LEC, otro asunto será la procedencia y eficacia de la nota marginal relativa al inicio del procedimiento de ejecución de hipoteca (aspecto que no entra a valorar la citada resolución).

Se puede entender que no existe duda sobre su eficacia, que el Registrador expide la certificación de dominio y cargas porque consta inscrita la aceptación de algunos de los acreedores, y esto determina la válida constitución del derecho real. No tendría mucho sentido considerar que en caso de varios acreedores el derecho real de hipoteca no se constituye hasta la inscripción de la aceptación de todos y cada uno de ellos, principalmente porque se perjudicaría el derecho de terceros.

#### **1.1.4. Subrogación en préstamos hipotecarios.**

En los casos de subrogación en préstamos hipotecarios, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, determina, en su art. 6, que para la ejecución de la hipoteca, la entidad subrogada deberá presentar copia inscrita de la escritura de subrogación acompañada de certificación registral acreditativa de la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Esta certificación, que se acompañará a la demanda, acredita la subsistencia de la inscripción de la hipoteca y cumple una función distinta de la certificación de dominio y cargas, que deberá ser solicitada a través del oportuno mandamiento en el momento pertinente.

Esta ley es aplicable en caso de sustitución del acreedor, pero no alcanza al cambio de deudor (el caso habitual de venta de un inmueble sobre el que pesa una hipoteca y el comprador se subroga en la posición del antiguo dueño a la vez que paga la diferencia hasta el precio de venta), al no existir una ley especial debe acudir al CC y a la LH para buscar la regulación de ésta figura.

El primer requisito sería el de consentimiento del acreedor, tal y como establece el CC, ya que parece lógico que no pueda realizarse un cambio de deudor sin la aceptación del acreedor, esto podría modificar sustancialmente el negocio suscrito. Así, la entidad financiera podrá aceptar o no la subrogación del nuevo deudor, que no le resulta obligatoria sino facultativa.

La LH establece que el vendedor quedará desligado de su obligación si así lo pactan en la escritura de compraventa y el acreedor presta su consentimiento expreso o tácito.

#### **1.1.5. Hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales.**

La hipoteca, a la que se refiere el art. 143 LH, requiere para su ejecución la nota marginal que regula el art. 238 de la RH. Podría entenderse sino, al despacharse ejecución, que el ejecutado alegara la causa de oposición del art. 695.1 LEC

relativa a la extinción de la obligación garantizada, asimilándola a una obligación no nacida<sup>74</sup>, ya que la prueba del nacimiento de la obligación es la nota marginal extendida que expresa los hechos que deban dar lugar a ella. De ahí, que la negativa a firmar o a ratificar la solicitud al Registrador, por alguna de las partes intervinientes en la relación obligatoria, legitime al contrario para acudir al preceptivo juicio ordinario.

Son hipotecas de seguridad que garantizan un crédito indeterminado, afectando dicha indeterminación, en las obligaciones futuras a la existencia de la misma, y en las condicionales a su eficacia. Siendo imprescindible que la hipoteca se constituya esencialmente para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (art. 1857 CC) y, por otra parte, pudiendo esta obligación ser de cualquier clase, «ya sea pura, ya esté sujeta a condición suspensiva o resolutoria» (art. 1861 CC) cabe preguntarse cómo se adapta a dichas exigencias una obligación que aun entrando en el concepto de «cualquier obligación», es inexistente en el momento de constitución de la garantía (por lo que no hay, en ese momento, ninguna obligación asegurable). La dificultad de conciliar dicha idea con la exigencia de accesoriedad se pone de manifiesto recordando los postulados tradicionalmente atribuidos a dicho principio<sup>75</sup>. La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse, es decir, al contraerse la obligación o al cumplirse la condición el efecto de la hipoteca inscrita se retrotrae al momento de la inscripción.

---

<sup>74</sup> Cfr. RIVERA FERNÁNDEZ, M. “La ejecución de la hipoteca inmobiliaria”, Ed. Dillex 2004, pág. 135, o RIVAS TORRALBA, R. “Aspectos registrales del proceso de ejecución”, Ed. Bosch, 2.ª edición, 2012, págs. 491-492.

<sup>75</sup> SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: “Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad”, Ed. Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1.ª ed., Madrid, 2008, págs. 13.



Al despacharse ejecución tendrá que tenerse en cuenta el dato fundamental de que el derecho real ha nacido, ya que si la obligación no se ha contraído o no se ha cumplido la condición, debería denegarse tal despacho.

#### **1.1.6. Hipoteca a favor de una pluralidad de acreedores.**

Plantea distintos problemas según la comunidad de acreedores este organizada en régimen de solidaridad o mancomunidad:

- Siendo el régimen de solidaridad, aquél en que no hay cuotas, solo habría una hipoteca, por lo que cada uno de los acreedores podría ejercitar la acción hipotecaria de ejecución y cancelar la hipoteca en el Registro, por supuesto, sin perjuicio de su responsabilidad frente al resto de los acreedores solidarios<sup>76</sup>.

- Siendo el régimen de mancomunidad y teniendo en cuenta también la naturaleza de dicho régimen, si sería necesaria la determinación de la cuota o porcentaje correspondiente a cada uno de los acreedores hipotecarios.

A efectos registrales, de inscripción de hipoteca, la presunción de mancomunidad que establece el art 1138 CC, no es suficiente, sino que hay que acudir al art. 54 RH, que dispone:

*1. Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.*

*2. Esta regla se aplicará cuando las partes de un mismo bien, aun perteneciendo a un solo titular, tengan distinto carácter o distinto régimen.*

---

<sup>76</sup> Vid. BLASCO GASCÓ, F. (La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario, Valencia 2000, pág. 94) y las RDGRN de 1 de marzo de 1994(BOE 6 de mayo), de 23 de marzo de 1994(BOE 10 de mayo), de 15 de febrero de 2000(BOE 9 de marzo) y de 10 de febrero de 2003(BOE 14 de marzo).

3. *No se considerará cumplido este requisito si la determinación se hiciera solamente con referencia a unidades de moneda, de medida superficial u otra forma análoga.*

Sin embargo, este artículo no es significativo porque la propia DGRN considera que la exigencia que contiene debe subordinarse a las especiales características de ciertas comunidades<sup>77</sup>. Lo importante, como en el caso anterior de solidaridad, es determinar si cada acreedor puede o no ejercitar por sí solo, la acción real hipotecaria (en este caso, por su respectiva cuota).

Aunque existen posturas doctrinales a favor y en contra<sup>78</sup>, e incluso mixtas<sup>79</sup>, parece más adecuado el criterio de la DGRN que se fija en la titularidad de la hipoteca, ya que dado su carácter accesorio del crédito que garantiza, será la misma que la de dicho crédito.

Así, el carácter parciario, mancomunado o solidario del crédito va a determinar la titularidad proindiviso, colectiva o solidaria de la hipoteca que la garantice, siendo la determinación de cuotas inexcusable en el caso de la obligación parciaria pero no en los demás casos<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Vid. RDGRN de 22 de mayo 2000 (BOE 31 de julio), dice textualmente que “*no siempre será imperativa la existencia de aquellas cuotas para la perfecta delimitación del derecho inscrito*”.

<sup>78</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓ, M. “Derechos reales. Derecho hipotecario”, CER, Madrid 1999, t. II, pág. 275, rechaza el ejercicio independiente de la acción considerando la doctrina común a ésta forma de mancomunidad de derechos, que exige la actuación conjunta de todos los comuneros o de uno de ellos en beneficio de todos. Sin embargo, mantienen la postura contraria a favor del ejercicio individual de la acción, salvaguardando siempre los derechos de los restantes acreedores mediante la subsistencia de la hipoteca, ya que el adjudicatario adquiriría el bien inmueble gravado con la hipoteca, que garantiza ahora una suma menor, pero quedando sujeto a la ejecución que puede instar cualquiera de los restantes acreedores; Cfr. GARCÍA GARCÍA, J.M. “El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca”, Civitas, Madrid 1994, pág. 114; ROCA SASTRE, R.M. “Derecho hipotecario, 7.ª edición, t. II págs. 647 y ss.” ; RIVERA FERNÁNDEZ, M. “La ejecución de la hipoteca inmobiliaria”, Editorial Dilex 2004, pág. 100.

<sup>79</sup> Cfr. MONTERO AROCA, J. “Las ejecuciones hipotecarias”, Valencia 2001, págs. 434 y ss. rechaza la actuación conjunta, permitiendo la individual, cuando la pluralidad de acreedores es originaria pero considera necesaria la actuación conjunta cuando los acreedores lo son en virtud de título sucesorio o uno de los acreedores cede su cuota a otros por cualquier título.

<sup>80</sup> RDGRN de 23 de marzo de 1994 (BOE de 10 de mayo), 28 de abril de 1999 (BOE 14 de mayo), 15 de febrero de 2000 BOE de 9 de marzo) y 10 de febrero de 2003(BOE 14 de marzo)

Además no debe olvidarse el principio de la autonomía de la voluntad, que puede dar a la organización de una pluralidad de titulares del crédito garantizado con hipoteca unas características diferentes a las de las tres formas de comunidad que venimos examinando.

La conclusión podría ser que la fijación de las cuotas en la titularidad hipotecaria no pueden exigirse cuando no son compatibles con la modalidad concreta de comunidad en que se han organizado en cada caso, y esas modalidades no son *numerus clausus* (proindiviso, mancomunado y solidario), sino que se admiten otras no tipificadas legalmente.

### **1.1.7. Inscripción previa de prohibición de enajenar.**

Si existiera una inscripción previa de una prohibición de enajenar, la primera cuestión que podría plantearse es si es inscribible la escritura de constitución de hipoteca, porque al implicar una posibilidad de enajenación futura, el deudor podría dejar de satisfacer la deuda voluntariamente para así provocar la transmisión que es contraria a la prohibición. Lo cierto es que resulta forzado este planteamiento, y la DGRN no se lo ha planteado, considerando que las prohibiciones deben de este modo interpretarse de manera restrictiva y que la hipoteca no constituye un acto de transmisión del dominio<sup>81</sup>. También es significativo la diferencia que, a priori, pudiera existir entre una prohibición de enajenar voluntaria o legal, ya que la legal debería dar lugar siempre a denegar la inscripción. Pero esto no es así de claro. Precisamente, la Resolución de la cual se extrae la consideración anterior se refiere a una prohibición legal.

Existen múltiples prohibiciones legales en nuestro derecho positivo<sup>82</sup>, pero la DGRN en todas sus resoluciones se muestra favorable a la procedencia de la

---

<sup>81</sup> RDGRN de 26 de febrero de 2008 (BOE 17 de marzo)

<sup>82</sup> Entre otras:-Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 4 de julio de 1995, en su art. 27.5 para el adquirente en virtud del derecho de retracto.- RD 845/1999 de 21 de mayo en su art. 72.10, para los inmuebles de sociedades y fondos de inversión.-RD 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 en su art. 5,

enajenación forzosa de bienes sujetos a prohibición de disponer <sup>83</sup> , independientemente de que la prohibición sea voluntaria o legal.

El problema viene dado, si se acepta que no existe ningún impedimento para inscribir la hipoteca, a pesar de la prohibición de enajenar, con las consecuencias de la ejecución del crédito hipotecario durante la vigencia de esa prohibición, sobre todo en cuanto a la inscripción del remate o adjudicación y a la subsistencia y cancelación de cargas.

Por supuesto que en los anuncios de la subasta debería hacerse mención a este particular, igual que deberán constar todas las circunstancias conocidas sobre la finca en el procedimiento (como la existencia de situaciones arrendaticias si fueran conocidas), pero sin olvidar que la consecuencia de ello, desde mi experiencia, sería la ausencia de licitadores.

Pero, lo más problemático sería dictar el Decreto de adjudicación; porque o bien se suspende el despacho del Decreto y mandamiento de cancelación de cargas hasta que se cumplan los requisitos a los que se condicionó la prohibición <sup>84</sup> , o despacharlo pero haciendo constar en el decreto que la adjudicación queda condicionada al cumplimiento, dentro de un plazo ya que no fijarlo no tendría sentido, de los requisitos establecidos <sup>85</sup>.

Considero, que en la práctica, no optaría ni por una cosa ni por otra, porque no hay nada que lleve a pensar que el incumplimiento de las condiciones impuestas

---

estableciéndose en este caso una excepción a la prohibición “salvo en caso de subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo”.

<sup>83</sup> RGGRN de 18 de marzo de 2004 (BOE 23 de abril) establece que la prohibición de disponer no impide que pueda verificarse una ejecución forzosa, debiendo restringirse disponer pura y voluntariamente del derecho en cuestión; puesto que las normas no deben ser interpretadas desde la exclusiva perspectiva de su eventual incumplimiento (art. 3 C.C.), no pueden desconocerse los remedios jurídicamente arbitrados a tal efecto (arts. 6 y 7 del C.C., ni pueden menospreciarse los intereses generales en aras a la consecución de fines particulares (art. 1255 C.C.)

<sup>84</sup> Como podría ser la obtención de la autorización administrativa y el reintegro de las ayudas recibidas en las viviendas protegidas.

<sup>85</sup> La RDGRN de 5 de octubre de 2000 (consulta), subordina la válida transmisión de la finca a la autorización administrativa y al reintegro de las ayudas recibidas.

supongan la nulidad de la enajenación judicial, pero es que además no puede condicionarse la adjudicación a la observancia de unos requisitos cuyo cumplimiento corresponde al ejecutado, nunca al adjudicatario<sup>86</sup>.

### **1.1.8 Situación concursal del hipotecante.**

El artículo 76.1 LC, establece el principio de universalidad con respecto a los bienes y derechos del patrimonio que conforman la masa activa. Este principio para Cerdán Moreno<sup>87</sup>, es una aplicación del artículo 1911 CC, que afecta al cumplimiento de las obligaciones todos los bienes del deudor, presentes y futuros. No obstante, los motivos que parecen llevar al legislador a configurar tal principio de universalidad en el derecho concursal se circunscriben a la satisfacción de los acreedores, que seguramente también inspiran el artículo 1911 CC, pero queda claro que en un Derecho que tiene efectos sobre la esfera obligacional del deudor, dicha elección vendrá dada por un razonamiento en el que no ha influido el Derecho civil en materia de obligaciones.

En el ámbito registral, la declaración de concurso tiene importantes consecuencias<sup>88</sup>. En los supuestos de constancia registral de la situación concursal

---

<sup>86</sup> Siguiendo con el mismo ejemplo de las viviendas protegidas, no puede recaer sobre el adjudicatario el reintegro de ayudas que percibió el ejecutado, ni las multas que pudieran derivarse por esa falta de reintegro, aplicando la Ley 38/2003, de 17 de noviembre General de Subvenciones.

<sup>87</sup> CORDÓN MORENO, F. identifica los “bienes presentes” del artículo 1911 CC con los “bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso” del artículo 76.1 LC; y los “bienes futuros” (art. 1911 CC) con “los se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento” (art. 76.1 LC). “Proceso concursal”, Pamplona, Aranzadi, 2013, pág. 187.

<sup>88</sup> Tanto antes como después de la fase de liquidación, en éste último caso, si se encontrare inscrita una hipoteca en que una sociedad en liquidación es el deudor y uno de los socios es el hipotecante en garantía de deuda ajena, y además existen inscritas otras dos hipotecas a favor de distintos acreedores, si en el procedimiento de ejecución se presenta una ampliación del préstamo hipotecario otorgada por el liquidador y se solicita se expida el oportuno mandamiento dirigido al Registrador para su inscripción, no procede la inscripción (por tanto el control estaría en la calificación registral) puesto que las sociedades en liquidación ven alterado su objeto que queda limitado a los actos propios para facilitar la liquidación de la sociedad, entre los que no se encuentra desde luego la asunción de nuevas deudas, no teniendo en consecuencia facultades para ello

del hipotecante, el problema vendría si se pretendiera inscribir una escritura de hipoteca otorgada con anterioridad a la declaración de concurso. La cuestión es si el deudor tiene poder de disposición, puesto que el art. 21 de la Ley Concursal, determina que a partir de la declaración de concurso se limita ese poder de disposición, siendo anulables los actos realizados por el concursado contraviniendo las medidas limitativas ordenadas por el Juez del concurso. El artículo 24.4 *in fine* de Ley Concursal dispone "*Practicada la anotación preventiva o la inscripción, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el artículo 55.1*".

Dicho artículo se refiere expresamente a los embargos posteriores a la declaración de concurso, con la excepción de las ejecuciones laborales o administrativas, lo que no deja de ser algo confuso, planteándose la cuestión de si los embargos decretados antes de la declaración de concurso, y fuera de los supuestos de procedimientos cuya continuación está legalmente permitida hasta la liquidación, pueden anotarse en el Registro, si se presentaran con posterioridad a la presentación del auto de declaración de concurso. La DGRN, conforme a la anterior legislación, había manifestado una posición favorable a dicha anotación de embargos con posterioridad a la declaración de concurso, que fue rechazada por la doctrina tras la nueva legislación concursal<sup>89</sup>.

La anotación preventiva relativa al concurso va a producir el cierre registral respecto de actos dispositivos del concursado, posteriores a esa declaración de

---

tampoco el liquidador. Ahora bien si se justificara convenientemente que la ampliación del préstamo sí tiene como finalidad facilitar la liquidación social, como por ejemplo sería si los acreedores posteriores quieren proceder a la ejecución de sus hipotecas y el de primer rango pretende dar el préstamo para pagarles y, además, facilita el pago de su crédito otorgando un período de carencia o ampliación del plazo, entiendo que si procedería la inscripción. Es decir, sería inscribible la ampliación del préstamo hipotecario si el mismo es aprobado o ratificado por la Junta general que es el órgano que tendría competencia para asumir ese tipo de decisiones estratégicas y, además, esa causa justificativa se indica expresamente en la escritura señalando en una estipulación que el nuevo efectivo será indisponible por el prestatario y se destinará directamente por el banco pagar a los creadores hipotecarios posteriores u otros extra registrales que hubiere.

<sup>89</sup> Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, J. Comentarios a la legislación concursal..., ob. cit. pág. 545.

concurso. Sin embargo, lo que se plantea aquí es el acceso al Registro de actos anteriores a esa declaración. La emisión del consentimiento se produce en el momento que se otorga la escritura pública, no en el posterior de inscripción en el Registro de la Propiedad, incluso aunque esta tenga carácter constitutiva. Por tanto, no tendría acceso al Registro aquella escritura de hipoteca que hubiere sido otorgada por el deudor en fecha posterior a su declaración de concurso, pero sí la que hubiera sido otorgada antes de la declaración de concurso<sup>90</sup>. Sin embargo, no podría despacharse ejecución. Efectivamente, si dentro de un procedimiento de ejecución hipotecaria el Secretario (Letrado de la Administración de justicia)<sup>91</sup> ordena, a través del oportuno mandamiento, la expedición de certificación y la correspondiente práctica de la nota marginal, encontrándose el titular del inmueble sobre el que pesa la hipoteca ejecutada declarada en concurso voluntario, en virtud de auto dictado por el correspondiente Juzgado de lo Mercantil, según el art. 56. 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> LC<sup>92</sup>, el Registrador debe denegar la expedición de la certificación requerida, a menos que se justifique lo dispuesto en el mismo.

---

<sup>90</sup> Así lo declara la RDGRN de 3 de junio de 2009 (BOE 27 de junio), relativa a una escritura de compraventa, según la cual: *"ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos de enajenación realizados por el deudor antes de la declaración del concurso, sin necesidad de intervención alguna del Juez del concurso ni de los administradores del mismo, toda vez que tales bienes no se integran en la masa del concurso -cfr. artículo 76 de la Ley Concursal -, y sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de las acciones de rescisión de tales actos cuando el deudor los hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración"*.

<sup>91</sup> En virtud de la LO 7/2015 de 21 de julio (BOE 22 de julio), por la que se modifica la LO 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, a partir de su entrada en vigor el 1 de octubre.

<sup>92</sup> Según el artículo 56 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> LC, no podrá iniciarse la ejecución de la garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial hasta que no se apruebe el convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, o en su caso. Los procedimientos ya iniciados se suspenderán, y sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están sujetos o no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

No se ha entendido así esta modificación por todos los agentes implicados en la ejecución hipotecaria, concretamente por los ejecutantes<sup>93</sup>. De hecho no han faltado recursos planteados por las entidades financieras intentando dar una interpretación distinta a la modificación operada en la LC<sup>94</sup>. En este sentido, consideran que, el art 56 LC, incluso después de la reforma operada por la Ley Concursal 38/2011 de 10 de octubre, se refiere únicamente a la ejecución de bienes afectos, para los no afectos es de aplicación lo dispuesto en el art. 55.4 de dicha norma, por lo que no es necesario la aportación de la resolución del Juez del concurso a que se refiere el art. 56.2 LC para continuar con la ejecución hipotecaria. Pero no basan su interpretación solo en lo indicado, sino también en una argumentación dirigida a enmarcar la capacidad de calificación de las resoluciones judiciales por los Registradores, señalando que éstos, al denegar la expedición de una certificación de dominio y cargas en un procedimiento de ejecución hipotecaria en que la sociedad titular registral de las fincas es parte, carecen de justificación para hacerlo, considerando que tal certificado no es más que un trámite formal del procedimiento de ejecución al que el ejecutado puede oponerse (en el momento procesal oportuno y por los motivos tasados que establece la LEC).

La DGRN, resolviendo estas cuestiones, (centrando el objeto de debate en la posibilidad de expedición, dentro de un expediente de ejecución directa sobre

---

<sup>93</sup> Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la Registradora de la Propiedad de Manresa n.º 4, por la que se suspende la expedición de la certificación de dominio y cargas, en un procedimiento de ejecución hipotecaria, dando lugar a la RDGRN de junio de 2012 (BOE 26 de julio).

<sup>94</sup> Entre otras, RDGRN de 12 de junio de 2012 (BOE 26 de julio) que viene a señalar que la falta de competencia del Registrador para apreciar si los bienes concretos están o no afectos a las actividades del deudor concursado implicaba la necesidad de un pronunciamiento judicial expreso pues su falta no puede ser interpretado en un sentido o en otro. La existencia o inexistencia de indicios en los pronunciamientos registrales de la afección a la actividad profesional o empresarial no permiten suplir aquella declaración expresa del juez competente. Con la entrada en vigor de la Ley 38/2011 de modificación de la Ley Concursal que da nueva redacción al art. 56 queda consagrado con rango de ley que *la declaración de concurso supone la suspensión y la paralización desde luego de todo procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que no se acredite en el mismo, mediante testimonio de la resolución del juez competente, que los bienes concernidos no están afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado.*



bienes hipotecados de una certificación de titularidad y cargas, así como la correspondiente práctica de la nota marginal de su expedición) ha señalado que, cuando en el Registro consta inscrita la declaración de concurso del deudor hipotecante, considera que, no existiendo en el Registro constancia alguna relativa a la no afección del bien hipotecado a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad, el Registrador debe denegar la expedición<sup>95</sup>. Posteriormente, entra en el análisis LC, uno de cuyos objetivos, según señala su exposición de motivos, fue el de acabar con la dispersión procesal hasta entonces existente derivada del reconocimiento legal del derecho de separación a los acreedores con privilegio especial, singularmente los acreedores con garantía de hipoteca sobre bienes inmuebles.

La DGRN<sup>96</sup> traza la evolución de la Ley antes y después de su reforma por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y la vincula a su doctrina, según la cual, era posible la ejecución hipotecaria al margen del Juez del concurso cuando (además de haberse publicado los anuncios para la subasta, requisito exigido en la anterior redacción de la norma) no conste registralmente la afección de los bienes a la actividad profesional del concursado, circunstancia que debe apreciarse judicialmente y a la que no se extiende la calificación registral cuando no consta registralmente tal afección.

Esta doctrina de la DGRN, es fiel reflejo de la elaborada por la Sala de Conflictos de Jurisdicción y de Competencia del Tribunal Supremo, que entendió que declarado el concurso no cabe ejecución sobre bienes singulares sin un previo pronunciamiento del Tribunal competente para conocer del mismo sobre el carácter afecto o no de los bienes a la continuidad de la actividad del deudor, doctrina jurisprudencial que ha quedado consolidada por la reforma LC antes citada. Esto es, a partir de la entrada en vigor de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, queda consagrado con rango de ley (art. 56.2 LC), que la declaración de concurso supone la suspensión y la paralización de todo procedimiento de ejecución

---

<sup>95</sup> RDGRN, de 12 de junio de 2012 (BOE 26 de julio).

<sup>96</sup> RDGRN, de 12 de junio de 2012 (BOE 26 de julio).

hipotecaria hasta que no se acredite en el mismo, mediante testimonio de la resolución del Juez competente, que los bienes concernidos no están afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado.

No entra la DGRN a valorar si tras la declaración de concurso toda ejecución de garantías reales, ha de sustanciarse ante el Juez que conoce del concurso, o si es posible, respecto de aquéllas que no alcancen a bienes afectos o necesarios para la actividad empresarial del concursado, la ejecución judicial (e incluso extrajudicial) ante otra autoridad, pero sí señala con contundencia que en un caso en que conste registralmente la declaración de concurso del titular de los bienes ejecutados pero no cuál sea el carácter de estos, es imposible por parte del Registrador llevar a cabo ninguna actuación anudada a la ejecución y, en concreto, la expedición de la certificación de cargas y la extensión de la correspondiente nota marginal, dado que aquella certificación es de mucho mayor alcance que el meramente informativo.

En consecuencia, en tanto no se ponga de manifiesto, ante el Registrador, un pronunciamiento expreso del Juez competente para conocer del concurso sobre el carácter del bien hipotecado no procede la expedición de la certificación solicitada ni la práctica de la nota marginal al margen del asiento de hipoteca. Además, para determinar si se aplicará o no la nueva redacción del artículo 56 LC (que es la que otorga al juez mercantil la competencia para resolver sobre la afectación de los bienes) deberá apreciarse si la ejecución estaba ya en suspenso o se hubiera iniciado tras la declaración del concurso.

Las ulteriores modificaciones LC<sup>97</sup> no han modificado el art. 56 LC, por lo que sigue siendo imperativo legal presentar al Registrador la resolución judicial que declare el bien hipotecado como “no afecto” a la actividad empresarial.

---

<sup>97</sup> El 26 de mayo de 2015 se ha publicado en el BOE la Ley 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal (“Ley 9/2015”). Esta Ley, que entró en vigor el 27 de mayo de 2015, tiene su origen en el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre de medidas urgentes en materia concursal.

No obstante, la LC no ha definido qué debe entenderse por afección a la actividad empresarial, lo que ha propiciado tres corrientes:

a) La que aplica el criterio estricto, por lo que sólo estarán afectos los bienes que integran el movilizadado material de la empresa, no así las existencias. Según este criterio, bienes afectos serían aquellos destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa, debiendo ligarse su concepto al inmovilizado de la misma<sup>98</sup>.

b) La que aplica el criterio amplio, por el que están afectos no sólo los inmovilizados, sino también las existencias y el circulante<sup>99</sup>.

c) La que aplica un criterio funcional, por el que estará afecto aquel bien destinado a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado y del que se sirva efectivamente en el ejercicio de la actividad empresarial. Esta postura es más acorde con los nuevos apartados 2 y 5 del art. 56 LC, que sostiene que es bien afecto aquel destinado a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado y del que se sirva efectivamente éste en el ejercicio de su actividad, al margen de la catalogación contable del mismo. Esta interpretación entiende que han de prevalecer criterios económicos y de afección real de los bienes hipotecados a la actividad del concursado<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Vid. SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Secc. 4.ª, 12/01/2006, al tratarse de inmuebles contruidos destinados a la venta e incluidos como existencias, sin que constara se destinaran a actividad alguna incluida en el objeto social, estimó que no estaban afectos. En el mismo sentido, el A. Juzgado de lo Mercantil, n.º 4 de Madrid de 14/1/2005; AAP de Mallorca, Secc. 5.ª, de 26/10/2009; el AAP de Zaragoza, Secc. 5.ª, de 26/2/2010.

<sup>99</sup> Vid. SAP Alicante, Secc. 8.ª 18/12/2009.

<sup>100</sup> Vid. AAP Barcelona Secc. 11.ª de 26/2/ 2007, que señaló que eran "*todos los bienes que estén destinados al servicio de la actividad profesional o empresarial del concursado*". En el mismo sentido, además, se pronuncian el AJM n.º 2 de Barcelona, de 1/7/2008; el AJM n.º 1 de Alicante, de 7/5/2009; AJM n.º 10 de Madrid de 18/10/2010; y el AJM n.º 1 de Málaga, de 1/11/2012, que declaró que "(.) *los bienes cuya afección se piden son bienes inmuebles, siendo la actividad de la concursada precisamente la venta y explotación de estos. A la vista de lo expuesto, los citados bienes se encuentran afectos a la actividad de la concursada, ya que forman parte del patrimonio de esta que es, a su vez, el elemento esencial de su actividad empresarial con el que poder seguir desarrollando su actividad explotadora* (.)".

La conclusión, siguiendo la práctica de los Tribunales, es que si la concursada es una entidad cuyo objeto social consiste en la explotación comercial de inmuebles, se encuentra dada de alta en los epígrafes correspondientes del Impuesto sobre Actividades Económicas y no ha cesado en su actividad, los inmuebles hipotecados que sean aptos para su construcción y enajenación deberán considerarse como bienes afectos a la actividad empresarial, con independencia de que su clasificación contable sea como existencias<sup>101</sup>.

En todo caso es una decisión que le corresponde adoptar al Juez de lo Mercantil.

Por último, es necesario determinar la consecuencia de la declaración del concurso en función de los diversos escenarios:

1) Si la ejecución se inició antes de la declaración del concurso, la DT 9.<sup>a</sup> de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, establece que se regulará por la redacción originaria del artículo 56 de la Ley Concursal, por lo que corresponderá al Juzgado que esté conociendo la ejecución determinar la afectación de los bienes a la actividad empresarial. Si no está afecto, la ejecución no tiene por qué suspenderse, y en caso contrario, tratándose de unos bienes afectos *“Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.”* En definitiva, procederá la suspensión hasta que transcurra un año sin que se haya abierto la liquidación y no se suspenderá si los bienes no están afectos.

2) Si la ejecución no se inició antes de la declaración del concurso, la DT 9.<sup>a</sup> de la Ley 30/2011 de 10 de octubre, establece que se aplicará la nueva redacción del

---

<sup>101</sup> A esta conclusión llega CABA TENA, A. “La consideración de los inmuebles en fase de construcción como bienes afectos a la actividad empresarial de las promotoras en concurso” [www.legaltoday.com](http://www.legaltoday.com) (consultado el 08/08/2015).

artículo 56 LC, que determina que corresponde al juez del concurso determinar si un bien está o no afecto. Si lo estuviera, no se podían iniciar ejecuciones singulares, siendo nulas las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento.

Es importante, en este punto tener en cuenta, las resoluciones del Tribunal Constitucional<sup>102</sup>, ya que, en la práctica, se han mantenido diferentes criterios por los Jueces de Primera Instancia que tramitaban ejecuciones hipotecarias sobre fincas incluidas en la masa activa del deudor cuando se declara su concurso y los Jueces de lo Mercantil que tramitaban este proceso concursal, los cuales velan por la intangibilidad de la masa activa destinada a pagar a los acreedores.

¿Quién es el competente para suspender la ejecutoria como dispone el artículo 56 LC?, ¿quién debe apreciar si el bien está afecto o no a la actividad empresarial o profesional del deudor?, ¿es necesario a ese efecto?, ¿cómo hacer valer esta competencia?, ¿cómo reflejar estas decisiones en la ejecución hipotecaria?, ¿han de ser firmes o no?, ¿quién es el Juzgado competente para continuarla una vez fue suspendida?... todas han sido cuestiones muy debatidas. Todo ello, incluso, dio lugar a la mencionada reforma de la Ley concursal de mano de la Ley 38/11 de 10 de octubre. Así, el actual artículo 56 especifica ya que la competencia para decidir cuándo el bien hipotecado está afecto a la actividad del deudor es necesario para su desenvolvimiento, corresponde, con toda lógica, y como venían diciendo las Audiencias, al Juez del concurso.

El Juez de Primera Instancia debe atenerse a esta decisión y suspender la ejecutoria, pues, solo él está legitimado para hacerlo, si bien siguiendo las indicaciones del Juez que conoce del concurso en cumplimiento de una obligación que le impone a aquél, no el Juez de lo Mercantil, sino la propia Ley Concursal. Sin embargo, sorprendentemente, algunos Juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia se negaron a admitir esta realidad. Esto se producía, con insistencia, en un mismo Juzgado especializado de Madrid, que rechazaba sistemáticamente los requerimientos de suspensión del Juez que conocía del concurso empeñándose

---

<sup>102</sup> Vid. SS. TC n.º 208/2009, de 26 de noviembre; 134/2010, de 2 de diciembre y 191/2011, de 12 de diciembre.

en continuar conociendo de la ejecución hipotecaria, incluso después de que la Audiencia Provincial de Madrid se pronunciara a favor del Juzgado de lo Mercantil<sup>103</sup>.

Es, aquí, donde la doctrina del Tribunal Constitucional expone con claridad que esa resistencia afectaba a derechos fundamentales, ya que podrían resentirse el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y el derecho a una tutela judicial efectiva<sup>104</sup>. Lo que ocurrió en éste caso concreto es que el Tribunal Constitucional no considera lesionado el derecho constitucional porque aunque la competencia del Juzgado de lo Mercantil es clara acerca de resolver sobre la pertenencia o no al patrimonio del concursado del bien objeto de la ejecución hipotecaria, declara que ello será sin perjuicio de que deba resolver el Juzgado de Primera Instancia sobre si procede o no suspender la subasta partiendo de lo resuelto por el Juzgado de lo Mercantil sobre ese extremo. Ello reduce entonces la cuestión al amparo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que es el propio Tribunal Constitucional el que trae a colación, siguiendo el criterio de flexibilidad en la tutela de los derechos fundamentales reiterado en su propia doctrina.

En este caso, la respuesta a la petición de amparo, debía ser forzosamente positiva. Más allá de la discrepancia con el compañero mercantil del Juez de Primera Instancia, que es legítima, la lesión constitucional proviene de una

---

<sup>103</sup> Vid. SAP de Madrid, Secc. 28.ª, de 20/9/ 2007, afirmó la competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil en estos casos, ya que consideraba que las fincas estaban afectas a la actividad del deudor, a pesar de lo cual el Juzgado de 1.ª Instancia especializado no se avino a suspender la ejecución hipotecaria.

<sup>104</sup> En la STC 191/2011, de 12 de diciembre, el Tribunal Constitucional recuerda su doctrina en torno al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley: no puede confundirse su contenido con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre muchas, SSTC 238/1998, de 15 de diciembre; 49/1999, de 5 de abril; 183/1999, de 11 de octubre; 164/2008, de 15 de diciembre; 220/2009, de 21 de diciembre; 208/2009, de 26 de noviembre; y 134/2010, de 2 de diciembre), no obstante lo cual, se puede vulnerar dicho derecho fundamental de referencia cuando se dicta una decisión que supone despojar de la potestad de jurisdicción al órgano judicial – o en su caso al titular de éste – que la ostentaba “contra el texto claro e inequívoco de la ley” (STC 35/2000, de 14 de febrero), es decir, modificando sustancialmente las normas sobre atribución de competencia legalmente establecidas en aplicación de una tesis no avalada por norma legal alguna.

cerrazón tal que obvió por completo y continuadamente lo dispuesto en el auto del superior común, que de modo inequívoco le ordenaba que resolviera sobre la suspensión ejecutiva ateniéndose al tenor de la cuestión prejudicial devolutiva resuelta por aquel Juez de lo Mercantil<sup>105</sup>. El Tribunal Constitucional, que ya había suspendido cautelarmente la ejecutoria, que el Juez de 1.ª Instancia había llevado incluso al apercibimiento de lanzamiento, declaró la nulidad de las actuaciones y las retrotrajo al momento en que aquél debía suspenderlas siguiendo el criterio concursal, expresado por el Juez de lo Mercantil. Así debió ser desde un principio, habiendo transcurrido innecesariamente más meses de los que las partes podían asumir. La lentitud del cauce judicial y constitucional ha producido el efecto de contarse con esta necesaria y esclarecedora sentencia después de que la LC haya sido modificada en orden, precisamente, a evitar casos similares.

### **1.1.9. Falta de coincidencia del contenido de la inscripción y el de la escritura.**

La discordancia entre el contenido de la inscripción y el de la hipoteca no es un defecto que impida la inscripción del derecho real de hipoteca constituido, no obstante, la existencia de la misma impide la utilización del procedimiento ejecutivo, al menos en vía extrajudicial. Por ello, este problema no es, básicamente, registral, pero también genera conflictos registrales, concretamente la denegación de la inscripción del pacto en la ejecución hipotecaria notarial<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Vid. STC n.º 191/2011, de 12 de diciembre “(...) pese a la claridad de la argumentación y de las declaraciones contenidas en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, siendo ya inequívoco que su actuación carecía de fundamento en Derecho y que resultaba, por ello, arbitraria, se resistió a los efectos jurídicos derivados de dicho pronunciamiento, negándose a acatar lo dispuesto en el Auto resolutorio de la cuestión de competencia. La persistencia en desatender la resolución vinculante de la Audiencia Provincial, a lo largo de más de un año, durante el cual continuó dictando resoluciones que ignoraban lo acordado en aquel Auto, conculca el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución jurídicamente fundada (art. 24.1 CE), toda vez que los aquí recurrentes tenían derecho a que la suspensión de la ejecución se resolviera de forma congruente y fundamentada en Derecho, en coherencia con lo declarado previamente por el Juez del concurso”.

<sup>106</sup> RDGRN de 26 de julio de 2012(BOE de 5 de octubre)

(propiciando recursos contra las calificaciones negativas). No obstante, el contenido de esa discordancia es fundamental, ya que no tiene el mismo efecto un distinto valor de tasación que errores meramente materiales, susceptibles de ser subsanados. Esos errores son de la más variada índole. Podría tratarse de la omisión de un dato, como el estado civil, un error al transcribir un apellido o la letra del DNI. Podría ser también un error aritmético fácilmente detectable como consecuencia de rehacer las operaciones, cuyas bases resultan indubitadamente en el documento público notarial. Sin embargo, cuando el defecto es relativo a la propia voluntad, aparece contradictoria o insuficiente, en tales casos deberá ser necesaria la concurrencia de los interesados o la intervención judicial.

En efecto, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, por los tribunales de Justicia, de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos o bien se acepte por el titular del derecho inscrito su rectificación (artículos 1, 38, 40, 82 y 83 de LH).

En principio, podría pensarse que el carácter constitutivo de la inscripción resuelve el problema que puede plantear un procedimiento de ejecución hipotecaria judicial en el que no coincide el contenido de la inscripción y el de la escritura. El art. 130 LH establece que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo<sup>107</sup>, ya que todo lo que no consta inscrito en el Registro no puede afectar a terceros de buena fe. Sin embargo, no solo el carácter constitutivo de la inscripción resuelve el problema, sino también el juego

---

<sup>107</sup> Art. 130 redactado por el n.º 2 del art. 11 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.



de los principios de inoponibilidad y fe pública a favor de los adquirentes de los artículos 32 y 34 LH<sup>108</sup>.

No obstante, cabe mencionar la excepción referida al tercer poseedor no inscrito, que aunque no conste en el Registro no debe ser obviado por el ejecutante. Si éste tuviera conocimiento del mismo está obligado a demandarle o, al menos, requerirlo de pago<sup>109</sup>.

La posición doctrinal más tradicional mantenía, sin embargo, la necesidad de inscripción del tercer poseedor<sup>110</sup>, definiéndose al tercer poseedor, por algunos

---

<sup>108</sup> Vid. RDGRN de 28 de enero de 2002 (BOE 4 de marzo) en el que no se inscribe el pacto de las partes por el que se acuerda que la hipoteca garantiza unas determinadas obligaciones pero no otras. La calificación del mandamiento de cancelación de cargas, interesando la cancelación total de la inscripción de la hipoteca, fue negativo por falta de consentimiento de los titulares del resto de las obligaciones emitidas y por constar en el Registro la iniciación con anterioridad de un procedimiento judicial sumario por impago de otras obligaciones. La DGRN confirmó la calificación negativa del Registrador, declarando que no hubiera existido inconveniente para la cancelación, si se hubiera reflejado en el Registro que la hipoteca solo garantizaba el pago de determinadas obligaciones, pero al no ser así, los adquirentes de las otras obligaciones pueden haber confiado en que la hipoteca aseguraba también su pago, por lo que sería necesario el consentimiento de sus titulares o resolución judicial que lo ordene, o la acreditación de la extinción por pago de las mismas. Y esto en virtud del art. 155 LH que establece la subsistencia de la hipoteca si existen otros títulos con igual derecho a los que se ejecutan.

<sup>109</sup> Así lo declararon, entre otras, la STC 148/1988 de 14 de julio y la RDGRN de 19 de septiembre de 2013 (BOE de 22 de octubre).

<sup>110</sup> Vid. MORELL Y TERRY, J. "Comentarios a la legislación hipotecaria" Barcelona: Librería de Agustín Bosch, 1917. pág 740 señala que "*tercero, en el art. 114, es todo el que no ha intervenido como parte en la hipoteca inscrita, ya adquiera el dominio de la finca, ya otro cualquier derecho real, pero siempre a condición de que inscriba el derecho que adquiere*". Continúa así "*nosotros creemos que se trata de un tercero que inscribe, esto es, que en cuanto existe un tercero con título inscrito, queda limitada la responsabilidad por razón de intereses a los de los dos últimos y la parte vencida de la anualidad corriente y que, no existiendo tal tercero, mientras la finca siga, según el Registro, en poder del deudor, la hipoteca asegura todos los réditos del préstamo, sea las que fueren las adquisiciones no inscritas o los derechos no registrados con relación al mismo inmueble. De no ser así, si el tercero a que alude la Ley fuese cualquiera que no hubiese intervenido como parte en el acto inscrito (la hipoteca), ese cualquiera no necesitaría inscribir ni anotar, bastaría que tuviese interés en la finca para no ser perjudicado*", y finalmente que "*la limitación que impone el art. 114 equivale a un perjuicio para el acreedor hipotecario y no cabe que perjudiquen a tercero, y mucho menos al tercero con título inscrito, derechos o títulos que no se hallen registrados o que sólo resulten de una anotación*".

autores<sup>111</sup>, como “el que adquiere registralmente el bien gravado con la hipoteca inscrita”, y, aduciendo otros<sup>112</sup>, la necesidad de conocimiento por el acreedor de la existencia del tercero para poder tomar medidas para protegerse, ya que, de otro modo, los intereses ordinarios han quedado sin cobertura ante la existencia de un tercero que el ejecutante desconoce, siendo perjudicados, también, todos los hipotecantes.

Sin embargo, la doctrina más actual defiende<sup>113</sup>, que el tercer poseedor, haya o no inscrito su título, tiene derecho a la limitación de intereses, sin poder obviar los resultados que puedan derivar de la circunstancia de estar o no inscrito en el Registro su título, llegando a la conclusión de que el tercer adquirente que no ha inscrito su título en el Registro está incluido en el ámbito de aplicación de los arts. 112 y 113, debiendo centrarse la cuestión en las posibilidades de intervención del tercer adquirente en el procedimiento de ejecución hipotecaria, y en el alcance de esa intervención, que no dependerá solo de la inscripción o no del título.

Debido a la importancia de la figura del tercer poseedor, es imprescindible dedicar un epígrafe completo de este trabajo a su estudio.

---

<sup>111</sup> Cfr. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B. “Comentarios a la legislación hipotecaria” Tomo II. 2.<sup>a</sup> ed. Ed. Aranzadi. Pamplona 1975. VI. págs. 594, 695.

<sup>112</sup> Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, M.P. “La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario” Ed. Comares. 1999 págs. 60 y ss.

<sup>113</sup> Cfr. CLEMENTE MEORO, M. E. “El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente”. Revista general del derecho n.º 579, 1992, págs. 11319 y ss. considera que, dado que la LH no exige que el tercer poseedor haya inscrito su derecho (arts. 112 y 113 concretamente) y dice “sin duda el tercer poseedor deberá procurar intervenir en el procedimiento de ejecución si quiere ejercitar su derecho” y Arijá Soutullo, C. “El tercer adquirente de bienes hipotecarios” Tirant Lo Blanch 2002. pág. 57 que manifiesta que “se ha llegado a la conclusión de que el tercer adquirente que no ha inscrito su título en el Registro está incluido en el ámbito de aplicación de los referidos preceptos (refiriéndose a los arts. 112 y 113), pero la cuestión se desplaza al estudio de las posibilidades de intervención de un tercer adquirente, que no ha inscrito su derecho, en el procedimiento de ejecución hipotecaria”.

## **1.2. CIRCUNSTANCIAS QUE HAN DE CONSTAR EN LA ESCRITURA DE HIPOTECA.**

### **1.2.1. Precio de tasación de la finca.**

El precio de tasación de la finca para subasta se fija por acuerdo entre las partes sin referencia al valor de mercado que pudiera ser determinado pericialmente. En la mayoría de los casos, las entidades financieras optan por sistemas fijos de determinación (*vgr.* el doble o el triple de la cantidad principal por la que la finca responde). Así lo establece el art. 682.2.1.º LEC refiriéndose a los “interesados”, como aquellos que deben fijar el precio de tasación. De esta manera participan en la determinación del precio otros agentes distintos del deudor y acreedor, como es el caso del hipotecante no deudor, aunque, en el supuesto de que este interviniera, no sería necesaria la intervención del deudor.<sup>114</sup> Por ello, el sistema de intervención en la fijación del tipo es abierto porque en él puede entrar todo el que tenga categoría de “interesado”, o incluso, determinarse el tipo por el único interesado (es el caso del constituyente de la hipoteca unilateral, aunque posteriormente el tipo fijado fuera aceptado por el acreedor al aceptar la totalidad de escritura).

En cualquier caso, siempre podría ser modificado el valor de tasación por acuerdo entre las partes que un día lo establecieron (entre acreedor y deudor, o entre hipotecante no deudor y acreedor), salvo en caso de transmisión a un tercero de la finca lo que determinaría la intervención de ese nuevo titular registral. El mismo supuesto en caso de cargas posteriores, ya que determinaría la intervención de los titulares de las mismas.

Nada indica que el valor de tasación deba ser en metálico (aunque en la práctica se determine de esa manera), por lo que tal valor podría referirse a cualquier dato cierto, siempre que su conversión a metálico fuera posible en el momento preciso.

---

<sup>114</sup> Vid. RDGRN de 26 de mayo de 1986 (BOE de 17 de junio) considera que la hipoteca, en este caso, podría ser constituida por el acreedor y el hipotecante no deudor.

No plantea duda el supuesto de transmisión de finca, ya que el variar el titular registral, no podría modificarse al valor de tasación sin conocimiento (y consentimiento) del mismo. Sin embargo, en el caso de titulares de cargas posteriores, aunque existen opiniones dispares en la doctrina<sup>115</sup>, parece excesivo requerir su consentimiento, ya que no afecta a su derecho como titulares de tales cargas, si bien, la alteración del valor de tasación podría afectar a sus intereses en cuanto al posible sobrante, ya que el mismo debería ser aplicado a la satisfacción de tales cargas posteriores.

En relación con el precio de tasación de la finca, debemos detenernos en el estudio de las modificaciones introducidas en este punto por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Sin duda, se trata de una norma que ha sido dictada por razones de urgencia social, por lo que su nota característica es la precipitación, existiendo una evidente falta de coordinación entre sus diferentes preceptos. Consecuencia de esa precipitación son las dificultades que presenta en cuanto a la forma de aplicación. Se presenta como una de las novedades de la ley el requisito de fijar un valor mínimo de subasta de los bienes en relación con el valor de tasación de los mismos. Así, la Exposición de Motivos dice: *"Se introducen determinadas mejoras en el procedimiento de subasta, estableciéndose que el valor de tasación a efectos de la misma no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Anteriormente no existía ningún límite para el tipo de subasta"*. Y, en desarrollo de ello, se modifica el artículo 682.2.1.º LEC, para la ejecución judicial.

El primer problema que plantea esta norma es que en el ámbito del mercado hipotecario, en contra de lo que dice la Exposición de Motivos, esta materia sí estaba ya regulada anteriormente, y, además, lo estaba de una forma más

---

<sup>115</sup> Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M. "El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria" Civitas, Madrid 1994, pág. 95 considera que no se produce indefensión de los titulares de las cargas posteriores por lo que no exige su consentimiento. En el mismo sentido, MONTSERRAT VALERO, A. "El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria", Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 72.

ventajosa para el deudor.<sup>116</sup> Resulta por tanto que, en contra de lo que afirma la Exposición de Motivos de la Ley, hasta ahora, existía una cantidad mínima para la fijación del tipo de subasta en los préstamos hipotecarios destinados a ser titulizados, y ese porcentaje era, como mínimo, el cien por cien del valor de tasación. Resulta un tanto inexplicable que en una Ley de Protección de los deudores, el mínimo se reduzca en una cuarta parte, descendiendo hasta el 75% del valor de tasación. Se tienen en cuenta los porcentajes finales sobre el valor de subasta por los que pueden resultar adjudicados los bienes (art. 670 LEC, cuando hay postores, y 671 LEC, en subastas desiertas), por lo que resulta que la nueva norma no sólo no beneficia al deudor ejecutado sino que puede llegar a representar una lesión patrimonial de hasta el 25% del valor de los bienes subastados en determinados supuestos.

Sin embargo, realizando una interpretación acorde con las pretensiones protectoras de la norma y conforme al espíritu de la ley, puede entenderse aplicable la nueva norma sólo a aquellos préstamos o créditos que no vayan a ser objeto de titulación<sup>117</sup> en el mercado hipotecario, lo que reduce sensiblemente su ámbito de aplicación. Se trataría de interpretar que no juegan, en este caso, los principios de *lex posterior* ni de rango jerárquico entre la Ley 1/2013 de 14 de mayo y el RD 716/2009 de 24 de abril, pues se refieren a supuestos de hecho distintos, de modo que los préstamos titulizables ya estaban regulados en esta materia por el mencionado RD -que fijaba un mínimo del 100%-, y la ley sólo se

---

<sup>116</sup> Así, en el RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, en su artículo 8.2, se establece: "*La tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración*".

<sup>117</sup> La normativa fundamental en materia de titulación es la siguiente:

1. Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulación Hipotecaria.
2. Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación.

refiere ahora a aquellos préstamos que, carecían de toda regulación al respecto, es decir, los no titulizables, fijándoles un mínimo del 75%.

La titulización puede definirse como el proceso mediante el cual determinados derechos de crédito, actuales o futuros, de una entidad (entidad cedente) son vendidos en todo o en parte a los inversores en forma de valores negociables, generalmente mediante previa agregación y modificación de alguna de sus características. Estos activos constituyen derechos de cobro para la entidad cedente, no necesariamente una entidad bancaria. Cualquier entidad que posea derechos de crédito podrá desmovilizarlos cediéndolos a un tercero a cambio de liquidez. Se consideran activos titulizables: préstamos, contratos de leasing, de alquiler de inmuebles, de servicios, derechos de cobro, derechos de explotación, tasas y exacciones fiscales, entre otros, no siendo esta una lista cerrada. El predominio de los títulos hipotecarios es elevado en este tipo de instrumento financiero. La Ley 2/1981, de 25 marzo, de regulación del mercado hipotecario estableció tres clases de títulos hipotecarios: cédulas, bonos y participaciones hipotecarias<sup>118</sup>. Siendo la regulación de los instrumentos financieros un factor importante en el desencadenamiento de la crisis económica, existe un amplio debate sobre su regulación en el futuro, siendo muy criticada la amplia flexibilización del régimen de las titulizaciones<sup>119</sup>. Por otro lado, la cuestión sería determinar qué ocurre con las escrituras de préstamo hipotecario en que el valor

---

<sup>118</sup> El art. 12 de la LMH 2/1981 de 25 de marzo establece que las cédulas hipotecarias se encuentran garantizadas por la totalidad de las hipotecas que integran la cartera de las entidades emisoras y el art. 13 que los bonos hipotecarios tienen la garantía de los créditos afectados por las emisiones. La Ley 19/1992 de 7 de julio sobre régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y Fondos de Titulización Hipotecaria reguló las participaciones hipotecarias. A diferencia de lo que sucede en el caso de las cédulas y de los bonos hipotecarios, en las participaciones hipotecarias, la entidad financiera cede el crédito hipotecario a los partícipes que devienen acreedores del deudor hipotecario.

<sup>119</sup> Cfr. MADRID PARRA, A. "Garantía de los valores hipotecarios y crisis financiera" Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N.º 10, 2009, págs. 49 y ss. "Reforma del mercado hipotecario, titulización hipotecaria y crisis financiera" Academia Sevillana del Notariado Tomo 20, 2009 págs. 346-397 y "La titulización de créditos hipotecarios" Anales de la Academia Matritense del Notariado Tomo 49, 2009 págs. 97-114; RECALDE CASTELLS, A. "Crisis y eficacia de los controles sobre los mercados financieros. Reflexiones sobre los efectos de la crisis en la regulación del sistema financiero", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Estado y mercado en situación de crisis, n.º 14, págs. 121 y ss.

de subasta se ha fijado por referencia a otros criterios, siendo los más habituales la total responsabilidad garantizada, el principal del préstamo o el doble de ese principal.

La solución, simplificando todo lo anterior, podría ser la siguiente:

- Si en la propia escritura se incorporó una tasación, bastaría con comprobar que el valor a efectos de subasta cubre el porcentaje del mínimo fijado sobre el valor de tasación. En caso afirmativo, podría seguirse adelante con la ejecución. En caso negativo, de la aplicación del nuevo texto legal (DDTT 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> de la ley 1/2013 de 14 de mayo) y de la eventual consideración de tal cláusula como abusiva, podría entenderse que existen razones que impedirían despachar la ejecución por una cantidad inferior a la que resultaría de los citados mínimos. Puede sostenerse que la cláusula de fijación de valor de subasta en la escritura reúne todos los requisitos, para ser considerada dentro del ámbito de las condiciones generales de la contratación <sup>120</sup>. De igual manera, no puede considerarse tal cláusula como "objeto principal" del negocio, lo que, suponiendo su previa negociación, impediría su consideración como cláusula general <sup>121</sup>. Cumpliéndose por tanto, todos los expresados presupuestos de las condiciones generales, podrá ser objeto de examen a efectos de determinar su carácter abusivo o no.

- Si en la escritura no se incorporó tasación alguna, puede entenderse que el propio texto legal impide despachar la ejecución por una cantidad respecto de la que no se compruebe que cubre los nuevos mínimos establecidos. En consecuencia, sería necesario obtener una tasación oficial, haciendo aplicables los criterios que se desprenden de los arts. 666 y 637 LEC, que regulan, con carácter genérico, la subasta de bienes inmuebles en procedimientos de apremio.

---

<sup>120</sup> Es decir, contractualidad, predisposición, imposición y generalidad que son los requisitos exigidos conforme a la ley 7/1998, de 13 de abril, y a la Directiva 93/13.

<sup>121</sup> Vid. STS, Sala Civil, de 9 de mayo de 2013 que estableció, expresamente, que sus pronunciamientos no tenían carácter "retroactivo" (por la asombrosa razón de que la aplicación retroactiva de la declaración de nulidad de la cláusula podría causar graves trastornos a la economía nacional).

Enlazando con lo anterior, (aunque la redacción del texto legal se refiera al requisito de la “escritura de constitución” de hipoteca, olvidando que la hipoteca se constituye cuando se inscribe) se tiene en cuenta que el propio precepto obliga a que esta circunstancia conste en la inscripción, resulta innegable que es un requisito de la inscripción. Ahora bien no es un requisito para la existencia de la hipoteca<sup>122</sup>. Es decir, que lo que tiene que constar en la inscripción de forma clara es si se ha pactado el valor de tasación, pero si no hay pacto, si no se fija el valor de tasación eso no significa que no sea válida la escritura y que no se deba inscribir la hipoteca, lo único que implica es que si se pretende realizar el crédito hipotecario no podrán aplicarse las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados pero si las restantes de la ejecución dineraria, entre ellas la del procedimiento ejecutivo ordinario<sup>123</sup>.

Por lo tanto, si no se fija valor para subasta, no procede suspender ni denegar sino simplemente inscribir tal como resulta del título<sup>124</sup>. Si lo que se hace en la escritura es simplemente no poner valor de subasta eso no tiene por qué llevar consigo una calificación negativa. La hipoteca es inscribible, no se puede denegar o suspender la inscripción, pero no será ejecutable por el procedimiento sumario. Lo más acertado en este caso sería que el Registrador inscribiera, haciendo constar de modo expreso en la inscripción que no se ha pactado valor para la

---

<sup>122</sup> Vid. RDGRN de 31 de marzo de 2014 (BOE de 5 de mayo)

<sup>123</sup> RDGRN de 29 de octubre de 2013 (BOE 22 de noviembre) “Queda fuera de duda, por tanto, que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial en las escrituras de constitución de hipotecas, o en otras posteriores en que se pretenda incluir dichos pactos, resulta imprescindible que se le acredite al registrador, a través de la certificación pertinente, la tasación de la finca hipotecada «realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario», y que el valor (o precio) en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea inferior, en ningún caso, al setenta y cinco por ciento del valor señalado en la tasación realizada conforme a la citada Ley. Las normas transcritas que así lo establecen tienen carácter imperativo, inderogable por la voluntad de las partes, por lo que su infracción pararía en la nulidad de la estipulación que incurriesen en tal infracción, lo que la inhabilita para su acceso al Registro de la Propiedad (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria) y, por tanto, para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales (cfr. artículo 130 de la Ley Hipotecaria)”.

<sup>124</sup> Vid. DÍAZ FRAILE, J.M. La doctrina de la DGRN sobre la Ley 172013 de 14 de mayo. Primera parte la constitución de la hipoteca. Estudio de la RDGRN de 29 de octubre de 2013 (BOE 22 de noviembre). [www.registradoresdemadrid.org](http://www.registradoresdemadrid.org) (consultado el 09/08/2015).



subasta, siendo este aspecto objeto de un estudio más pormenorizado en el punto referente a las consecuencias de la omisión, tanto del precio de la omisión de la finca como del domicilio a efectos de notificaciones y requerimientos.

Ya se indicó anteriormente, que el valor de tasación puede ser modificado en cualquier momento por acuerdo entre las partes, por lo que lo lógico es admitir que en cualquier momento pueda completarse la escritura de hipoteca mediante otra en la que se establezca el valor de subasta, por supuesto con el consentimiento del titular si la finca ha pasado a manos de tercero. La cuestión sería determinar si es necesario o no hacerlo en documento público. En principio la regla general que exige documentación pública para la inscripción, y la especial de los artículos 129 LH y 682 LEC, parece inclinarnos a exigir que, en todo caso, el valor de subasta conste en documento público. Sin embargo, la DGRN<sup>125</sup> permite transformar una hipoteca solidaria sobre varias fincas en una hipoteca ordinaria mediante un documento privado de distribución de responsabilidad, considerando que la cuestión viene expresamente resuelta en sentido afirmativo en el art. 216 del R.H. Esto lleva a una conclusión sorprendente; para distribuir la responsabilidad, (cada finca respondía de la deuda íntegra y ahora pasa a responder solo de su concreta responsabilidad) basta documento privado, y sin embargo para fijar la tasación se exige documento público. Así que, la fijación del valor de subasta, que puede considerarse más un acto procesal que un negocio jurídico real exige mayores formalidades que un auténtico negocio jurídico real, como es distribuir de manera diferente la responsabilidad hipotecaria.<sup>126</sup> Sin embargo, parece mantenerse, en la práctica, la idea de que es necesario exigir documento público, aunque parece algo forzado el tratar de fundamentar tal exigencia por las razones expresadas con anterioridad.

Finalmente, hacer un inciso en cuanto al supuesto de pluralidad de fincas hipotecadas, la DGRN ha sido clara a la hora de exigir, en virtud del principio de

---

<sup>125</sup> RDGRN de 7 de enero de 2004(BOE 17 de febrero).

<sup>126</sup> Cfr. ZEJALBO MARTÍN, J. “Fiscalidad de la modificación y protocolización del valor de tasación de los préstamos hipotecarios” artículo publicado el 18 de agosto de 2014 en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com) (consultado el 09/08/2015).

especialidad (art. 246 LH) que se determine separadamente el tipo de subasta para cada una de ellas<sup>127</sup>.

### **1.2.2. Domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones.**

La segunda circunstancia que debe constar en la escritura de hipoteca es el domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones. Este se fijará por el deudor, sin que sea necesario que coincida con el domicilio real o legal del deudor, aunque normalmente coincidirá con alguno de ellos, y pudiendo fijarse más de uno<sup>128</sup>, por ejemplo, de manera alternativa. Solo sería rechazable si lo que se pretende designando varios domicilios es exigir una pluralidad de notificaciones. Suele señalarse más de un domicilio cuando existen varios hipotecantes o cuando existe deudor e hipotecante no deudor.

Lo anterior no es aplicable a hipoteca sobre establecimientos mercantiles, ya que en este caso, necesariamente, el domicilio debe ser el local en que estuviera instalado el establecimiento que se hipoteca (art. 682.2.º LEC).

Analizando las escrituras de hipoteca, en algunas de ellas, se fija como domicilio el del propio acreedor, práctica impuesta por bancos acreedores, que es totalmente rechazable, ya que impide al ejecutado tener conocimiento de la tramitación del procedimiento, así como intervenir en el mismo.

La fijación del domicilio, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, pretende, en principio, proteger al acreedor y al deudor. Al primero, frente a las dilaciones indebidas que pudiera sufrir la tramitación del procedimiento por sucesivos cambios de residencia del deudor (ya se realicen con mala fe de éste o no), y al segundo, garantizando el exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas. Lo que ocurre es que el Tribunal Constitucional ha dado tanta importancia a esta última garantía del deudor, que, prácticamente, ha hecho desaparecer la

---

<sup>127</sup> Vid. RDGRN de 24 de octubre de 2000 (BOE 13 de diciembre).

<sup>128</sup> Vid. La RDGRN de 9 de julio de 2001(BOE 21 de agosto), admite que sean señalados varios domicilios aunque la LEC se refiere a “domicilio” en singular.

protección al acreedor. La jurisprudencia constitucional<sup>129</sup> constituye una brecha en el sistema registral de notificación establecido por la LH, considerando el carácter subsidiario de la notificación por edictos, lo cual implica que el órgano judicial tiene el deber no solo de velar por la ejecución correcta de los actos de comunicación procesal, como son las notificaciones, sino también el deber de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte (el deudor) sea oída en el proceso.

La LH de 1861, con la finalidad de fortalecer la hipoteca para atraer capital extranjero, había desarrollado un sistema registral de notificaciones que permitiera una rápida ejecución, evitando las dilaciones, atrayendo a los inversores que confiaban, en caso de impago, en una rápida tramitación del procedimiento y por ende, un rápido cobro de sus créditos. Así, el art. 682.2.2.º

---

<sup>129</sup> Vid. STC 131/2014, de 21 de julio de 2014; Los hechos son los siguientes: La entidad de crédito Banco Pastor inició el procedimiento de ejecución hipotecaria facilitando como domicilio del demandado, a efectos de emplazamiento, la dirección que figuraba en la escritura de compraventa con préstamo hipotecario (art. 682.2.2.ª LEC). El Juzgado de Primera Instancia encargado de la ejecución despachó la ejecución y ordenó su notificación en el domicilio registral, donde las personas que se hallaban en la vivienda declararon no conocer al propietario. Tras ello, se produjo una segunda notificación en otro domicilio donde, idénticamente, las personas presentes negaron conocer al propietario de la vivienda. Ante la imposibilidad de localizar al deudor, se acordó requerir de pago al demandado y, posteriormente, citarle a la subasta por medio de edictos. Transcurridos 6 meses desde la celebración de la subasta por la que el banco se adjudicó la vivienda al quedar aquella desierta, el deudor hipotecario interpuso incidente de nulidad de actuaciones alegando no haber tenido conocimiento del proceso sino cuando el inmueble ya había sido subastado y adjudicado. Considera que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) puesto que el banco contaba con otra dirección que notificó el ejecutado por burofax a la oficina y que la entidad había utilizado para efectuar notificaciones no relacionadas con el inmueble objeto de ejecución hipotecaria. Se desestima por el Juzgado el incidente de nulidad por haberse cumplido de forma rigurosa los requisitos procesales establecidos en la LEC para la tramitación de la ejecución hipotecaria, por lo que el demandado interpuso recurso de amparo ante el TC. El TC concedió el amparo al demandado declarando vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva y ordenando la retroacción de todo lo actuado al momento anterior al requerimiento de pago, ya que comprende que el órgano judicial no agotó los medios de que razonablemente disponía para averiguar el domicilio real del deudor. Para ello, el Juzgado debería haber requerido a la entidad bancaria para que informase si conocía otro domicilio del deudor o consultar el domicilio real a través de registros públicos (como la oficina municipal del padrón de habitantes, etc.), lo cual no comportaba una desmedida labor investigadora del órgano judicial (límite de exigencia). Vid. entre otras, STC 122/2013 de 20 de mayo; STC 104/2008 de 15 de septiembre; 28/2010 de 27 de abril y STC 137/2014 de 8 de septiembre.

LEC establece que el deudor deberá determinar en la escritura de la hipoteca un domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones, siendo el artículo 683 LEC el que establece qué trámites han de seguirse para modificar el domicilio fijado a tales efectos. La omisión de dichos trámites por parte del deudor comportaba su responsabilidad respecto a las consecuencias que pudieran derivarse de ello, facilitando así la ejecución hipotecaria.<sup>130</sup>

El Tribunal Constitucional realizó una interpretación de los anteriores preceptos conforme a la Constitución según la cual el órgano judicial tiene la obligación de dirigirse a los organismos oficiales y registros públicos que puedan facilitar la averiguación y localización de la parte cuando el requerimiento haya sido infructuoso en el domicilio señalado en la escritura<sup>131</sup>. Se produce, por tanto, una relajación del rígido sistema de notificación registral y de su rapidez, porque fallido el intento de notificación en el domicilio registral, había de intentarse en el domicilio “real” que habría de averiguar el órgano judicial. A partir de dicha doctrina constitucional se añadió un apartado tercero al art. 686 LEC.<sup>132</sup> Previa a dicha modificación, los únicos medios para efectuar la notificación eran los previstos en el art. 686.1 LEC (“*en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor (...) en el domicilio que resulte vigente en el Registro*”), y en el art. 686.2 LEC (que permite la notificación extrajudicial en el domicilio vigente en el Registro a familiares, al portero o al vecino más próximo, etc.). Siendo infructuosa la notificación en el domicilio registral, habrá de asegurarse el conocimiento del deudor mediante la publicación por edictos.

---

<sup>130</sup> Cfr. ADÁN DOMÉNECH, F. “La práctica forense de la ejecución hipotecaria. Respuestas a sus principales problemas de aplicación.” Revista internacional de estudios sobre derecho procesal y arbitraje N.º 3-2008 pág. 14 y ss. [www.riedpa.com](http://www.riedpa.com) (consultado 09/08/2015).

<sup>131</sup> Vid. STC 78/2008, de 7 de julio.

<sup>132</sup> Introducido por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre por el que “intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164 de esta ley”.

Tras esta reforma, la publicación edictal procedía de forma automática cuando se hubieran agotados los recursos que se contienen en los apartados 1 y 2 del art. 686 LEC<sup>133</sup>.

Sin embargo, otra sentencia del TC<sup>134</sup> volvió a matizar el artículo 686 LEC, exigiendo que el órgano judicial agote los medios que tenga a su alcance para notificar al ejecutado la existencia del proceso en su domicilio real, antes de recurrir a la comunicación por edictos. Esta exigencia suprime la finalidad originaria del sistema de notificación basada en la brevedad del procedimiento, exigiendo que siendo infructuosa la notificación en el domicilio registral al deudor o allegados (incluso vecinos), deba averiguarse el domicilio real antes de recurrir a la notificación por edictos.

Sorprendentemente, frente a la doctrina constitucional se sitúa la doctrina de la DGRN, que mantiene una gran rigidez en la aplicación del sistema registral de notificaciones<sup>135</sup>. Por tanto, ambos órganos están abogando por sistemas de notificación totalmente contrapuestos,<sup>136</sup> con efectos negativos los dos: la doctrina del TC anula la finalidad agilizadora del procedimiento que el sistema registral de notificación tenía, y la doctrina de la DGRN anula la posibilidad de que el deudor sea notificado.

La crítica a esta situación es la siguiente: el problema es el papel del que notifica ya que no es fácil decidir para el Juzgado cuándo se han agotado todas las posibilidades de búsqueda del ejecutado, y se trata de una decisión que compete al Secretario, con la presión (recursos quiero decir) continuada del ejecutante

---

<sup>133</sup> ADÁN DOMÉNECH, F. La práctica forense de la ejecución hipotecaria..., op. cit. pág. 14 y ss. [www.riedpa.com](http://www.riedpa.com) (consultado 09/08/2015).

<sup>134</sup> STC 28/2010, de 27 de abril

<sup>135</sup> Así por ejemplo, la RDGRN de 5 julio 2013 ( BOE 6 de agosto) declara falto de validez el requerimiento de pago efectuado a persona jurídica en lugar distinto al señalado en la escritura de hipoteca inscrita, indicado por el acreedor, aun siendo este domicilio el de las oficinas de la empresa deudora.

<sup>136</sup> AGÜERO ORTIZ, A. “Notificar en el domicilio registral puede producir indefensión. La deriva del sistema registral de notificación”. Centro de Estudios de Consumo [www.uclm.es](http://www.uclm.es) (consultado el 09/08/2015).

que, lógicamente, quiere imprimir al proceso de ejecución la mayor celeridad posible (lo que por otra parte es compatible con el espíritu de la norma).

Resulta elocuente, a este respecto el siguiente párrafo de la STC 131/2014, de 21 de julio: *“El órgano judicial tiene no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación procesal, sino también el de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. Ello comporta, en lo posible, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, desde otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero. En este sentido hemos declarado que, cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, el órgano judicial debe intentarlo antes de acudir a la notificación por edictos (por todas, SSTC 40/2005, de 28 de febrero, FJ 2; 293/2005, de 21 de noviembre, FJ 2; y 245/2006, de 24 de julio, FJ 2). Incluso, cuando no conste ese domicilio en las actuaciones, habría de realizar otras gestiones en orden a la averiguación del domicilio real (por todas, STC 19/2004, de 23 de febrero, FJ 4; y 126/2006, de 24 de abril, FJ 4), siempre que ello no suponga exigir al órgano judicial una desmedida labor investigadora sobre la efectividad del acto de comunicación (SSTC 126/1999, de 28 de junio, FJ 4; 82/2000, de 27 de marzo, FJ 6; y 113/2001, de 7 de mayo, FJ 5, entre otras)”*.

De los conceptos reseñados pueden extraerse conclusiones, para poder decidir en la práctica, cuándo pueden darse por agotadas las posibilidades de búsqueda. Partiendo de la base de que se debe garantizar que la parte sea oída en el proceso (aunque el ejecutado no es parte demandada en el proceso de ejecución hipotecaria), solo se debe acudir a la notificación edictal cuando se llega a la siguiente conclusión: continuar la búsqueda de domicilios reales supone una investigación desmedida para el Juzgado. Dónde marcar esa línea en la práctica

no es sencillo, aunque debe partirse, en todo caso, del concepto “desmedido”, entendiéndolo como agotamiento de todos los medios de búsqueda<sup>137</sup>.

Por supuesto, habrá que analizar cada caso concreto para determinar en qué momento debe adoptarse esta decisión, pero no siempre es fácil porque hay que poner en relación los tres elementos a los que se refiere el TC con otro muy importante en la gestión de estas ejecuciones como es no dilatar el procedimiento lo que daría lugar a retrasos en la tramitación y el mantenimiento de procedimientos abiertos más allá de lo razonable.

Ese retardo y dilación siempre conduce a la misma consecuencia; ahondar en uno de los principales problemas de la Administración de Justicia en nuestros días como es la desconfianza existente en el ciudadano respecto de la misma, por su lentitud en la respuesta judicial.

### **1.3. CONSECUENCIAS DE SU OMISIÓN.**

La ejecución hipotecaria se configura como un proceso de ejecución de carácter especial<sup>138</sup>, debido a sus particularidades, unas más importantes que otras; los presupuestos de tasación de la finca hipotecada y la determinación del domicilio del deudor o las normas de competencia territorial son peculiaridades sin mucha trascendencia, pero también las hay con mayor relevancia, como la referida al incidente de oposición a la ejecución.

---

<sup>137</sup> Cfr. SEVILLA CÁCERES, F. “Nulidad de actuaciones en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Falta de requerimiento de pago al demandado”. Publicado en [www.mundojuridico.info](http://www.mundojuridico.info) llega a la siguiente conclusión :”*Si el deudor hipotecario, tiene la prevención de comunicarle al Banco el cambio de domicilio o dirección, o recibe comunicaciones en otro domicilio, o puede acreditar que el Banco conocía de la dirección real, o que el Juzgado no agotó los medios de búsqueda, podría estudiar la posibilidad de plantear una nulidad de actuaciones en el procedimiento de ejecución hipotecaria, por infracción procesal de los actos de comunicación que le han producido indefensión.*”

<sup>138</sup> Cfr. GÓMEZ SALCEDO, A. Ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Problemas prácticos en La Ley de Enjuiciamiento civil tras dos años de vigencia, Estudios de Derecho Judicial, Edit. Consejo General del Poder Judicial, n.º 44-2004, Madrid, págs. 843 a 856.

La naturaleza jurídica de esta institución como procedimiento de ejecución especial no fue tan obvia en un principio; como recuerdan Guasp y Aragoneses<sup>139</sup>, la primitiva LH de 8 de febrero de 1861 no contenía una regulación especial para este procedimiento.

Partiendo de la premisa de proceso de ejecución especial, la regulación de la ejecución hipotecaria ostenta un ámbito reducido de aplicación, que se concreta en el art. 682.1 LEC. Sin embargo, esta exigencia es completada por el apartado segundo del mismo precepto, delimitando en mayor medida las características propias del objeto de la ejecución hipotecaria.

De esta forma, no resultará suficiente la existencia de la constitución de una hipoteca, sino que en la misma deberán cumplirse los dos extremos analizados en el apartado anterior<sup>140</sup>. De acuerdo con esta exigencia legal, el cumplimiento de estos requisitos deviene presupuesto de la admisión de la demanda ejecutiva hipotecaria y, en consecuencia, de la viabilidad del proceso<sup>141</sup>. *A sensu contrario*, la omisión o el posible defecto en cuanto a la designación del domicilio realizada por el deudor a efectos del procedimiento judicial o extrajudicial, producirá el efecto de que no pueda utilizarse este procedimiento. El acreedor perdería, por

---

<sup>139</sup> Derecho Procesal Civil, Tomo II, Parte especial: procesos declarativos y de ejecución, 7.ª edic., Thomson Civitas, 2006, págs. 737 y 738.

<sup>140</sup> Vid. AAP de Madrid, Secc. 18.ª, de 6 de febrero de 2007; AAP de Granada, Secc.5.ª, de 7 de julio de 2006; AAP de Albacete, Secc. 2.ª, de 3 de febrero de 2004; AAP de Granada, Secc. 3.ª, de 11 de noviembre de 2005; STC de 2 de julio de 1998 y SAP de Málaga, 26 de mayo de 1994. Entre otras resoluciones exigen la presencia de la consignación de un domicilio en la escritura de constitución de la hipoteca: AAP de Salamanca, Secc.1.ª, de 19 de junio de 2007; AAP de León, Secc.1.ª, 24 de abril de 2007; AAP de Madrid, Secc.14.ª, de 1 de diciembre de 2005; y AAP de Murcia, Secc. 3.ª, de 29 de junio de 2004, entre otras. Recogen, entre otras resoluciones judiciales, el carácter preceptivo del cumplimiento del presupuesto de admisibilidad del proceso de ejecución hipotecaria de fijación del precio de tasación.

<sup>141</sup> Como resulta patente en el AAP de Almería, de 6 julio de 2004, al sostener que “*de acuerdo con lo dispuesto en el art. 682 LEC, los requisitos que ha de reunir la demanda ejecutiva en estos casos, son los siguientes: que la ejecución se dirija exclusivamente contra los bienes hipotecados; que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan el bien, para que sirva de tipo en la subasta; que en la citada escritura conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de requerimientos y notificaciones; y que en la inscripción registral de la hipoteca el Registrador haga constar las circunstancias anteriores*”.



tanto, la posibilidad de incoar un proceso privilegiado para la tutela de su pretensión ejecutiva, ocurriendo lo mismo en caso de ausencia de tasación del bien hipotecado en la escritura pública. Además, la exigencia formal de estos presupuestos implica el cumplimiento de ambos, no de forma alternativa, pues si sólo hubiera un presupuesto, sería insuficiente para posibilitar la ejecución hipotecaria directa<sup>142</sup>.

Por otro lado, el Registrador está obligado, en virtud del art. 682.3 LEC, a hacer constar en la inscripción la tasación para la subasta y el domicilio para notificaciones, pero, obviamente, no puede hacerlos constar si tales datos no figuran en la escritura; entonces cuál sería la consecuencia, ¿la no inscripción de la escritura que omite tan importantes datos o su inscripción sin los mismos? Lo cierto es que su falta no puede afectar a la validez ni a la eficacia de la hipoteca, por tanto no debe ser obstáculo para la inscripción de esta en el Registro<sup>143</sup>. Sin embargo, la falta de esta información en el Registro produce la consecuencia procesal que refería con anterioridad, como es que no pueda utilizarse el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, ni judicial ni extrajudicial, procedimiento que, por otro lado, no hay que olvidar, es potestativo<sup>144</sup>. De ahí,

---

<sup>142</sup> GUZMÁN FLUJA, V.C.: Reflexiones en torno a la ejecución hipotecaria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en “La ejecución civil”, Estudios de Derecho Judicial, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n.º 53-2004, pág. 960. La obligatoriedad de ambos requisitos es declarada también en: AAP de Madrid, Secc 14.ª, de 1 de diciembre de 2005; AAP de La Rioja, Secc 1.ª, de 10 de noviembre de 2005; AAP de Asturias, Secc 5.ª, de 30 diciembre de 2004; RDGRN, de 13 de febrero de 2004 (BOE 24 de marzo).

<sup>143</sup> Esta es la doctrina clásica al respecto de la DGRN, desde la Resolución de 11 de febrero de 1911, mencionada en la RDGRN de 21/01/2015 (BOE de 24 de febrero) confirmada por múltiples resoluciones que llegan hasta nuestros días, como la RDGRN de 8 de febrero de 2011(BOE 22 de marzo). Existen opiniones en contra, DÍAZ FRAILE, J.M. “Ejecución judicial sobre bienes hipotecados”, Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad”.2000, pág. 133, considerando que debería rechazarse la inscripción, ya que, de lo contrario, el cumplimiento del contrato quedaría al arbitrio del deudor, que podría actuar de mala fe frustrando la efectividad de la hipoteca a través del bloqueo abusivo de la fijación del domicilio y del tipo de la subasta, vulnerando así el art. 1256 del C.C.

<sup>144</sup>Vid. MONTERO AROCA, J. “Ejecución de la hipoteca inmobiliaria” Edit. Tirant lo Blanch. 2012 págs:51 y ss., en relación a las opciones procesales del acreedor hipotecario, éste puede instar el proceso de ejecución especial del Capítulo V del Título IV del Libro III LEC, siempre que concurren los presupuestos exigidos por el art. 682, ejercitando únicamente la pretensión hipotecaria. Aunque es usual en las escrituras públicas de préstamo hipotecario que las partes

que, con base a la especial importancia de la concurrencia de estos presupuestos en la correcta constitución de la litis, los mismos deben ser objeto de un estudio de oficio por parte del órgano judicial<sup>145</sup>, consecuencia de ello, se apreciara la omisión de uno o de los dos presupuestos.

En este caso, cabe preguntarse, si ante el carácter imperativo de la concurrencia de ambos en la escritura de constitución de hipoteca, podría ser subsanada tal omisión, concediéndose a tal efecto un plazo determinado. Los argumentos que pueden ser esgrimidos en favor de la subsanabilidad de la omisión de estos extremos regulados en el art. 682.2 LEC tienen su origen en la doctrina del Tribunal Constitucional.

El primero podría ser el principio de subsanación de los actos procesales, defendido por el propio Tribunal Constitucional al afirmar que las leyes procesales son *“un gran sistema de garantías, que no puede reducirse a un mero contenido formal. Por ello, ha de evitarse todo formalismo entorpecedor en el proceso. De ahí, que se proclame la vigencia de los principios de subsanación y conservación*

---

convengan expresamente que el acreedor puede utilizar cualquiera de estos caminos, lo cierto es que tales estipulaciones son innecesarias, porque el poder acudir a un procedimiento o a otro no depende de la voluntad concorde de las partes, sino de que, en el caso concreto, concurren los presupuestos específicos de cada uno previstos en la ley. El derecho de opción del acreedor hipotecario no proviene de un acuerdo previo con el deudor, sino directamente de la ley. Otra cosa es que para constituir los presupuestos sí sea necesario ese acuerdo, pero también se precisa de él para la escritura misma.

<sup>145</sup> Vid. STC 39/2015 de 2 de marzo, que relativa al planteamiento por el demandante de amparo en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria del incumplimiento de un requisito procesal derivado del propio título de ejecución (en este caso la tasación) y apreciable de oficio por el órgano judicial.

Por su parte, GUZMÁN FLUJA sostiene que *“El cumplimiento formal de los enunciados requisitos no implica la obligatoriedad para el acreedor de acudir al proceso de ejecución especial, existiendo latente, la posibilidad del acreedor de reclamar su crédito mediante otras vías, tanto de naturaleza procesal como de carácter extrajudicial, pero sí que en contrapartida, deviene la concurrencia de ambos extremos formales, condición sine qua non de admisibilidad de la demanda hipotecaria. La exigencia formal de estos presupuestos implica el cumplimiento de ambos, no de forma alternativa, pues «si solo hubiera un presupuesto, también estaría obligado a inscribirlo, pero sería insuficiente para posibilitar la ejecución hipotecaria directa» (... ob. cit., pág. 960).*

*de los actos procesales en orden a conseguir la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de nuestra Constitución*<sup>146</sup>.

También podría alegarse el derecho de acción del ciudadano, que se vería vulnerado en todos aquellos supuestos en que *“el órgano judicial no posibilita la subsanación de un defecto procesal subsanable, e impone un rigorismo excesivo en las exigencias formales, que vaya más allá de la finalidad a que estas responden”*, tal interpretación inflexible del órgano judicial podría esgrimirse que atenta contra la libertad procedimental del ciudadano, pues se *“habrá cerrado la vía al proceso o al recurso de manera incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”*, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional<sup>147</sup>.

Y finalmente, otro argumento posible en aras a la subsanación de los defectos formales de la escritura de constitución de la hipoteca, se concretaría en el derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho cuando el ciudadano acude al auxilio judicial, garantía reforzada por el art. 11.3 LOPJ, que obliga a los Tribunales a resolver sobre las pretensiones de las partes, que sólo podrán ser desestimadas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsane por el procedimiento establecido en las leyes, por lo que, el no conceder la posibilidad de subsanar el defecto *“se convierte en una sanción y en un fin que provoca la negación de la tutela judicial efectiva”*<sup>148</sup>.

Pero, frente a los argumentos anteriores, entiendo que lo que procede es la inadmisión directa de la demanda de ejecución hipotecaria en la que no aparezca consignada el precio de tasación de la finca y la fijación de un domicilio a efectos de requerimientos de pago, en base a los siguientes motivos:

1) Los requisitos del art. 682 LEC delimitan el ámbito de aplicación del proceso especial hipotecario, no siendo una vía judicial apta para el ejercicio de cualquier

---

<sup>146</sup> STC 114/1986, de 2 de octubre.

<sup>147</sup> STC 247/1991 de 19 de diciembre

<sup>148</sup> STC, 247/1991 de 19 de diciembre

reclamación, sino que debe producirse una delimitación objetiva, realizada por el precepto mencionado<sup>149</sup>.

2) Los presupuestos del art. 682 LEC se configuran como elementos equilibradores de la posición de las partes de la ejecución. El proceso hipotecario compensa su carácter expeditivo con un mayor grado de exigencia respecto del cumplimiento de los requisitos que deben concurrir en la escritura pública de constitución de la hipoteca. El rigor formal es compensatorio de la limitación de las causas de oposición y suspensión existentes en este proceso<sup>150</sup>, que restringen el ámbito de defensa del deudor, ámbito de defensa que hoy en día puede seguir siendo considerado como restringido a pesar de que las últimas modificaciones legislativas lo han ampliado incluyendo la causa de oposición basada en la alegación de cláusulas abusivas.

3) La LEC determina la inadmisión de la demanda y la denegación del despacho de ejecución en aquellos supuestos en que adolezca del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley respecto de los documentos que deben adjuntarse a la misma<sup>151</sup> (arts. 403 y 552), siendo en el caso del proceso hipotecario el documento que debe acompañarse a la demanda la escritura pública de constitución de la hipoteca, y siendo los requisitos que se exigen para ésta, los regulados en el art. 682 LEC.<sup>152</sup>

4) La elección procedimental del justiciable para la protección de sus derechos e intereses legítimos, se encuentra limitada al cumplimiento de las formalidades

---

<sup>149</sup> Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. sostiene que «estos requisitos lo son de admisibilidad de este especial proceso hipotecario. Si no concurren, queda al acreedor, la posibilidad de exigir la devolución del crédito por los cauces del juicio ejecutivo (con la nueva Ley procesal ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales), o por los del juicio declarativo que corresponda a su cuantía» (Derecho Procesal Civil, T. IV., 3.ª ed., Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 114). En el mismo sentido, AAP de Granada, Sección 5.ª, de 7 de julio de 2006.

<sup>150</sup> Cfr. ADÁN DOMÉNECH, F. La práctica forense de la ejecución hipotecaria ..., op.cit, pág. 9

<sup>151</sup> Cfr. ADÁN DOMÉNECH, F. La práctica forense de la ejecución hipotecaria ... op.cit, pág. 10

<sup>152</sup> SAP de Madrid, Sección 12.ª, de 4 de mayo de 2006.

legales reguladas para la configuración de esa concreta vía procesal, por tanto, deben respetarse las normas de admisibilidad de este proceso<sup>153</sup>.

5) La inadmisión de la demanda hipotecaria no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor, pues no priva al acreedor de reclamar la cantidad adeudada por otras vías procesales<sup>154</sup>. La LEC utiliza el término “podrá”<sup>155</sup>, por lo que, debe entenderse que el legislador quiere decir que el acreedor es libre de acudir a cualquier otra vía procesal para reclamar su deuda (proceso declarativo ordinario, proceso de ejecución ordinario o común o incluso procedimiento monitorio).

6) Además, como se indicó anteriormente, la falta de cumplimiento de los requisitos del art. 682 LEC no condiciona la validez de la escritura donde aparece consignada.

Es importante mencionar la opinión de la DGRN a este respecto: En cuanto a la omisión o la defectuosa designación del domicilio, entiende que nada impide la eficacia de la hipoteca considerándola inscribible en el Registro de la Propiedad<sup>156</sup> y en cuanto a la omisión del tipo, tampoco encuentra razones para denegar la inscripción, obviando el procedimiento judicial por el que se exija el cobro de la deuda<sup>157</sup>. En relación a este último punto de omisión del tipo, tener

---

<sup>153</sup> Vid. STC 224/1994 de 18 de julio establece el deber de cumplimiento de las formalidades legales para acceder a un determinado procedimiento especial y por el AAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 15 de septiembre de 2006, entre otros.

<sup>154</sup> Vid.: AAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.ª, de 26 de septiembre de 2006.

<sup>155</sup> Afirmación que es corroborada por la dicción del propio art. 681 LEC, al sostener que la acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo.

<sup>156</sup> Vid. RDGRN, de 7 de febrero de 2001(BOE 23 de marzo) entiende que *“la omisión o la defectuosa designación del domicilio realizado por el deudor producirá el efecto de no poder utilizarse los procedimientos de ejecución directa o del extrajudicial de ejecución directa, pero ello no comporta, al no existir precepto alguno que así lo disponga, la ineficacia de la hipoteca ni constituye obstáculo para la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad”*

<sup>157</sup> Vid. RDGRN de 19 de julio de 2007 (BOE 2 de agosto) revoca una nota de calificación que denegaba la inscripción de determinadas adjudicaciones y cancelaciones derivadas de un procedimiento judicial de ejecución de hipoteca por existir contradicción entre la valoración en

en cuenta las novedades en cuanto al contenido de las escrituras de préstamos hipotecarios <sup>158</sup> . El precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada<sup>159</sup>, por tanto, conforme a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, requisito de la escritura es que se fije el precio en que los interesados tasan el bien hipotecado. Lo cierto es que el legislador podría haber aclarado con mayor precisión este punto, determinando claramente si esa tasación se debe realizar al tiempo de formalizar la escritura de hipoteca (aportando la tasación); al tiempo de ejercitar la acción hipotecaria; o, a elección de las partes, en cualquiera de esos dos momentos. En cualquier caso, parece deducirse de los arts. 129 LH y 682 LEC, que el momento en que debe comprobarse que la tasación no es inferior al 75% de la tasación realizada conforme al mercado hipotecario, es el momento del ejercicio de la acción hipotecaria, pues los preceptos lo establecen como un requisito formal para poder iniciar la ejecución, no como un requisito de la escritura de préstamo.

En conclusión, al menos hasta que la DGRN se pronuncie, se puede entender que, si al otorgar la escritura, la finca no ha sido tasada o no se aporta la tasación realizada (como puede ocurrir en el caso de otorgamiento de segundas hipotecas o en las novaciones), el tipo de subasta consignado por las partes servirá para el ejercicio de la acción hipotecaria, siempre que al tiempo de la demanda judicial se acompañe la citada tasación con la que se acredite que el valor de subasta establecido en la escritura no es inferior el límite legalmente establecido. En caso contrario, no podría ejercitarse la acción hipotecaria.

---

que se tasaron los bienes ejecutados y la cantidad que consta fijada como valor de los bienes subastados, por lo que no parece que la omisión del tipo tenga consecuencias impeditivas.

<sup>158</sup> La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (en vigor desde el 15 de mayo de 2013) establece novedades importantes en éste punto, como por ejemplo la obligatoriedad de terminar en la escritura si la finca adquirida va a ser destinada a vivienda habitual.

<sup>159</sup> Conforme a las disposiciones de la Ley 2/1.981, de 25 de Marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (art. 129 LH).

## **2. EXAMEN DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CAUSAS DE OPOSICIÓN DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.**

Es obligado la referencia a la adición a las que ya existían con anterioridad de la oposición por considerar cláusulas abusivas alguna o algunas de aquellas que conforman el contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Con relación a las consecuencias registrales de la declaración de nulidad de alguna cláusula inserta en créditos o préstamos hipotecarios, procederá la inscripción de la misma en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación al amparo de los arts. 11.4 en relación con el 22 LCGC. Una vez inscrita la declaración de nulidad, la estipulación sobre la que recaiga habrá dejado de estar bajo la salvaguardia de los Tribunales y siendo nula procederá su cancelación conforme al art. 80 LH. Dicha cancelación podrá obtenerse de un modo sencillo, conforme al art. 353.3.I y II del Reglamento Hipotecario, mediante una solicitud de certificación o cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado. De ese modo, también cuando se solicite la certificación de cargas en el procedimiento de ejecución de una hipoteca concertada en contrato por adhesión, se procederá a la cancelación de las cláusulas abusivas declaradas nulas en sentencia inscrita en el RCGC<sup>160</sup>.

Sin embargo, en la actualidad, el panorama para el consumidor, en el ámbito del crédito y préstamo hipotecario, es sombrío. En resoluciones de 19 de abril de 2006 y 21 diciembre de 2007, a las que siguen otras de idéntico tenor de 14 de

---

<sup>160</sup> BALLUGERA GÓMEZ. C. Condiciones generales de la Contratación y Registro de la Propiedad, en Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, n.º 7 2005. págs. 41-52.

enero, 1 y 8 de febrero de 2008, la DGRN, contra la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, afirma que el Registrador no puede declarar la nulidad de las cláusulas abusivas, correspondiendo la tarea en exclusiva a los tribunales. Parece que siguiendo ese postulado, se contradice directamente los preceptos <sup>161</sup> donde se impone la compatibilidad de remedios judiciales y administrativos, y así los libros del Registro de la Propiedad deberían dar acogida a todo tipo de cláusulas abusivas, las cuales quedarían bajo el amparo judicial.

En lo que respecta al momento procesal oportuno para que el Juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, éste tiene lugar “*tan pronto como el órgano judicial disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello*” y, en todo caso, desde que examine la admisibilidad de una demanda presentada ante su juzgado, en otras palabras, desde la apreciación de su propia competencia territorial<sup>162</sup>.

En este sentido, teniendo en cuenta que el art. 404.1 LEC concede al Secretario Judicial la competencia de examinar y, en su caso, admitir a trámite la demanda, la referencia al “juez nacional” que hace el TJUE debe extenderse, en nuestro Ordenamiento Jurídico procesal, al Secretario Judicial, pues también forma parte del órgano jurisdiccional, y cada vez con más competencias asumidas. En cuanto a la posibilidad procesal, en sede de ejecución hipotecaria, de examinar la nulidad de cláusulas contractuales abusivas, hay que diferenciar entre su posible alegación por la parte ejecutada o su posible apreciación de oficio por el tribunal<sup>163</sup>:

---

<sup>161</sup> La compatibilidad de remedios, judiciales y administrativos, que concurren y se acumulan cooperativamente para la eliminación de prácticas y cláusulas abusivas, viene sancionada por los arts. 7.2 CC y los arts. 19, 59.2 y 3 y 81.1 del TRLGDCU. Especial mención, respecto de la compatibilidad de remedios merece el art. 81.1 TRLGDCU que no impide la aplicación de los remedios del propio Texto refundido a las cláusulas sometidas a la aprobación y control de las Administraciones Públicas como requisito de validez.

<sup>162</sup> SSTJUE de 6 de octubre de 2009, caso Asturcom; de 27 de junio de 2000, caso Océano; y de 4 de junio de 2009, caso Pannon

<sup>163</sup> A) Alegación de parte (art. 695 Ley de enjuiciamiento civil, en adelante LEC): en los procedimientos de ejecución hipotecaria podrá alegarse como causa de oposición “4.ª *El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese*



Pero ¿qué cláusulas exactamente pueden ser consideradas como abusivas, incluibles por tanto el nuevo apartado 4.º del art 695 LEC, como causa de oposición a la ejecución hipotecaria? Cláusula suelo, de intereses moratorios, de vencimiento anticipado, de mora automática, de liquidación unilateral, de sumisión expresa, de compensación de saldos, de exclusión universal de responsabilidad, de limitación de disposición o enajenación de la finca hipotecada, de capitalización de intereses..., y tantas otras que se van descubriendo conforme se van dictando resoluciones judiciales por parte de todas las instancias. Lo que es común a todas ellas es que la nulidad se origina por la falta de transparencia e información, por la ausencia de negociación particular y expresa y, en definitiva, por acentuar la relación de desigualdad existente entre el predisponente (la entidad financiera) y el adherente (el consumidor), agravando la posición de inferioridad de este último. No deja de sorprender la capacidad inventiva de los Bancos a la hora de redactar las condiciones generales que, posteriormente, impondrán al potencial prestatario en los contratos de préstamo hipotecario, inventiva que se ha visto alentada por los “privilegios procesales” que les ofrecía (y que aún les ofrece) el sistema hipotecario español y, en concreto, el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Lo que ocurre es que el TJUE, gracias a las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos judiciales de varios Estados Miembros, incluido España<sup>164</sup>, ha tenido la oportunidad de establecer límites a dicho procedimiento, forzando al legislador nacional a modificar el procedimiento de ejecución, siendo a

---

*determinado la cantidad exigible. De estimarse la causa 4.ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación”.*

B) Apreciación de oficio (art. 552.1 LEC, aplicable a la ejecución hipotecaria por la remisión del art. 681 LEC): «cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 [títulos ejecutivos no judiciales] pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.ª”, según el cual «cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas”.

<sup>164</sup> Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, por auto de 19 de julio de 2011.

modificación más importante la inclusión de la alegación de cláusulas abusivas<sup>165</sup> como causa de oposición, ya que el resto de modificaciones a las que he ido haciendo referencia a lo largo de este trabajo me parecen improvisadas, siendo manifestaciones todas ellas de una manera de legislar poco meditada.

La normativa aplicable es, en todo caso el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre<sup>166</sup> y, en cuanto a los criterios jurisprudenciales para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, es interesante analizar la jurisprudencia comunitaria elaborada en la interpretación de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 en cuanto a los criterios que deben tenerse en cuenta. Puede distinguirse entre los criterios generales (relevantes en principio respecto de cualquier cláusula) y los particulares o específicos para cada una de las cláusulas (vencimiento anticipado o límite de variabilidad del interés remuneratorio), precisamente en función de su propia naturaleza y características<sup>167</sup>. Con

---

<sup>165</sup> Ejemplos de cláusulas abusivas podrían ser: La cláusulas de vencimiento anticipado, que podrían tener la siguiente redacción: La presente operación se considerará vencida y consiguientemente resuelta y la Caja podrá ejercitar acciones de todo tipo, incluso judiciales y de ejecución que corresponda, frente a la parte acreditada y podrá reclamar las cantidades adeudadas, tanto vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, incluso los de demora, entre otros, en caso de falta de pago de una cuota cualquiera de amortización de capital y/o devengo de intereses, y las cláusulas “suelo” o de limitación de la variabilidad a la baja del tipo de interés nominal o remuneratorio, cuya redacción, a modo de ejemplo, podría ser la siguiente: El tipo de interés nominal anual aplicable en cada periodo de interés resultará de la adición del diferencial al índice de referencia, el Euribor a un año. El diferencial para la primera disposición del límite del crédito es de 1,25 puntos y para las restantes disposiciones de 2,50 puntos. Como límite de variabilidad de intereses, se establece que el tipo de interés ordinario aplicable al crédito que resulte de las cláusulas de revisión del tipo de interés convenidas en la escritura, no podrá ser, en ningún caso, inferior al 3,25% nominal anual ni superior al 12% nominal anual.

<sup>166</sup> El préstamo o crédito hipotecario aportado con la demanda, dada su tipología, objeto (adquisición financiada de una vivienda) y partes contratantes (entidad prestadora del dinero y consumidor), se enmarca en el ámbito de la contratación de consumo, lo que determina la aplicación de la normativa especial de consumo, tanto la comunitaria como la estatal. En concreto, la Directiva 93/13/CEE el 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

<sup>167</sup> Para los criterios generales y los criterios particulares relativos a la cláusula de vencimiento anticipado, puede acudir se a la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), que se limita a fijar una serie de “indicaciones”, puesto que, en coherencia con la propia naturaleza de la función prejudicial de dicho tribunal, corresponde al juez nacional apreciar el concreto carácter abusivo de una cláusula. Por otro lado, para los criterios relevantes en cuanto a la cláusula de limitación de la

carácter general, para cualquier cláusula incluida en un contrato de consumo y no negociada individualmente, habrá que tener en cuenta:

- La naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato.
- Todas las circunstancias que concurran en su celebración.
- Respecto de los parámetros de la buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 únicamente fija los conceptos abstractos<sup>168</sup>.
- Medios de los que dispone el consumidor.
- Para constatar si se han respetado las exigencias de la buena fe, el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar, que dado el perfil del consumidor, este hubiera aceptado tales cláusulas en el marco de una negociación individual.

## **2.1. RÉGIMEN LEGAL DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO.**

Prevé el art. 693.2 LEC con respecto al vencimiento anticipado de deudas a plazos, en sede de ejecución hipotecaria y en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 15 de mayo, que podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales o equivalente, y este convenio constase en la escritura de constitución. Este punto de la reforma operada por la citada Ley, no tiene efectos retroactivos<sup>169</sup>, es decir, las hipotecas ejecutadas con

---

variabilidad de los intereses remuneratorios (o cláusula suelo), acudiremos a la STS, del Pleno de la Sala Primera, de 9 de mayo de 2013.

<sup>168</sup> por lo que habrá que atender a *“las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido, mediante un “análisis comparativo” con el que podrá valorarse “si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”*.

<sup>169</sup> En la redacción anterior no se establecía ningún mínimo temporal en el incumplimiento de la obligación de pago («en caso de falta de pago de alguno de los plazos»), en perfecta

anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley continúan ejecutándose, aunque se hubieran iniciado por el impago de dos mensualidades o incluso de una. No obstante, el ATJUE de 11 de junio de 2015<sup>170</sup>, considera que la nulidad de la cláusula que permite el vencimiento anticipado del préstamo va a dar lugar a que los procedimientos ejecutivos sobre los préstamos otorgados antes de la Ley 1/2013 vayan a ser inviables porque con carácter general se facultaba al prestamista a resolver el contrato por cualquier incumplimiento.

De hecho, el mínimo de tres meses impagado, integra más bien un requisito procesal de viabilidad para el despacho de las ejecuciones hipotecarias posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 15 de mayo (tanto si se ejercita la cláusula de vencimiento anticipado como si meramente se reclaman los plazos vencidos e impagados, según el art. 693.1 LEC).

Es decir, de no concurrir el requisito de tres meses impagados, deberá denegarse el despacho de la ejecución hipotecaria, por falta de concurrencia de un requisito y sin necesidad de declarar nulidad alguna, sino por estricta aplicación del art. 552 LEC (denegación del despacho por falta de concurrencia de un presupuesto o requisito legal).

Este requisito, por sí mismo, incluso respecto de los procesos a los que sea de aplicación (los futuros), no agota la cuestión de la posible nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. En otras palabras, la cuestión de la nulidad dependerá de la normativa de consumo que sea de aplicación y de los criterios jurisprudenciales fijados en esta materia (a los que a continuación se hará referencia), sin que la mera previsión de un presupuesto procesal de viabilidad de la acción ejecutiva excluya la necesidad de abordar el análisis de la nulidad. Ello no excluye, lógicamente, tener en cuenta el criterio legal (de exigencia

---

correspondencia con los términos de la mayoría de las cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en los préstamos y créditos hipotecarios otorgados en España en los últimos años.

<sup>170</sup> ATJUE (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015. Procedimiento prejudicial en el asunto C-602/13, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander, mediante auto de 19 de noviembre de 2013.

mínima de tres incumplimientos) como un punto de referencia al valorar la cláusula o la conducta contractual de la parte ejecutante al ejercitar dicha cláusula, pero por sí mismo no genera un efecto automático o excluyente del necesario análisis de la posible abusividad.

En definitiva, hay que acudir a los criterios jurisprudenciales elaborados en la materia, que parten de una consideración inicial de nulidad de las estas cláusulas <sup>171</sup>. Sin embargo, esta línea jurisprudencial fue revertida por resoluciones posteriores.<sup>172</sup> Así, según el TS, aunque no hayan vencido todos los plazos, ante la crisis derivada del impago por el deudor, el acreedor no tiene que esperar y puede reclamar todo el importe de los vencimientos futuros, si se ha estipulado la cláusula de vencimiento anticipado. No obstante, del mismo modo que ha evolucionado la jurisprudencia del TS también evoluciona la del TJUE, a la que igualmente deben acudir los tribunales de los Estados Miembros de la

---

<sup>171</sup> Vid. STS 2155/1999 de 27 de marzo (Id Cendoj: 28079110011999101370 Sala de lo Civil), que apreció la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y se preguntaba «*si estas condiciones son aceptables. El art. 1255 del C.C. consagra en nuestro Derecho la libertad de pactos siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes. Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes. Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el art. 6 del Código Civil; (...) constituye una cláusula poderosamente revolucionaria en el juego normal de los préstamos hipotecarios (...). Entronizando esta condición se puede abortar anticipadamente la biología del préstamo garantizado. Si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de 16 años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, éste tendrá que esperar al transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido*».

<sup>172</sup> Así, ha sostenido en varias ocasiones el TS la validez de este tipo de cláusulas, como se desprende de la STS 6858/2008 de 12 de diciembre (Id. Cendoj: 28079110012008101158 Órgano. Sala de lo Civil), STS 2589/2008 de 4 de junio (Id Cendoj: 28079110012008100312 Sala de lo Civil) y STS 596/2005 de 3 de febrero (Id Cendoj: 28079110012005100011 Sala de lo Civil. Según de lo Civil), “*no cabe tener en cuenta la sentencia de 27 de Marzo del 1999 como integrante de doctrina jurisprudencial, dado que manifiesta un criterio aislado y sin continuidad en esta Sala (...). En el supuesto de impago por parte del deudor, el acreedor [no está obligado] a esperar el transcurso del plazo convenido cualquiera que sea su duración para ejecutar la garantía y limitar la ejecución a los vencimientos impagados, debido a que ninguno de estos preceptos excluye la factibilidad de que, como consecuencia de pacto entre las partes, se establezca el vencimiento anticipado de la obligación, cuya legalidad tiene cobijo en el artículo 1255 del Código Civil, que permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”.

UE<sup>173</sup> al interpretar su propio ordenamiento a la luz del comunitario, en este caso el de consumo. Así, la reciente STJUE de 14 de marzo de 2013 fija unos parámetros específicos para valorar si este tipo de cláusulas en contratos de consumo pueden ser nulas. Por el solo hecho de fijar el TJUE una serie de parámetros a tal fin, admite la posibilidad misma de la eventual nulidad de estas cláusulas (lo que deberá ser analizado por el juez nacional), a diferencia del TS que las considera válidas en todo caso y en cualquier circunstancia, aunque se trate de préstamos de 30 ó 40 años para adquisición de vivienda.

El debate no estriba en si el acreedor tiene que esperar al transcurso de todos y cada uno de los plazos pactados para reclamar todas las cuotas pactadas, sino estrictamente en las condiciones que le puedan permitir acudir al vencimiento anticipado en función de la gravedad y carácter esencial del incumplimiento. Si se dan las mismas, podrá beneficiarse de los efectos de éste vencimiento, pero no en caso contrario.

Es ineludible, por tanto, abordar la cuestión según los criterios matizados fijados por el TJUE, que deben en esta materia prevalecer sobre los criterios fijados por el Tribunal Supremo.

Los criterios particulares para valorar el carácter abusivo de ésta cláusula (en contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado) pueden desdoblarse, según la doctrina del TJUE, en cuatro apartados:

- Que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate.

---

<sup>173</sup> Entre muchos otros aspectos, la Ley 7/2015 de 21 de julio de modificación de la LOPJ, actualiza los foros de competencia judicial internacional establecidos en el antiguo art. 22 LOPJ. Ahora, nos encontramos con que dichos foros vienen dispuestos en los arts. 22 (competencias exclusivas), 22.bis (sumisión expresa y tácita), 22.ter (foro general del domicilio del demandado), 22.quater (foros especiales en materias no patrimoniales) y 22.quinquies (foros especiales en materias patrimoniales).

- Que el incumplimiento tenga un carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.
- Si esta facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia.
- Si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Aplicando los criterios generales y los particulares a las circunstancias del contrato que podríamos considerar tipo (o la inmensa mayoría de los celebrados) respecto de la cláusula de vencimiento anticipado, podríamos decir lo siguiente: concesión de un crédito para financiar la adquisición de la vivienda habitual, sin constar especiales circunstancias más allá de las propias de un contrato bancario de consumo, el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que en una hipotética negociación individual ya que éste no habría aceptado una cláusula como ésta, cuyos efectos económicos perjudiciales para el deudor son objetivamente intensos, en especial si se combinan con los efectos acumulados del tipo de interés de demora incorporado al contrato.

Para analizar el carácter esencial de la obligación de pago en el contrato de crédito garantizado con hipoteca no podemos acudir a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, puesto que precisamente excluye los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria. Sin embargo, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, se refiere expresamente a la *“la concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación”*, de lo que se desprende el carácter esencial de la obligación de pago. Igualmente, aunque se trate de un contrato de crédito garantizado con hipoteca, se puede acudir analógicamente a la regulación del contrato de préstamo (art. 1740 CC), por el que una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Es por ello que el impago de las cuotas pactadas se refiere, en efecto, a una obligación esencial del contrato.

De todos modos, el criterio esencial debe referirse a la concurrencia de un incumplimiento suficientemente grave, a cuyo efecto debemos distinguir entre el concreto modo en que fue redactada la cláusula (en qué circunstancias puede acudir el acreedor, en abstracto, al vencimiento anticipado) y las concretas circunstancias en que se ha ejercitado en el caso concreto dicha facultad (si el incumplimiento previo del deudor ha sido suficientemente grave).

La STJUE de 14 de marzo de 2013 parece hacer referencia únicamente a los términos abstractos en que se ha redactado la cláusula<sup>174</sup>, aunque puede deberse a la naturaleza abstracta o interpretativa de toda cuestión prejudicial. En cualquier caso, situados ya en sede de ejecución, ambos parámetros (redacción abstracta y condiciones del ejercicio) son relevantes. De hecho, si únicamente acudiéramos a los concretos términos en que se redactó la cláusula (“en caso de falta de pago de una cuota cualquiera de amortización”), no ofrecería excesivas dudas la nulidad de la misma, dado que con el sólo impago de una cuota mensual parece excesivo que quede habilitado el acreedor respecto de lo debido en 30 ó 40 años por el deudor.

Ello no obstante, debe realizarse una distinción según cuál sea el contexto procesal en el que se examina la eventual nulidad de esta cláusula:

- Si es en un proceso declarativo en el que el deudor hipotecario interesa la declaración de nulidad de la cláusula antes de que se haya producido cualquier incumplimiento o incluso antes de que se haya ejercitado por el acreedor la facultad de vencimiento anticipado.
- Si se alega la nulidad en sede de oposición a la ejecución hipotecaria con posterioridad a que se haya ejercitado la facultad de vencimiento anticipado, tras el incumplimiento por el deudor de una obligación esencial del contrato, como la de pago en un préstamo o crédito.

---

<sup>174</sup>Expresamente dispone que: “*esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave*”.



En el primer caso (si es un proceso declarativo) el parámetro a tener en cuenta es meramente el modo en que ha sido redactada la cláusula, puesto que ninguna circunstancia más debe examinarse al no haberse producido ningún impago ni ningún ejercicio de dicha facultad.

Por el contrario, en el segundo caso (oposición a la ejecución hipotecaria), hay que tener en cuenta ambos parámetros, la redacción abstracta de la cláusula y las concretas circunstancias en que se ha ejercitado.

Lo evaluable para aquellos contratos celebrados con anterioridad a la actual regulación es que los impagos de cuotas mensuales superen o igualen el mínimo legal de tres meses para acceder a la ejecución hipotecaria (art. 693 LEC), porque denota que el acreedor esperó un tiempo prudencial antes de acudir a esta posibilidad. Por otro lado, el análisis que debe realizarse sobre la gravedad del incumplimiento lo es de los impagos efectivamente producidos respecto de las cantidades efectivamente debidas.

## **2.2. CLÁUSULAS SUELO.**

Si se apreciara la nulidad de la cláusula suelo, esto podría implicar que ciertas cantidades cargadas a la parte ejecutada, efectivamente pagadas y computadas por la ejecutante como pagos (las resultantes de no aplicar la variación del tipo remuneratorio variable por debajo del límite fijado, se refieran a cuotas anteriores o posteriores al inicio de los impagos) podrían conceptuarse como cobros indebidos que deberían compensarse con los impagos que efectivamente se han producido, al no ser debidos tales importes como efecto de la nulidad. Ello podrá implicar que el alcance del incumplimiento real (tras la aplicación de los efectos de la nulidad) fuera menor que el computado en el número de mensualidades impagadas en la liquidación aportada.

El análisis de la cláusula suelo nos lleva a la viabilidad del examen de la nulidad de un elemento esencial del contrato (equilibrio o transparencia)<sup>175</sup>. La STJUE de 14 de marzo de 2013 no aporta criterios particulares respecto de la misma, por lo que podemos acudir a la STS del Pleno de la Sala civil, de 9 de mayo de 2013. De todos modos, debe analizarse con carácter previo la misma viabilidad y, en caso positivo, el alcance o parámetros del examen de la nulidad de la cláusula suelo, al poder afectar a un elemento esencial del contrato, el precio.<sup>176</sup> En contra de la anterior apreciación, la STS del Pleno de la Sala civil, de 9 de mayo de 2013 concluye que, definiendo la cláusula suelo un elemento esencial del contrato, debe excluirse, como regla, el control de su equilibrio.

De todos modos, sí sería viable un triple control de transparencia, como detalla la STS 1916/2013 de 9 de mayo<sup>177</sup>:

---

<sup>175</sup> Según la STJUE de 3 de junio de 2010 (C-484/08), “no se puede impedir a los Estados miembros que adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”, por lo que puede admitirse un “control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”. En perfecta correlación, la Directiva 2011/83/UE modificó la Directiva 93/13/CEE, añadiendo el artículo 8 bis, según el cual los Estados miembros que adopten o mantengan disposiciones más estrictas que la Directiva, compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección (art. 8), deberán informar a la Comisión si adoptan disposiciones que “hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración”.

<sup>176</sup> Según el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución”. Ello no obstante, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, no ha transpuesto ni recogido esta limitación. Tampoco lo hizo la Ley 26/1984, de 19 de julio, en sus sucesivas modificaciones tras la aprobación de la Directiva.

<sup>177</sup> Fijados los posibles controles de transparencia (que no de equilibrio) susceptibles de ser articulados, pueden detallarse algunos de los criterios o parámetros fijados por la STS 1916/2013 de 9 de mayo (Id Cendoj: 2807911991201310000 Sala de lo Civil):

- No es preciso que exista equilibrio “económico” entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo (máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite).
- Esta transparencia material (de contenido) en contratos de consumo se refiere al control de la existencia de un información suficientemente clara que permita la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato; que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, como

a) A efectos de incorporación en el contrato según las exigencias generales de los arts.5.5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, en relación con la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios (derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios): redacción transparente, clara, concreta y sencilla, con oportunidad real de ser conocidas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Y ello *“tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores”*.

---

la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

- Que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

- La oferta de cláusulas suelo y techo, cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

- Que se haya informado perfectamente del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

- Si la cláusula, pese a incluirse en un contrato ofertado como préstamo a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, lo convierte en un préstamo a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

- Si la oferta, al no completarse con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.

- Si, pese a tratarse de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, se le da un tratamiento impropriamente secundario, en el sentido de no llegar a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas del prestatario, lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

- Si lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

b) La transparencia a efectos de incorporación (formal) en contratos de consumo<sup>178</sup>.

c) La transparencia material (o control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato): determina la licitud de la cláusula en el ámbito de consumo, si el consumidor puede identificarla como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos.

Para poder contrastar en qué medida concurre en cada caso este exhaustivo conjunto de criterios o parámetros, podría ser conveniente la práctica de prueba sobre las circunstancias de la contratación, especialmente, además de la documental, el interrogatorio de partes o la testifical de los profesionales que intervinieron en la comercialización. De todos modos, el examen debe centrarse más bien en la concurrencia de los requisitos de incorporación y transparencia, para lo que puede ser suficiente la documental. Una vez declarada la nulidad de la cláusula suelo, debe analizarse qué implicaciones debe tener este pronunciamiento. A estos efectos, se aprecia una clara contradicción entre la normativa española (en concreto, art. 83 RDL 1/2007<sup>179</sup>, que sería el equivalente al art. 10 bis de la LGCyU) y la doctrina del TJUE<sup>180</sup>: Así pues, teniendo en cuenta

---

<sup>178</sup> Ello en virtud del art. 80.1 TRLCyU que exige: “a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”.

<sup>179</sup> Según el art. 83 RDL 1/2007, “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”.

<sup>180</sup> Vid. STJUE 14 de diciembre de 1982, de 14 de junio de 2012; de 26 de febrero de 2013 y de 30 de mayo de 2013. Según la STJUE de 14 de junio de 2012, relativa a los intereses de demora, la Directiva “se opone al artículo 83, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en

las STJUE de 14 de diciembre de 1982<sup>181</sup> y de 26 de febrero de 2013<sup>182</sup> llegamos a la conclusión de que no debe aplicarse el art. 83 RDL 1/2007 y tampoco la cláusula contractual frente al consumidor, al no serle vinculante. Si se ha apreciado la nulidad de la cláusula suelo debe analizarse qué efecto debe tener la

---

*peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor”. Este posicionamiento se consolida con la STJUE, de 30 de mayo de 2013, relativa a la cláusula penal, según la cual no debe moderarse “el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor. Hay que dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva (...). El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas”.*

<sup>181</sup> Según la STJUE de 14 de diciembre de 1982, “*todos los órganos del Estado miembro interesado tienen la obligación de garantizar, en los ámbitos de sus competencias respectivas, la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. En el caso de que la sentencia declare la incompatibilidad con el Tratado de determinadas disposiciones legislativas de un Estado miembro, ello supone, para las autoridades que participan en el ejercicio del poder legislativo, la obligación de modificar las disposiciones de que se trate, de manera que estas últimas sean conformes a las exigencias del Derecho comunitario. Los órganos jurisdiccionales del Estado interesado tienen por su parte la obligación de garantizar la observancia de la sentencia en el ejercicio de su misión. Ello no obstante, si el Tribunal de Justicia ha comprobado un incumplimiento por un Estado miembro de una de estas disposiciones, incumbe al órgano jurisdiccional nacional, en virtud de la autoridad que se atribuye a la sentencia del Tribunal de Justicia, tener en cuenta, si procede, elementos jurídicos fijados en ella para determinar el alcance de las disposiciones de Derecho comunitario que tiene por misión aplicar. (...) Los órganos jurisdiccionales de dicho Estado están obligados, con arreglo al artículo 171, a deducir las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno”.*

<sup>182</sup> Por otro lado y en esta línea, según la STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-617/10), “*el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional”.*

nulidad apreciada. Para ello se debe acudir a la institución de la nulidad y sus efectos propios<sup>183</sup>.

A pesar de las contundentes afirmaciones de la STS 1916/2013 de 9 de mayo, considera que la nulidad de la cláusula suelo que se le interesaba y que de hecho aprecia no debe tener efectos restitutorios (“retroactivos”, en cuanto a la devolución de los importes indebidamente cobrados aplicando una cláusula nula), por razones de seguridad jurídica y de orden económico (“*es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico*”).

Por tanto se considera que admitir efectos jurídicos y económicos a cláusulas declaradas nulas en virtud de una normativa imperativa como la de consumo podría generar, en efecto, graves problemas de seguridad jurídica y económica, al menos a una de las partes afectadas. No obstante, el ATJUE de 11 de junio de 2015<sup>184</sup> permite anticipar que probablemente la contestación que dé el TJUE sobre las cuestiones prejudiciales que puedan plantearse en aplicación respecto a si la decisión del TS de limitar los efectos económicos de la nulidad de la cláusula suelo a los posteriores al 9 de mayo de 2013 es conforme con la directiva europea será que no es conforme y que hay que devolver todo lo que el banco cobró indebidamente.

Lógicamente procederá la restitución al deudor de todas las cantidades que se le hayan cobrado de más en aplicación de la cláusula declarada nula. Ello no

---

<sup>183</sup> Como recoge la misma STS de 9 de mayo de 2013, al analizar los efectos de la nulidad, la regla de nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos (o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste) “exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Se trata de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique. (...) También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas”.

<sup>184</sup> ATJUE (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015. Procedimiento prejudicial en el asunto C-602/13, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander, mediante auto de 19 de noviembre de 2013.

obstante, el restitutorio no es el único efecto que debe tener la nulidad de la cláusula suelo, al incidir igualmente en la eventual nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. Aunque no se aprecie, en un caso concreto, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por haberse producido el impago de tres o más mensualidades, deberá compensarse el importe de los impagos liquidados con las cantidades indebidamente cobradas aplicando la cláusula suelo declarada nula (en caso de ser declarada como nula). Únicamente entonces podrá ponderarse en su justa medida si el incumplimiento real (el referido a lo efectivamente debido) es equivalente a tres mensualidades o menor, en cuyo caso habrá que examinar de nuevo si presenta suficiente gravedad y si habilita el ejercicio del vencimiento anticipado. Es por ello que en esta misma resolución se requeriría a la parte ejecutante para que presentara una nueva liquidación de la deuda computando las deducciones oportunas en concepto de cobros excesivos por aplicación de la cláusula suelo declarada nula, concretando tanto la cantidad global cobrada indebidamente como las concretas mensualidades en que ello ha tenido alguna afectación, con el desglose oportuno de los importes por cada mensualidad en que la aplicación de la cláusula suelo haya incidido en la cuota cobrada.

Por último, tener en cuenta la doctrina de la STJUE de 9 de noviembre de 2010 (asunto Pénzügyi Lizing, C-137/08), confirmada por resoluciones posteriores, según la cual *“el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba”* (en ese caso respecto de una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva), para obtener información sobre la eventual apreciación del carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula.

La consecuencia sería continuar la ejecución con la inaplicación de la cláusula declarada nula, requiriéndose a la parte ejecutante para que aportara nueva liquidación de la deuda, computando las deducciones oportunas en concepto de cobros indebidos por aplicación de la cláusula declarada nula, concretando tanto la cantidad global cobrada indebidamente como las concretas mensualidades en que ello ha tenido alguna afectación, con el desglose oportuno de los importes

afectados por cada mensualidad, todo ello a los efectos de fijar el importe por el que deba continuar la ejecución.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, después de afirmar que la norma general en nuestro ordenamiento jurídico es que la declaración de nulidad de una cláusula o de un contrato debe tener efectos retroactivos, por aplicación del art. 1303 CC, y que dicho principio rige también para la nulidad de las cláusulas abusivas, afirma que la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad puede ser objeto de limitaciones en aras de la seguridad jurídica consagrada en el art. 9.3 de la CE<sup>185</sup>.

Por todo ello, el Tribunal Supremo concluye que la declaración de nulidad de la cláusula suelo no tendrá efectos retroactivos y, en consecuencia, no procederá la devolución por la entidad de crédito de los intereses cobrados con anterioridad a la publicación de la sentencia.

La tesis del Tribunal Supremo negando retroactividad a la nulidad declarada, en clara contradicción con lo que dispone el artículo 1303 CC, puede causar

---

<sup>185</sup> El Tribunal Supremo tiene en cuenta diversos elementos de juicio: SS. TS 1916/2013 de 9 de mayo (Id Cendoj: 28079119912013100009 Sala de lo Civil) y 3903/2014 (Id Cendoj: 28079119912014100017 Sala de lo Civil).

1) Las cláusulas suelo son lícitas.

2) Su inclusión en un contrato responde a razones objetivas: el coste que para la entidad de crédito tienen los recursos ajenos (depósitos de sus clientes) que utiliza para conceder los préstamos, que suele ser bastante rígido; los gastos que genera la administración de los préstamos, que no dependen del precio del dinero; y el hecho de que su finalidad es garantizar un rendimiento mínimo a las entidades de crédito en la producción de este tipo de financiación.

3) No son cláusulas inusuales o extravagantes y su utilización ha sido tolerada durante mucho tiempo por el mercado.

4) La nulidad de estas cláusulas no se basa en la ilicitud intrínseca de las mismas, sino en su falta de transparencia entendida ésta no como oscuridad interna de la cláusula que la haga incomprensible o como incumplimiento de la normativa administrativa sobre préstamos hipotecarios, sino como insuficiencia de la información suministrada al consumidor.

5) Las cláusulas suelo se calculaban de forma que las cuotas resultantes fueran similares a las cuotas iniciales del préstamo, que eran las que había tomado en consideración el consumidor a la hora de tomar su decisión.

6) La retroactividad podría producir trastornos graves en la seguridad jurídica y el orden público económico, habida cuenta de que las entidades de crédito estarían obligadas a devolver ingentes cantidades de intereses indebidamente cobrados.



sorpresa, siendo evidente que la razón última en la que se fundamenta es la preservación de lo que el Alto Tribunal llama el orden público económico, que no es otra cosa que el mantenimiento de la estabilidad de nuestro sistema financiero, el cual podría verse seriamente comprometido por la obligación de devolver una gran cantidad de dinero por intereses indebidamente cobrados. En definitiva, son razones político-económicas más que estrictamente jurídicas las que se tienen en consideración para adoptar una decisión que beneficia al sistema pero perjudica a los consumidores.



### 3. CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE TITULARIDAD Y DE CARGAS.

El art. 656.1 LEC<sup>186</sup> determina los extremos que debe recoger la certificación.

Es un documento fidedigno al que la Ley atribuye aptitud para probar el contenido del Registro, haciendo al Registrador firmante responsable de los daños y perjuicios que pueda ocasionar su incorrección<sup>187</sup>. Lo importante, en la ejecución hipotecaria, es su valor probatorio: como prueba para determinar el titular registral dominical, como prueba de la existencia de la ejecución, como prueba procesal para el sobreseimiento de la ejecución, si de la misma resulta la inexistencia o cancelación de la hipoteca, como prueba para determinar los asientos anteriores a la hipoteca que subsistirán y los posteriores que se cancelaran, y finalmente, como prueba del derecho inscrito y fundamento de la acción registral<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> La certificación recoge los siguientes extremos:

- *La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado, y*  
- *los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable, en especial, relación completa de las cargas inscritas que los graven o, en su caso, que se hallen libre de cargas.*

<sup>187</sup> Así la Ley establece que el documento firmado por el Registrador competente tiene carácter de documento público (arts. 317. 4.º LEC y 1.216 CC), con la eficacia probatoria determinada en los arts. 319 y concordantes L.E.C, y la aptitud para trasladar fehacientemente a terceros el contenido de los libros del Registro (art. 225 de la Ley Hipotecaria), bajo la responsabilidad del Registrador por los daños y perjuicios derivados de errores, omisiones o demoras en su expedición (arts. 226 y 296 LH).

<sup>188</sup> Cfr. MANZANO SOLANO, A. "Certificación registral: valor probatorio en el proceso" Revista crítica de derecho inmobiliario N.º 683 Mayo-Junio 2004, págs: 1255-1284. se refiere al valor probatorio de la certificación de cargas en el proceso al intentar confeccionar un Programa de Derecho Registral Procesal, que podía entenderse surgido por la importancia extraordinaria que

El art. 688 LEC<sup>189</sup> supuso que la reclamación de la certificación fuera solicitado, de oficio, al Registrador (con la anterior regulación era un acto rogado, ya que el art. 131.4.º LH recogía la expresión “a instancia del actor”). Por ello, resulta preceptivo el mandamiento al Registrador, sin posibilidad de hacerlo por el procurador del ejecutante, como permite el art. 656.3 para la ejecución ordinaria.<sup>190</sup> Si el legislador lo hubiera querido así, lo hubiera hecho constar en el art. 688 LEC; además la petición de certificación en la ejecución ordinaria se hace tras la práctica de la anotación preventiva de embargo, por lo que resulta también preceptivo el oportuno mandamiento al Registrador.

Uno de los problemas que pueden plantearse es una inscripción de hipoteca conste por nota al margen que anteriormente se expidió certificación de dominio y cargas para otro proceso de ejecución hipotecaria a instancias del acreedor y después se presenta otro mandamiento para procedimiento de ejecución hipotecaria del mismo acreedor solicitando se expida certificación de dominio y cargas.

No idéntico problema, pero si similar es aquel supuesto en que en el mismo procedimiento de ejecución hipotecaria se ha expedido ya una certificación de cargas, y la pregunta es si se podría expedir otra para el mismo procedimiento, lo

---

en la nueva LEC tenía el Derecho Registral y que, a su juicio, ofrecía base suficiente para elaborar una disciplina con propia entidad.

*189 1. Cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del registrador certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado 1 del artículo 656 y en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca en favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro. 2. El registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere. En tanto no se cancele por mandamiento del Secretario judicial dicha nota marginal, el registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución. 3. Si de la certificación resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido cancelada, el Secretario judicial dictará decreto poniendo fin a la ejecución.*

<sup>190</sup> ADÁN GARCÍA, M. E. La ejecución directa de los bienes hipotecados. Un procedimiento de base registral. “Manuales de formación continuada”, número 50/2009, Madrid, CGPJ, págs. 862 y 863.

que parece que ocurre en alguna ocasión, principalmente por extravío de la primera.

La respuesta dada por los Registradores siempre es negativa, y no por el hecho de expedir una certificación que en sí mismo no plantearía problemas, sino por los efectos jurídicos que tal expedición produce en relación con las notificaciones a los titulares de asientos posteriores. Pero la solución es mucho más sencilla en el segundo de los supuestos planteados que en el primero.

En el supuesto de que se esté ante el mismo procedimiento de ejecución hipotecaria, los Registradores contestan al Juzgado, afirmando la imposibilidad de la certificación ya expedida, en su día, para el mismo procedimiento en virtud de otro mandamiento, y se adjunta un certificado del contenido de la certificación que se facilitó, entonces, que servirá a modo de duplicado.

La cuestión parece más complicada si la segunda certificación se hubiera solicitado por otro Juzgado para otro procedimiento de ejecución diferente, esto es, si, constanding, en el Registro, la nota de expedición de cargas para un procedimiento de ejecución hipotecaria, es posible expedir otra certificación y extender otra nota para otro posterior y distinto, porque la pregunta es ¿puede haber dos notas marginales de expedición en la misma hipoteca? La argumentación positiva es que no hay motivo para denegar la expedición de una certificación judicialmente solicitada, y que el expedir la certificación va a permitir al juzgado del segundo procedimiento conocer que la finca está siendo ya ejecutada en otro y, a su vez, al notificar al juzgado de la primera ejecución, tendrá esta noticia de la segunda; debiendo dictarse en los respectivos órganos judiciales la resolución correspondiente a la vista de las circunstancias. Concretamente, la resolución que correspondería dictar sería relativa a la acumulación de los dos procesos hipotecarios, como permite el art. 555.4 LEC.

Sin embargo, lo cierto es que, en la práctica, los Registradores son reacios a expedirla porque consideran que al hacerlo se permitiría la coexistencia de dos procedimientos con dos subastas sobre el mismo bien. Su argumento se fundamenta en que, cuando se ejercita la acción real, se está desarrollando el

derecho real de hipoteca que, como tal, implica un poder inmediato sobre la cosa, por lo que no parece factible que se pueda ejecutar la misma acción en dos juzgados diferentes. Además la interpretación contraria chocaría con el artículo 688.2 LEC, que impide taxativamente cancelar una hipoteca por causas distintas de la propia ejecución, mientras no se cancela la nota marginal por mandamiento judicial. Este precepto que está pensado precisamente para que, una vez iniciada la ejecución de la hipoteca, quede el desenvolvimiento de ésta en sede judicial y evitar novaciones, cancelaciones, etc., al margen del proceso, debe tener plena aplicación en este supuesto para evitar una doble ejecución y evitar conflictos ulteriores.

Lo cierto es que su planteamiento parte de un error de base: no es lo mismo acumular dos procesos hipotecarios (permitido por el art. 555.4 LEC) que acumular dos acciones reales (algo que no permite el mencionado artículo) ya que, en el art. 71 LEC, se regula la acumulación de acciones, pero también la incompatibilidad entre ellas y en la ejecución hipotecaria solo puede despacharse ejecución por una deuda , que devengará los intereses fijados en el título ejecutivo, no en dos independientes, y con una garantía real -la finca- que saldrá a subasta por el tipo fijado en la escritura.

En relación con la acumulación de acciones reales, puede intentarse la ejecución de dos hipotecas en la misma demanda, en la que se suman todos los conceptos y se fija como valor de subasta el tipo de tasación “*más beneficioso para el deudor*”. La suma, que es posible desde un punto de vista matemático, no tiene fundamento legal, porque no cabe el despacho ejecutivo de dos hipotecas en el mismo proceso, precisamente por aplicación de los arts. 555.4 y 71 LEC. En definitiva, cuando el ejecutante acude a las normas de la ejecución hipotecaria no puede modificar reglas procesales imperativas y entre ellas están: el domicilio, el tipo de subasta, las relativas a la liberación de la vivienda (art. 693 LEC) y a los límites de cobertura hipotecaria (art. 692 LEC). Pero nada impide la acumulación de dos o más procesos de ejecución hipotecarios siempre que se sigan tales procesos para hacer efectiva otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes, pues esto no implica modificar reglas procesales imperativas. Se

aplicarán las normas de acumulación de ejecuciones de los números 1 y 2 del art. 555 sustanciándose la acumulación en la forma prevenida en los arts.74 y ss. LEC<sup>191</sup>. Por tanto, no existen impedimentos procesales para la acumulación, pero si existen problemas prácticos, porque de las dos hipotecas ejecutadas frente al mismo bien, una de ellas será preferente, determinado el valor real de la finca excluyendo a la otra. La incompatibilidad deriva de una interpretación conjunta de los principios hipotecarios y de los preceptos reguladores de la ejecución, ya que la adjudicación conlleva la extinción de los derechos posteriores a la hipoteca (cancelándose las ejecuciones posteriores en virtud de los arts. 674.2 LEC y 134 LH). En definitiva, la ejecución de dos hipotecas de distinto rango en el mismo

---

<sup>191</sup> Cfr. JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, L. “la acumulación en la ejecución sobre bienes hipotecados”. Indret 2/2010. Revista para el análisis del derecho. Abril 2010, pág. 20. Sobre la acumulación de las acciones hipotecaria y ordinaria mantiene que: “*El artículo 555 LEC es aplicable a la acumulación de procedimientos de ejecución ya iniciados, mientras que aquí hablamos de la acumulación inicial, esto es, de acciones, por lo que no sería estrictu sensu de aplicación. Las normas sobre acumulación de acciones en la LEC se encuentran en los artículos 71 y siguientes LEC. De la lectura de los mismos parece que sí cabe la posibilidad de acumular una acción personal (ejecución ordinaria) y un real (ejecución hipotecaria) contra una misma persona (deudor hipotecario). El único obstáculo aparente es el artículo 73.1.2.º, que establece que Para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso: (...) 2.º. Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo, pero es que no se trata de juicios de diferente tipo, ni mucho menos por razón de su materia, sino que ambos son juicios o procedimientos de ejecución y, precisamente, esa fue la novedad introducida por la LEC vigente*”<sup>24</sup>. En cuanto al artículo 579 LEC, parece a priori que sí otorga esta especie de derecho de excusión al deudor hipotecario, de manera que primero debe ejecutarse la finca hipotecada y después continuar la ejecución contra el resto de bienes de su patrimonio. Sin embargo, el artículo 579 dice literalmente que ello tendrá lugar cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados. Y en caso de permitirse como se propone la acumulación de pretensiones, la ejecución se dirige no de forma exclusiva contra la finca hipotecada sino contra todo el patrimonio de los deudores”.

En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J. “Proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil” Civitas Ediciones S.L. 5.ª Ed. 2013, pág. 34, considera evidente que quien posea derechos incorporados a dos o más títulos ejecutivos frente a un mismo ejecutado no se le puede exigir que interponga tantas demandas ejecutivas cuantos sean los títulos que ostente para que, al fin, todos esos diferentes procedimientos de ejecución incoados a instancia del mismo ejecutante sean acumulados sobrevenidamente al amparo del art. 555 LEC. Por ello, la incoación de varios procedimientos de ejecución susceptibles de ser acumulados con posterioridad, una vez se encuentren pendientes, es algo totalmente absurdo, por lo que no debiera existir inconveniente para que el acreedor ejecutante pueda proceder a la acumulación de varias acciones ejecutivas en una misma demanda, dicha acumulación originaria de acciones ejecutivas habrá de someterse a las exigencias requeridas por los arts. 71 a 74 LEC.

procedimiento determinaría que en una de las dos subastas no va a existir bien que subastar. En conclusión, pueden acumularse dos acciones ejecutivas, siendo una de ellas acción hipotecaria y la otra acción ordinaria, pero, aunque las leyes procesales no lo impiden, no tendría sentido acumular dos acciones hipotecarias sobre la misma finca.

Otro problema que puede plantearse es cuando en una inscripción de hipoteca ya consta por nota marginal la expedición de certificación de dominio y cargas para la ejecución de la misma y se presenta al Registrador procedente del juzgado otro mandamiento en que se solicita se haga constar la ampliación de la cantidad reclamada en la ejecución. Problema que soluciona la aplicación del art 688 LEC, ya que al regular la certificación señala expresamente que el Registrador sólo hará constar por nota marginal de la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento al que se refiere. Lo anterior quiere decir que aunque la cantidad reclamada conste en el correspondiente mandamiento, el Registrador, como así ocurre generalmente, no la hará constar en la nota marginal. La cantidad que importa respecto de la hipoteca que se ejecuta es la responsabilidad hipotecaria de la propia finca, la cifra del capital debido que consta en el Registro sólo tiene trascendencia jurídica a efectos de ejecuciones posteriores (arts. 613-3 y 657-2 LEC) al no afectar al rematante.

Otra cuestión sería que lo solicitado al Registrador, por los firmantes del contrato, fuera la inscripción de una ampliación del préstamo hipotecario, siendo éste el caso de las habituales novaciones de hipoteca. Estas dan lugar a una nueva inscripción de una nueva hipoteca.

### **3.1. OBJETIVOS DE LA CERTIFICACIÓN.**

La jurisprudencia<sup>192</sup> solo se refiere a algunos de ellos, pero hay otro objetivo fundamental que no menciona la jurisprudencia, y es otorgar al Tribunal que

---

<sup>192</sup> La STS, Sala 1.ª, 282/07, de 12 de marzo de 2007 los enumera:



despacha ejecución toda la información necesaria para tramitar el procedimiento sumario. También se refiere el Alto Tribunal a la trascendencia de este documento desde el punto de vista de la seguridad jurídica procesal<sup>193</sup>.

La calificación del mandamiento dependerá de las circunstancias concurrentes, que reseñamos a continuación.

### **3.1.1. Dos o más hipotecas inscritas a favor del mismo ejecutante.**

Cuando existan dos hipotecas inscritas a favor del mismo ejecutante y no se proporcionen datos para saber cuál es objeto de ejecución, se suspenderá la expedición de la certificación hasta que se concrete la hipoteca que está siendo ejecutada. Esto ocurre con frecuencia, es decir, el hecho de que existan dos hipotecas a favor del mismo ejecutante, es el caso de las novaciones y ampliaciones de hipotecas. La entidad financiera o crediticia puede considerar que se trata de la misma hipoteca, pero, a efectos registrales, esto no es así, sino que se trata de dos hipotecas inscritas a favor del mismo ejecutante, caso distinto

---

*a) conocer el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se sigue la ejecución para, en su caso, determinar la valoración del bien para subasta;*

*b) Proporcionar a los posibles licitadores una información completa sobre las condiciones de adquisición del bien, y en concreto, sobre la existencia de cargas anteriores que no desaparecerán con la adquisición, y por último; e*

*c) Identificar e individualizar a los titulares de derechos y cargas inscritos o anotados con posterioridad al del acreedor ejecutante que se verán extinguidos por la realización del bien, a los efectos de comunicarles la pendencia del proceso de ejecución para que pueda intervenir en él a los efectos legalmente previstos.*

<sup>193</sup> Vid. STS, Sala 1.ª, 274/2008, de 21 de abril de 2008 “ no se permite hacer recaer sobre la parte que actúa conforme al contenido de la certificación de cargas las consecuencias derivadas no puede imponerse al interesado en la adjudicación de la finca la necesidad de consultar directamente la inscripción acerca de cuyo contenido da fe la expresada certificación, para comprobar si existe en ella algún error u omisión, ni considerar que el principio de prioridad registral y el de publicidad puedan eximir al Registrador de responsabilidad en relación con las consecuencias derivadas de la omisión de hacer constar todas las cargas. El principio de publicidad registral no permite mantener la idea de que sobre el interesado pese una presunción de conocimiento de las cargas, aun cuando éstas consten en el Registro porque esto supondría suplir el incumplimiento del deber del encargado del Registro por la genérica obligación de diligencia del ciudadano, lo que no es aceptable.”

de la hipoteca recargable que en principio mantiene el rango de las hipotecas constituidas en garantía de préstamo, con algunas excepciones<sup>194</sup>. La cuestión sería cuál de las dos hipotecas se ejecuta en el procedimiento, la primera o la segunda novada.

En el supuesto de que un Registrador califique de manera negativa el mandamiento al mismo dirigido. Las alegaciones que podría hacer son las siguientes:

- Los efectos de la inscripción de la ampliación son los que legalmente se deriven de su propio objeto y rango, pues éste viene determinado por la Ley (art. 24 de la ley Hipotecaria).

- Caso de ejecutarse la hipoteca ampliada, su titular tan sólo tendrá preferencia para el cobro con cargo al precio de realización por las cantidades inicialmente garantizadas, pues en cuanto al exceso serán preferentes para el cobro los titulares de aquellas cargas intermedias y tan sólo en la medida en que aún quede sobrante, la parte del crédito ampliado y posteriormente garantizado.

---

<sup>194</sup> La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, admite la posibilidad de refinanciación de los préstamos hipotecarios en favor de las entidades de crédito a través de su “recarga” o revitalización, es decir, de la novación modificativa por la que el prestamista vuelve a prestar la totalidad o parte del principal del préstamo que haya podido ser amortizado por el prestatario. Como regla general, esta recarga permitirá mantener el rango de las hipotecas constituidas en garantía del préstamo. Por excepción, existen dos supuestos en los que se precisará la aceptación de los titulares registrales posteriores a la hipoteca, pero anteriores a la recarga, para mantener el rango: el incremento de la responsabilidad hipotecaria y la ampliación del plazo del préstamo. La modificación de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del marco hipotecario permite, como regla general, la recarga de los préstamos hipotecarios bancarios constituidos tras la entrada en vigor de la ley 41/2007, sin que la recarga perjudique la efectividad y el rango de las hipotecas en garantía del préstamo recargado, incluso existiendo titulares registrales intermedios (es decir, personas que hayan inscrito su derecho en el registro tras la constitución de la hipoteca del banco, pero antes de la recarga). Pretende así estimular las operaciones de refinanciación de particulares y empresas. La ley contempla dos únicas excepciones a esta regla general en las que la recarga ha de ser autorizada por los titulares registrales posteriores como condición para el mantenimiento del rango de la hipoteca.

- Sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, por lo que pretender que exista una sola con dos responsabilidades distintas, cada una con su propia preferencia, contradice la indivisibilidad legal y la exigencia de prioridad única, con la consiguiente confusión al dar la apariencia de que la ampliación del crédito original goza de una garantía de igual rango al que tenía inicialmente.

La calificación del Registrador debe ser negativa porque la indeterminación del crédito que se encuentra en ejecución, impide la expedición de la certificación ordenada, ya que la misma imposibilita el cumplimiento de las determinaciones establecidas en los arts. 656 y 682 LEC y constando tales datos en la demanda ejecutiva formulada conforme previene el art. 685 LEC, los mismos deben ser incorporados al mandamiento. Se trata de una primera hipoteca constituida inicialmente para responder de una determinada suma de principal, intereses remuneratorios, intereses moratorios, costas y gastos. La hipoteca referida es objeto de novación y ampliación por la que las partes modifican la responsabilidad hipotecaria pactada en la escritura de préstamo hipotecario, procediendo a ampliarla fijando una cantidad que corresponde al principal, más otras que corresponden a los intereses ordinarios y moratorios, habiendo sido calculados ambos respecto del principal ampliado, así como cotas y gastos. Pero, estando ante una novación (la propia escritura lo dice), ante qué tipo de novación nos encontramos. La novación, institución del derecho de obligaciones, se regula en los arts. 1203 y ss. CC, distinguiéndose por doctrina<sup>195</sup> y jurisprudencia<sup>196</sup> dos tipos distintos de novación, a saber:

---

<sup>195</sup> Vid. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. M. "Fundamentos de Derecho civil...", trab. cit., pág. 800 (manteniendo esta opinión en ediciones posteriores, hasta la última de 2012) considera que la cuestión no radica en la incompatibilidad de las obligaciones para determinar su carácter de novación extintiva o modificativa, criticando opiniones de otros autores como Sánchez Rebullida, sino en la subsistencia de los intereses de las partes en una y otra obligación. ALBADALEJO GARCÍA, M. "Derecho Civil. 11.ª ed., obra puesta al día, Bosch Barcelona 2002. T.II, pág. 333, mantiene que la obligación nueva coexiste con la anterior, a menos que exista una voluntad expresa de las partes, en cuyo caso el efecto extintivo es evidente.

<sup>196</sup> SS. TS Sala 1.ª de 16 de marzo del 2006, 30 de mayo del 2003, 9 de enero de 1992 y 4 de abril de 1990.

La novación extintiva, en la que se extingue totalmente la obligación anterior, quedando sustituida plenamente por la nueva y la novación modificativa o impropia, en la que únicamente se altera el objeto o algunos de los sujetos de la obligación, sin que la misma llegue a extinguirse. Pero, en todo caso, es esencial y característica de la novación la sustitución de una relación obligatoria por otra, hecha con el designio de extinguir o modificar la primera. La novación extintiva presupone, sobre la base de una obligación preexistente, crear otra nueva o dispar, así como la voluntad de novar extintivamente. El art. 1204 CC establece que “*para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*”. Únicamente en este supuesto puede afirmarse que han quedado eliminados o extinguidos todos los elementos o datos caracterizadores de la obligación anterior que ya no existe.

Admitida en el CC por el art. 1203 y a *sensu contrario* en el 1207, la novación modificativa o impropia, por el contrario, presupone la creación de una situación fáctico-jurídica no determinante de incompatibilidad sino, meramente, de complementariedad con la obligación preexistente, es decir, una mera modificación obligacional, que se limita a introducir un cambio no esencial (*animus novandi* modificativo) en el contrato único que a las partes liga y que subsiste. Por tanto, ni hay incompatibilidad esencial de obligaciones ni desaparece la primera, que permanece, aunque alterada, por voluntad expresa o tácita de los contratantes<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup> Cfr. STS 1345/2006 de 16 de marzo (Id Cendoj: 28079110012006100223 Sala de lo Civil), STS 55/1992 de 9 de enero (Id Cendoj: 28079110011992101676 Sala de lo Civil) y STS 10676/1990 de 4 de abril (Id Cendoj: 28079110011990100874 Sala de lo Civil) “*la novación modificativa o impropia, como su denominación implica, no tiene efectos extintivos, sino únicamente de simple cambio o alteración de alguno de los aspectos no fundamentales en cuanto a su carácter y naturaleza, del negocio u obligación por ella aceptado, razón por la cual el contrato en cuestión se mantiene aún modificado en alguno de sus aspectos*”. Y la sentencia d esta misma sala de 30 de mayo de 2003 determinó que la novación modificativa o impropia “*no extingue las obligaciones sino que las varía únicamente en el aspecto a que afecta la modificación*”.

Por tanto es importante determinar si la hipoteca novada y ampliada supone una novación extintiva o modificativa. En cuanto a la prueba de la novación, debe partirse de cuatro principios<sup>198</sup>:

1) Las cuestiones relativas a la apreciación de los hechos determinantes de la novación es facultad propia del tribunal de instancia.

2) Dado que los límites que separan la novación extintiva de la modificativa son imprecisos, debemos atender a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para determinar la existencia de una u otra.

---

<sup>198</sup>Vid. STS 257/2015 de 11 de febrero (Id Cendoj: 28079110012015100033 Sala de lo Civi). El Alto Tribunal señala en esta sentencia que la cuestión es precisar si la alteración de la originaria relación obligatoria implica la creación de una nueva en sustitución del anterior (novación extintiva, que contempla el art. 1204 CC) o aquélla subsiste aunque con la modificación pretendida (novación modificativa que previene el art. 1203 CC).

Para analizar si lo querido por las partes ha sido sustituir la obligación por otra, novación extintiva, es preciso acudir al art. 1204 CC que señala que es necesario que *“así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles”*. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo el texto legal del art. 1203 CC, ha considerado que para que se aprecie la novación modificativa, no es necesario que se siga el rigorismo formal que exige el art. 1204 CC. La sentencia de 11 de junio de 1985 señalaba que para estimar la novación modificativa basta que el concierto de la misma se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla. La apreciación de estos hechos es facultad propia de los juzgados de Primera Instancia. Para poder distinguir los límites que separan la novación extintiva de la modificativa, cuando dicha novación opera por variación del objeto o condiciones de la obligación y son difíciles de apreciar, ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

En el supuesto que nos ocupa, el Tribunal Supremo señala que ha operado la novación modificativa ya que se produce una mera variación de un crédito existente sin destruir su identidad, es decir, que no tiene efectos extintivos sino únicamente de simple cambio o alteración de alguno de los aspectos no fundamentales de la naturaleza del negocio u obligación. Así, la cláusula contractual de un préstamo disponía que si en el plazo de 3 meses no se vendían conjuntamente una serie de acciones, que contenía simultáneamente la obligación de pagar, se procediera a la cesión de unos créditos determinados. La prestamista aceptaría como forma de pago la cesión de un crédito de no tener el prestatario liquidez suficiente en el plazo de 3 meses. Tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo concluyen que estamos ante una novación modificativa con respecto a las obligaciones de pago asumidas, con alteración en todo caso de la cuantía, plazo y condiciones de satisfacción de las deudas.

3) El concepto de novación es objeto de interpretación restrictiva por la jurisprudencia<sup>199</sup> y nunca se presume, de tal manera que no puede declararse en virtud sólo de presunciones por muy razonables que se presenten éstas, siendo preciso para que exista, o bien que se declare expresamente o que resulte con toda claridad y evidencia de los términos del acto que se considera novatorio (en nuestro caso la escritura de ampliación y novación de hipoteca).

4) Tanto en la hipótesis de la novación extintiva, o novación propiamente dicha, como en la novación modificativa, el acto novatorio no está sometido a especiales exigencias de forma, sino que rige el principio general de libertad, por lo que opera la novación tácita cuando puede inducirse por actos inequívocos.

La novación extintiva supone siempre una renuncia de derecho, y de ahí que deba constar indistintamente o la voluntad de novar de forma expresa o la incompatibilidad entre ambas obligaciones. Efectivamente, la novación significa la sustitución de un convenio por otro<sup>200</sup>, por lo que a efectos probatorios o bien debe constar con toda claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación por inducirse de actos de significación concluyente, o bien, puede también deducirse sin la existencia de dicha forma de declaración de voluntad siempre que se acredite que la antigua y la nueva obligación sean del todo incompatibles. Por lo tanto, para poder apreciar la existencia de la novación extintiva debe declararse de forma terminante que se haya extinguido la anterior relación jurídica existente entre las partes, y que haya nacido entre ellas un nuevo vínculo jurídico totalmente distinto de aquella o que entre esas dos situaciones cabe apreciar la completa incompatibilidad que prevé a tal respecto el art. 1.204 CC. Es conveniente insistir que la jurisprudencia<sup>201</sup> exige que conste de forma

---

<sup>199</sup> Cfr. Anuario de Derecho civil, volumen 56, Partes 1-2. Instituto nacional de Estudios Jurídicos, 2003, pág. 314.

<sup>200</sup> Cfr. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.M. ob. Cit. Fundamentos..., ob. cit I, pág. 798, considera que la incompatibilidad entre el nuevo convenio y el anterior, significativa de sustitución de uno por otro, constata con claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación.

<sup>201</sup> Vid. SS. TS de 28 de marzo de 1985; 596/1985 de 28 de marzo (Id Cendoj: 28079110011985100265 Sala de lo Civil); 7446/2007 de 7 de noviembre (Id. Cendoj:

expresa, no solamente la novación consecutiva al *animus novandi* extinción por otra que la sustituya, sino también la novación producida por incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación.

En el supuesto de la novación modificativa, no es aplicable el rigorismo que exige el art. 1204 CC para que se aprecie la existencia de una novación extintiva, ya que para estimar la existencia de aquella basta que el concierto de la misma se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla, sin necesidad de constancia documental.

El deslinde entre la novación extintiva y la modificativa debe hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación introducida, debiéndose acudir, para su determinación, a las circunstancias concurrentes en cada caso. La consecuencia fundamental que se puede extraer es que la novación extintiva no se presume nunca, ni puede inferirse de meras deducciones, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar, de manera que en los supuestos dudosos se ha de suponer querido el efecto más débil, esto es la novación modificativa siendo siempre prevalente la voluntad de las partes. De esta forma, cabe construir la modificación de una relación preexistente en razón a la libre decisión de la voluntad de las partes sin que se produzca precisamente novación, ya que cuando se constate con claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, que es esencial para generar novación extintiva o propia, pues que ésta presupone, sobre la base de una obligación preexistente, crear otra nueva o dispar, es de estar a la existencia de novación modificativa o impropia, cuya base estricta es la creación de una situación fáctica-jurídica no determinante de incompatibilidad sino, meramente, de complementariedad.<sup>202</sup> Por tanto,

---

28079110012007101184 Sala de lo Civil); 935/2009 de 12 de marzo (Id Cendoj: 28079110012009100135 Sala de lo Civil), entre otras

<sup>202</sup> Vid. SS. TS 14967/1994 de 3 de febrero (Id Cendoj: 28079110011994102331 Sala de lo Civil) y 2961/1993 de 12 de mayo (Id Cendoj: 28079110011993101223 Sala de lo Civil), vienen a decir que en caso de duda ha de interpretarse que la novación es modificativa y que no existe ánimo de extinguir la obligación, sino consta claramente expresado o si la primitiva obligación y la nueva son incompatibles. Así también, no existe novación cuando la segunda obligación se constituye y establece para facilitar solo el cumplimiento de la precedente aún no cumplida.

debemos distinguir si la escritura de ampliación y novación de hipoteca claramente recoge la voluntad de las partes de extinguir la hipoteca inicial (ya que en principio creo que no se podría dar incompatibilidad entre la inicial escritura de hipoteca y la hipoteca novada) ya que estaríamos ante una novación extintiva o propia, y cuando simplemente es compatible la hipoteca novada con la hipoteca inicial, ya que estaríamos ante una novación modificativa o impropia. Es importante distinguirlo, porque las consecuencias no son las mismas en uno y otro caso.

Si la parte actora-entidad financiera-alega que pretende la ejecución de las dos hipotecas (como suele hacer en la práctica), si en la escritura de la hipoteca novada apareciera clara la intención del prestamista y prestatario de extinguir la hipoteca anterior, no sería posible ejecutar las dos porque la primera sería sustituida por la segunda, de tal manera que los titulares de cargas intermedias no serían tal sino titulares de cargas anteriores que subsisten una vez ejecutada la hipoteca. Sin embargo, si no consta de manera clara esa intención de extinguir (lo que también suele ocurrir en la práctica si leemos escrituras de novación y ampliación de hipoteca) debemos entender que la novación es modificativa y por tanto complementa la primera escritura de hipoteca. Lo mismo entenderíamos en los supuestos en que la hipoteca es novada para facilitar el cumplimiento de la precedente aún no cumplida. En este caso, la duda que se plantea es si es posible pretender la ejecución de las dos hipotecas. Para llegar a una conclusión debemos analizar punto por punto la cuestión:

- No puede entenderse de ninguna manera que se trate de la misma hipoteca. La institución de la novación (aunque sea modificativa o impropia) no afecta al rango registral. Por tanto tenemos dos hipotecas, cada una con su propia preferencia, existiendo titulares de cargas intermedias, que tendrán preferencia para el cobro de sus créditos por delante de la actora para cobrar la parte de crédito ampliado.



- Las cantidades garantizadas con una y otra hipoteca son distintas, en la primera se garantizan unas cantidades iniciales y en la segunda la parte del crédito ampliado.

Sin embargo, volviendo a las denominadas hipotecas recargables<sup>203</sup>, la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, parte de la constatación de la insuficiencia de la regulación, considerando que la reforma se hace no solamente en relación al préstamo, sino también en relación a la hipoteca que lo garantiza porque la utilidad de una novación modificativa de un préstamo solo existe si trasciende a la hipoteca. Por eso expresamente sienta el legislador la siguiente regla general. *“Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita”*<sup>204</sup>.

Por todo lo anterior, se puede llegar a la conclusión de que en todos los supuestos en los que la novación del préstamo se configura como novación modificativa (variación del capital, variación de tipos, de plazo, de método de amortización, de condiciones financieras, etc.), la accesoriidad de la garantía impone el oportuno reflejo de la novación de la deuda en la novación de la garantía, sin perjudicarse ésta. Pero cuando, junto a la novación modificativa del préstamo, se pacta una novación modificativa autónoma de la hipoteca, por vía del incremento de la responsabilidad hipotecaria, se requiere el consentimiento de los titulares registrales posteriores. Si éste no constara, el precio de remate deberá ser aplicado a las cantidades garantizadas por la primera, el exceso, si lo hubiere,

---

<sup>203</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, fundamenta la modificación de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, en la necesidad de fomentar la *“novación de los préstamos hipotecarios en beneficio del deudor”* que se ve dificultada por *“la interpretación restrictiva que del concepto de novación modificativa hacía la ley 2/1194”*, razón por la cual opta por adoptar *“una interpretación más amplia de cuándo existe novación modificativa, de manera que se considera que existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva en [...] ampliación o reducción del capital”*.

<sup>204</sup> ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L.: *“La novación de préstamos hipotecarios: la hipoteca recargable”*, en *Hacia un nuevo derecho hipotecario. Estudios sobre la ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, págs. 389-305, enfatiza que, a la vista de la Exposición de Motivos, lo que la Ley 41/2007 parece pretender es *“que no se pierda el rango registral obtenido por la constitución del primer préstamo hipotecario, que es lo que sucedería si se calificara la operación de novación extintiva”*.

a satisfacer el crédito de titulares de cargas que consten inscritas entre la primera hipoteca y la hipoteca novada, y el exceso, si lo hubiere, a satisfacer la parte del crédito ampliado y posteriormente garantizado, al igual que si estuviéramos ante un supuesto de novación del préstamo establecido por las partes con carácter de novación extintiva<sup>205</sup>.

### **3.1.2. Hipoteca no inscrita o cancelada.**

Si la hipoteca no ha sido inscrita o está cancelada, se expedirá la certificación, pero no será extendida nota marginal ni se practicarán notificaciones. En este caso, el art. 688 LEC *in fine* dispone que el Secretario judicial dictará decreto poniendo fin a la ejecución. En este supuesto se podría incluir otros, como la inexistencia de la finca, dado que si no existe finca, no existe tampoco hipoteca sobre la misma, se produciría la imposibilidad absoluta de identificar la finca, por lo que no podría ejecutarse la hipoteca. Sin embargo, no tendría cabida los simples errores de identificación de la finca, siempre subsanables al amparo del art. 231 LEC.

---

<sup>205</sup> La RDGRN de 14 de mayo de 2015 (BOE de 9 de junio) ofrece una nueva interpretación del art. 4.3 de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre sobre mantenimiento o no del rango hipotecario en novaciones y ampliaciones estableciendo expresamente que *“la ampliación del capital no supondrá, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o exista una ampliación del plazo del préstamo por este incremento de la responsabilidad hipotecaria o ampliación del capital”*. Parece lógico que el privilegio legal que, según la interpretación de la DGRN, se concede a partir de la ley 41/2007 de recargar la hipoteca sólo se pueda ejercitar, como afirma la DGRN, durante el plazo de la obligación inicialmente inscrito. Es lógico que, incluso pasado ese plazo, se pueda ampliar tal plazo, pero ya no se pueda recargar con mantenimiento de rango.

### **3.1.3. Hipoteca que subsiste inscrita a favor de persona distinta del ejecutante.**

Habría que distinguir dos supuestos en que la hipoteca subsiste inscrita en el registro, pero lo está a favor de persona distinta de aquella que insta la ejecución:

- El supuesto de la cesión de crédito, en el que el cedente sigue figurando como titular del derecho real, y el cesionario no inscrito es el que insta la ejecución.
- Y los procesos de fusión de Cajas de Ahorros, en los que figura la hipoteca inscrita a nombre de la primitiva Caja.

#### **3.1.3.a) Cesión de crédito.**

Puede entenderse que no tiene carácter constitutivo la inscripción de la cesión de crédito, sino declarativo, aunque, con independencia de ello, pueden alegarse distintas razones en orden a exigir esa inscripción y evitar así muchos problemas en la práctica<sup>206</sup>.

Sin embargo, muchos autores defienden el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión, es decir, que el cambio de titularidad del crédito hipotecario no se produce, ni siquiera inter partes, mientras no se verifica la inscripción<sup>207</sup>. Al igual que muchos otros defienden el carácter declarativo y, por tanto, la no necesidad

---

<sup>206</sup> Consideran que debe inscribirse, MONTERO AROCA, J. "Las ejecuciones hipotecarias", Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pág. 421, el cual no entra en el debate de si tiene carácter declarativo o constitutivo la inscripción, PARDO F.J. "Del embargo de bienes de terceros y de la tercería de dominio", obra colectiva Criterios judiciales de aplicación de la nueva LEC, La Ley 2003, pág. 358, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. "Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 LH", incluido en la obra Práctica registral 2, CER de Cataluña, Barcelona 1994, pág. 99-101, GARCÍA GARCÍA, J. M. "El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria", Civitas 1994, pág. 105

<sup>207</sup> Vid. JORDANO FRAGA, F. "Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios", RDCI, n.º 653, julio-agosto 1999, pág. 1291, y en otra obra: La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria, Editorial Comares, Granada 1999, pág. 314.

de inscripción para poder instar el cesionario la ejecución hipotecaria<sup>208</sup>. Se hará referencia a unos y a otros al analizar la hipoteca que subsiste inscrita a favor de persona distinta del ejecutante.

En caso de cesión del crédito hipotecario, existen opiniones enfrentadas:

- Por un lado, los que opinan que nada obsta al despacho de ejecución ni la expedición del mandamiento esta circunstancia<sup>209</sup> y que siempre que se exprese en el mandamiento que el ejecutante es un cesionario no inscrito del crédito, el Registrador entenderá que el órgano judicial ha considerado acreditado que el ejecutante actúa como sucesor del acreedor. Si no se hiciera constar o, por cualquier otra razón, existieren dudas, el Registrador podrá abstenerse de expedir la certificación solicitando aclaración al juzgado de manera que quede despejada cualquier duda al respecto.

- Por otro, los que opinan que es necesario dar cumplimiento al art. 149 LH: *“El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del C.C. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”*.

Es interesante ahondar en los argumentos de esta segunda postura, sobre todo por las consecuencias registrales de considerar que no es aplicable, en los casos de cesión de crédito, la exigencia del art. 149 LH. Cuando sea el cesionario quien inicie la ejecución, parece bastante razonable pensar que la escritura de cesión debería estar previamente inscrita, sobre todo porque parece exigirlo el art. 149 LH. Sin embargo, el art 540 LEC admite que la ejecución pueda despacharse a favor de quien acredite ser sucesor de quien aparezca como acreedor en el título ejecutivo, estableciendo que para acreditar la sucesión se presentarán los

---

<sup>208</sup> Vid. CUÉLLAR MARÍN “Tracto sucesivo y legitimación activa en los procesos de ejecución”, BCRE n.º 29, agosto 1997, pág. 2125) y CARBONEL LLORENS, C. “La ejecución hipotecaria: presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales” n.º 291, diciembre 2000, pág. 30).

<sup>209</sup> RIVAS TORRALBA, R. “Aspectos registrales del proceso de ejecución”. 2.ª edición. Editorial Bosch, 2012, págs. 544 y 545.

documentos fehacientes en que aquélla conste, y si el tribunal los considera suficientes, procederá sin más trámites a despachar ejecución a favor del sucesor.

La postura favorable partiría del art. 688 LEC, que se integra en el capítulo de las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados, “*cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del registrador certificación en la que consten los extremos a los que se refiere el apartado primero del art. 656 y en el que se exprese, asimismo, que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro*”. Se refiere este artículo a la hipoteca constituida “a favor del ejecutante”, por lo que está haciendo clara mención a que la titularidad del derecho de hipoteca por parte del que en un procedimiento de ejecución demanda la realización del derecho real de garantía conste en el registro de la Propiedad.

Lo anterior tiene también mucha importancia en la diferencia clave que existe entre este procedimiento y la ejecución ordinaria de inmueble, y es que en la ejecución sobre bienes hipotecados no existe traba previa del bien. Es cierto que se puede alegar que la inscripción de la cesión de crédito hipotecario en el Registro tiene solo carácter declarativo. No hay duda sobre este punto porque existe jurisprudencia<sup>210</sup> al respecto, de modo que la cesión se produce con el efecto traslativo propio (arts. 1112, 1878, 1528, 609 y 1464 del C.C.) sin ser

---

<sup>210</sup> Vid. SS. TS 3883/1989 de 29 de junio (Id Cendoj: 28079110011989100131 Sala de lo Civil) y 3610/2007 de 4 de junio (Id Cendoj: 28079110012007100682 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil), señalan que la falta de inscripción de cesión no priva al cesionario de legitimación para instar el procedimiento ejecutivo porque “*la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios, habiéndose declarado en cumplimiento de tales aseveraciones, que el hecho de que el demandante actúe en un procedimiento judicial como cesionario del crédito hipotecario no le priva de la condición de titular favorecido por la inscripción frente el demandado, aunque la cesión haya sido inscrita frente al demandado en fecha posterior*”.

Considerando RODRIGUEZ CEPEDA, E. en el Informe 5/2014 de la comisión colegial de consultas doctrinales, sobre los problemas de la ejecución judicial de las hipotecas de los procesos de fusión y reestructuración bancaria (pág. 7), [www.regispro.es](http://www.regispro.es) (consultada el 17 de agosto de 2015) que el Alto Tribunal presupone que el procedimiento puede iniciarse, sin la previa inscripción a favor del ejecutante, pero también que esa inscripción es necesaria para operar registralmente los efectos de la ejecución.

necesaria la inscripción que solo vendría a proteger a terceros a los efectos de la fe pública registral.

Ello supone que la cesión produce todos sus efectos frente al deudor y que el cesionario de un crédito hipotecario pasa a ostentar la titularidad de la hipoteca porque ostenta el derecho de crédito conforme al art. 1528 del C.C. Pero, aunque se reconozca la plena existencia de un derecho *extra tabulas*, ¿podría entenderse que se puede ejercitar por ello la acción hipotecaria accesoria al crédito adquirido?

Podría entenderse que sí, pero profundizando en el tema habría que tener en cuenta varios factores que llevarían inevitablemente a sostener lo contrario:

a) El primero sería el rigor formal del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, en el que no me extenderé demasiado por no formar parte del tema de este trabajo; baste decir que la importante limitación de cognición procesal (sumariedad de trámites, limitación de medios de alegación y defensa del deudor hipotecario, causas tasadas de oposición, limitación de las causas de suspensión) exige como contrapeso y garantía del deudor tan drásticamente restringido en su intervención procesal, un examen riguroso de los requisitos para dar inicio a un procedimiento privilegiado y entre esos requisitos, debe estar la legitimación formal<sup>211</sup>.

b) El segundo factor, más interesante desde el punto de vista de este trabajo sobre la problemática registral serían los posibles problemas e incidentes que la falta de inscripción de la hipoteca cedida a favor del ejecutante podría originar, como pudieran ser:

1) Inducir a error a terceros y pagar a quien figure como titular en el Registro de la Propiedad, desconociéndose la cesión del crédito.

2)-Inste la ejecución el cesionario no inscrito y acceda al Registro, después, una cesión del mismo crédito a favor de otro acreedor. Éste gozaría de preferencia

---

<sup>211</sup> A estos efectos resulta de interés la doctrina del TC, en S. 79/2013 de 8 de abril.

frente al cesionario no inscrito que inició la ejecución según los arts. 17, 20 y 38 LH.

3) Ser embargado el crédito hipotecario sin estar inscrita la cesión a favor de quien insta la ejecución.

4) Ser declarado en concurso el titular de la hipoteca inscrita y que se siga la ejecución iniciada por un cesionario no inscrito.

5) Al no constar inscrita la cesión y no cumplirse el principio de tracto sucesivo y otros análogos, califique negativamente el Registrador la inscripción de la adjudicación del bien hipotecado a resultas del procedimiento de ejecución.

El art. 149 LH permite la cesión del crédito o préstamo garantizado con hipoteca, que según el principio de accesoriedad de la misma, establecido en los arts. 1528 y 1857.1 LEC y 104 LH, comporta la cesión de la hipoteca, de conformidad con lo previsto en el art. 1526 CC, la cual no precisa del consentimiento ni del conocimiento del deudor, no siendo constitutivo de la cesión del crédito hipotecario, a pesar de que los artículos 242 y 243 RH se refieran a la notificación al deudor. Todo lo dicho anteriormente no impide que la cesión produzca los efectos que establece el art. 1527 del C.C. ni que el art. 151 LH haga responsable al cedente de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario como consecuencia de su falta.

La exigencia de inscripción de la cesión del art. 149 LH se ve reforzada a *sensu contrario* por el art. 150 del mismo texto legal, al señalar, como excepción, la hipoteca constituida para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, y el art. 244 RH.

La conclusión debe ser que, la actuación en sede judicial, de un contenido registral como es la ejecución de la hipoteca inscrita, presupone y hace necesaria la inscripción previa de la titularidad del ejecutante, porque solo de esta manera puede realizarse un control tanto de la legalidad del derecho como de la

legitimación del accionante a resultas de su adquisición, así como de la vigencia registral del asiento.

De esta manera se evitaría no solo que pueda solicitar la ejecución quien a resultas de una ulterior transmisión no inscrita en el Registro de la Propiedad, ha dejado de ser titular del crédito garantizado con hipoteca sino también todas las posibles incidencias mencionadas con anterioridad. Además este posicionamiento es el mantenido por la DGRN, en su Resolución de 8 de julio de 2013<sup>212</sup>, y ulteriores Resoluciones, de 2 y 22 de octubre de 2013, que abundan en la necesidad de esa inscripción en la forma determinada en el art. 16 LH, de la titularidad sobre el crédito hipotecario a favor del ejecutante o de su sucesor,

---

<sup>212</sup> Esta resolución enuncia la cuestión suscitada con los siguientes términos:” *Se plantea en el presente expediente si para la expedición de certificación de dominio y cargas en procedimiento de ejecución hipotecaria(en este caso judicial) y la consiguiente extensión de la nota marginal acreditativa de haberse practicado tal extremo, es necesario que la hipoteca objeto de ejecución se encuentre inscrita a favor de la entidad ejecutante o si, por el contrario, en los supuestos de sucesión universal de la entidad acreedora y tratándose de operaciones societarias realizadas dentro del proceso de modificación de las estructuras de las cajas de ahorro en el sistema financiero español, es suficiente que el solicitante sea causahabiente del titular registral de la hipoteca.*”. Como se ha señalado reiteradamente este Centro Directivo, no cabe duda que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, dado el carácter constitutivo que la inscripción tiene con relación al derecho real de hipoteca (arts. 1.875C.C. y 130 y 145 LH). De esta manera, el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, como establece el art. 130 LH, solo podrá ejecutarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. Debe añadirse a ello, la función esencialmente protectora de la posición del deudor que tiene todo el procedimiento registral. La ejecutividad del procedimiento se compensa con la celosa protección de los derechos del ejecutado, de manera que solo podrá procederse en los términos proclamados por los asientos registrales.”

“Este Centro Directivo ha sostenido la imposibilidad de expedirse certificación de cargas a instancia de quien no figura aún como titular registral de la finca. Defecto, por otra parte, fácilmente subsanable mediante la aportación de la titulación necesaria para operar registralmente la sucesión en la titularidad de la hipoteca.”

“En el ámbito de la ejecución judicial, será también necesario cumplir el tracto sucesivo en relación a la hipoteca cuando se pretenda inscribir cualquier vicisitud jurídica de trascendencia real en relación a la misma o a la ejecución de la finca derivada de ella (cesión de crédito, pago con subrogación, adjudicación de la finca como consecuencia del procedimiento de ejecución directa, etcétera). De manera que el decreto de adjudicación no podrá inscribirse sin la previa inscripción a favor del causahabiente del titular registral de la hipoteca que se subroga n la posición del demandante.

Esa necesaria inscripción, en la forma determinada en el art. 16 LH, de la titularidad sobre el crédito hipotecario a favor del ejecutante o de su sucesor, es lo que permitirá que puedan tener acceso al Registro las vicisitudes ulteriores del procedimiento, y singularmente el decreto de adjudicación.”



pues esto permitirá el acceso al Registro de las vicisitudes posteriores del procedimiento y en concreto, el decreto de adjudicación.

Si bien puede entenderse que la falta de inscripción sobre la titularidad del crédito no impide la expedición de la certificación de cargas (es obvio que es un mero trámite procesal que no conlleva cambio alguno en la titularidad de la hipoteca o de la finca como consecuencia de la ejecución), desde el punto de vista procesal podría fundamentarse la exigibilidad de la previa inscripción registral en el mandato del art. 688.1 LEC, que ordena que en dicha certificación se exprese que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar.

Aunque también serían fundamentos válidos la propia naturaleza del procedimiento (como se expuso con anterioridad, se hace imprescindible un examen riguroso de los requisitos) o la protección integral del derecho no solo del ejecutado sino también de terceros.

Son abundantes las resoluciones favorables a considerar necesaria la inscripción de la cesión<sup>213</sup>, pero no faltan las resoluciones contrarias<sup>214</sup>. Es llamativo el argumento de la distinción entre cesión/sucesión universal y cesión singular. Según esto, no se puede asimilar las consecuencias de la reestructuración societaria de dos entidades con la cesión pura y simple de un crédito de una a otra, ya que la sucesión universal se encuadraría dentro del art. 71 de la Ley 3/2009 de 3 de abril de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Para llegar a esta conclusión debería partirse de una interpretación algo simplista del art. 1526 CC, considerando que la cesión se configura, en nuestro ordenamiento, como la transmisión de un crédito concreto ya que este precepto se refiere siempre en singular al “crédito, derecho o acción” cedidos, y que por tanto no tendría cabida en él la cesión universal a la que se refiere la Ley 3/2009 de 3 de abril.

---

<sup>213</sup> Vid.: AAPM de 3 de marzo de 2014 (recurso de apelación 256/13) AAPM de 17 de enero de 2014 (recurso de apelación 610/13); AAPM de 25 de febrero de 2013(rollo 833/12); AAPM de 16 de septiembre de 2013 (rollo 79/13); AAPM de 22 de octubre de 2013 (rollo 159/13), entre otros.

<sup>214</sup> Vid.: AAPM de 6 de noviembre de 2014(rollo 555/14); AAPM de 11 de noviembre de 2013.

Como la LH se refiere a la cesión prevista precisamente en el art. 1526 CC, la conclusión a extraer es que la LH se ciñe a la cesión singular. Efectivamente, la Ley 3/2009 de 3 de abril de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles contiene una regulación específica con relación a la escisión global del activo y la transmisión en bloque por cesión universal de todo o parte del patrimonio de las sociedades mercantiles, más dicha ley no deroga ni modifica los arts. 1526 CC y 149 LH, que exige la inscripción de la cesión en el Registro de la Propiedad. Si esta hubiera sido la voluntad del legislador así lo hubiera establecido de modo expreso, por lo que esa omisión no debería ser suplida por una interpretación cuanto menos voluntarista.

Con todo, el argumento principal para considerar un requisito de procedibilidad la inscripción de la cesión del crédito en el Registro de la Propiedad sería que no se puede dulcificar en beneficio del acreedor el régimen de un proceso de ejecución eminentemente formal y especialmente privilegiado, que reduce extraordinariamente las posibilidades de oposición del deudor; aunque, a mayor abundamiento, las consecuencias prácticas de despachar ejecución sin que el ejecutante esté inscrito en el Registro como titular del crédito hipotecario pueden ser más serias de lo que, a priori, se pudiera imaginar.

### **3.1.3.b) Procesos de fusión de Cajas de Ahorros.**

En los supuestos de que la hipoteca figure inscrita a nombre de la primitiva Caja, dada la naturaleza del derecho real de la hipoteca y el juego de los principios hipotecarios de legitimación y tracto sucesivo, *a priori* lo lógico es que la Caja resultante de la fusión procediera a la previa inscripción de las hipotecas a su favor, para luego ejercer las correspondientes acciones asociadas a la hipoteca y ello porque aunque la inscripción de la cesión de los créditos hipotecarios no tenga, según el criterio mayoritario, carácter constitutivo<sup>215</sup>, si constituye, con

---

<sup>215</sup> Criterio mantenido por la jurisprudencia (SS. TS de 29 de junio de 1989 y de 4 de junio de 2007, ya citadas) y derivado de los arts. 688.1 LEC y 130 y 149 LH.

carácter general, un requisito para la operatividad de los efectos y el ejercicio de las acciones derivadas del asiento registral.

Esta es la conclusión a la que llegan la mayoría de los Registradores<sup>216</sup>, por lo tanto, no diferencian el supuesto de cesión de créditos de aquél consistente en la fusión de varias Cajas (muy habitual en los últimos tiempos), ni distinguen entre cesión universal ni singular. Y no lo hacen porque enfocan el tema desde un punto de vista práctico, de operatividad.

Puede tenerse en cuenta varios artículos de diferentes textos legales, como son:

- Que el art. 688.1 LEC exige la expedición de certificación de dominio y cargas de la finca hipotecada en la que se exprese que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar.
- Que el art. 130 LH señala que la ejecución solo podrá llevarse a cabo sobre la base del contenido del título que haya sido recogido en el asiento respectivo.
- Que el art. 149 LH exige para la transmisión de la titularidad de la hipoteca que garantice un préstamo o crédito su inscripción en el Registro.

---

<sup>216</sup> Cfr.: Cuadernos del Seminario de HERNÁNDEZ CRESPO, C. núm. 32. Casos prácticos propiedad. [www.registradoresdemadrid.org](http://www.registradoresdemadrid.org) (consultado el 17 de agosto de 2015) llegan a la conclusión que ni el art. 688.1 LEC no los arts. 130 y 149 LH proclaman realmente el carácter constitutivo de la cesión, y también tienen en cuenta, en primer lugar, que del análisis conjunto de dicho art. 688-1 y 2 en relación con el art. 656 LEC, al que aquél se remite, el Registrador debe expedir siempre la certificación de dominio y cargas expresando *la titularidad del dominio y demás derechos reales y cargas del bien o derecho gravado* e indicando, en su caso, *la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro* y practicar siempre la correspondiente nota al margen de la hipoteca. Y, en segundo lugar, que en caso de que la hipoteca se encuentre cancelada o no figure inscrita a favor de la entidad que insta la ejecución y a cuya solicitud el juez ordena la expedición de la referida certificación, el artículo no señala que el Registrador no expedirá la certificación sino que en su número 3.º deja al juez la decisión de poner fin a la ejecución a la vista de la certificación y, por aplicación del art. 540-2 LEC de los documentos fehacientes presentados para acreditar la sucesión.

- Que el art. 6 de la Ley 2/1994 de 30 de marzo<sup>217</sup> exige para admitirla legitimación procesal ejecutiva del acreedor subrogado conforme a la misma, la presentación, junto con el título ejecutivo oportuno, de la correspondiente escritura de subrogación inscrita o certificación registral sustitutoria.

En ninguno de ellos se proclama el carácter constitutivo de la cesión.

Lo que llama la atención es que los Registradores entiendan que no existe obstáculo, si se solicita la expedición de la certificación de cagas prevista en el art. 688 LEC y del mandamiento presentado resulta que el procedimiento ha sido iniciado por la Caja ya fusionada (que no la inscrita) para expedir la certificación, practicar la nota marginal de su expedición y hacer las oportunas notificaciones, puesto que, es competencia judicial apreciar la sucesión del ejecutante a efectos procesales<sup>218</sup>, cuando la sucesión procesal tiene como requisito fundamental “que se halle pendiente un juicio”<sup>219</sup>, es decir que la transmisión del objeto litigioso se produzca cuando el procedimiento esté en curso.

---

<sup>217</sup> Ley 2/1994 de 30 de marzo por la que se regula la subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios, cuyo art. 6 dice literalmente: “*La entidad subrogada deberá presentar para la ejecución de la hipoteca, además de su primera copia auténtica inscrita de la escritura de subrogación, el título de crédito, revestido de los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para despachar ejecución. Si no pudiese presentar el título inscrito, deberá acompañar, con la copia de la escritura de subrogación, certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. La ejecución de la hipoteca se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria.*”

<sup>218</sup> Cfr. Cuadernos del Seminario de HERNÁNDEZ CRESPO, C. trab. cit. La conclusión a la que se llega es que si la ejecución continúa y la finca se adjudica al ejecutante, por haber apreciado el Tribunal la sucesión, no se ve inconveniente jurídico para la inscripción a favor de dicha entidad siempre que previamente se reanude el tracto interrumpido inscribiendo la hipoteca a favor de la entidad al mismo tiempo de la inscripción del testimonio del remate, bien por el reflejo de los documentos fehacientes de la sucesión en el mismo, o bien por la presentación simultánea de las correspondientes escrituras.

<sup>219</sup> Art. 17 Sucesión por transmisión del objeto litigioso. 1. Cuando se haya transmitido, pendiente un juicio, lo que sea objeto del mismo, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente. El Secretario judicial dictará diligencia de ordenación por la que acordará la suspensión de las actuaciones y otorgará un plazo de diez días a la otra parte para que alegue lo que a su derecho convenga.

Evidentemente, no existe ningún problema para tramitar y acordar una sucesión procesal<sup>220</sup> cuando la fusión se produce constante el procedimiento de ejecución, porque éste ya ha sido iniciado por la Caja inscrita, y la transmisión del crédito se produce durante el mismo (se cumplen todos los requisitos del art. 17.1 LEC), pero lo que refieren los Registradores es que no hay problema en expedir certificación, practicar nota marginal y notificar, cuando lo solicita el adquirente porque judicialmente ya se tramitará y acordará la sucesión. Pues lo cierto es que en esas condiciones, no podría apreciarse la sucesión procesal por no cumplirse los requisitos del art. 17.1 LEC, aunque si se mantiene el criterio doctrinal que considera que es de aplicación el art. 540 LEC para la sucesión de los procedimientos de ejecución hipotecaria y no el art. 17 LEC, referido solo a los

---

<sup>220</sup> Por sucesión procesal cabe entender la sustitución en un proceso determinado, una vez iniciado éste, de alguna de las partes formales, como consecuencia de la transmisión inter vivos o mortis causa de los derechos u obligaciones de la relación jurídica litigiosa. Definición en la que básicamente coinciden GARBERÍ LLBREGAT, J. Introducción al nuevo proceso civil, volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002. pág. 10, GIMENO SENDRA, V, Derecho procesal civil, II, Los procesos especiales. Ed. Cóllex, 2005. pág. 171; OLIVA SANTOS, A. de la Curso de Derecho Procesal Civil I, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2012. pág. 487; LORCA NAVARRETE, A. M.<sup>a</sup>. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III. 2.<sup>a</sup> ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 211.

procesos declarativos<sup>221</sup>, no se daría este problema; de hecho existen resoluciones este sentido<sup>222</sup>.

El planteamiento de los Registradores se basa en que si la ejecución continúa y la finca se adjudica a la Caja resultante de la fusión, no habría inconveniente jurídico para la inscripción a favor de dicha entidad<sup>223</sup>, siempre que previamente se reanude el tracto interrumpido inscribiendo la hipoteca a su favor al mismo tiempo de la inscripción del testimonio de la adjudicación, bien por el reflejo de los documentos fehacientes de la sucesión en el mismo, o bien por la presentación simultánea de las correspondientes escrituras. Pero, todo ello, siempre que se haya apreciado por el Tribunal la sucesión. Siguiendo su planteamiento, si no se

---

<sup>221</sup> En un proceso de ejecución hipotecaria, la primera cuestión a resolver es si tal sucesión deber atenderse a lo dispuesto en el art. 540 LEC o resultan de aplicación los arts. 16 y 17 LEC que regulan la sucesión procesal con carácter general para el proceso declarativo. CORDON MORENO, F. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil .Edit. Aranzadi 2011 que considera que el precepto es una aplicación al proceso de ejecución; MONTERO AROCA, J. Tratado de las ejecuciones hipotecarias. Ed. Tirant lo Blanch, 2012. pág. 512 sostiene, por el contrario, que el art. 540 LEC no regula propiamente el fenómeno de la sucesión procesal en los procesos de ejecución ya que en ningún momento regula de un modo directo la sucesión procesal para el proceso de ejecución, haciéndolo únicamente para el proceso declarativo en los arts. 16 y 17 que, a su juicio, son los que deben aplicarse cuando una vez iniciado el proceso se produce el cambio en la relación jurídico material, afirmando que el hecho de que por las particularidades propias del proceso de ejecución hipotecaria deban acomodarse estos preceptos, no impide su aplicación; HERBOSA MARTINEZ, I. El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión. Col. Nacional Registradores Propiedad y Mercantiles, 2007. pág. 229, en el mismo sentido considera que la vigente LEC no regula de una manera específica la sucesión procesal en los procesos de ejecución ya que lo dispuesto en el art. 540 está pensado para los supuestos en los que la sucesión se produce antes de despacharse ejecución. Por tanto a falta de norma específica ha de estarse a lo estipulado en los arts. 16 y 17 LEC para los juicios civiles. Mantiene una posición ecléctica, ADAN DOMENECH, F. La ejecución hipotecaria Ed. Bosch 2008 pág. 184, defiende la postura de que el art. 540 LEC es una concreción para el proceso de ejecución de lo previsto en los arts. 16 y 17 para los procesos declarativos, susceptible de ser aplicado sólo al supuesto de que ya estuviera despachada ejecución.

<sup>222</sup> Esta es la solución que postula el AAP de Burgos, sección 3.ª, de 2 de febrero de 2007, referido al fallecimiento de uno de los cónyuges deudores antes de la presentación de la demanda ejecutiva, en el que el tribunal opta por la aplicación del art. 540 LEC, pues no distingue según que la sucesión se haya producido en el curso de la ejecución o antes de que la misma se haya abierto.

<sup>223</sup> Cfr. Cuadernos del Seminario de HERNÁNDEZ CRESPO, C. trab. cit, siendo la misma conclusión que la que recoge el Informe 5/2014 de la comisión colegial de consultas doctrinales, op cit. págs. 10 y 11.

puede apreciar tal sucesión procesal, no se podría reanudar el tracto interrumpido porque no se podría inscribir la adjudicación simplemente aportándose documentos fehacientes de la sucesión (que serían las escrituras de fusión), y si la sucesión procesal pudiera apreciarse, no tendría sentido aportarse tal documentación porque el juzgado ya la hubiera tenido en cuenta para dictar la oportuna resolución.

También mencionan en el caso de las fusiones, que se trata en su mayoría de sucesiones universales de conocimiento público (el caso de Bankia por ejemplo), cuyas operaciones ya constan en otras inscripciones de la mayoría de los Registros. Con base en ello, se estima posible la inscripción de la sucesión en la hipoteca a favor de Bankia con la simple instancia de solicitud expresa de la misma con relación de los documentos en que se funda, quedando a juicio del Registrador la comprobación de los mismos en el Registro Mercantil o la simple remisión a las inscripciones de su Registro en que ya constare, todo ello sin perjuicio de que en los supuestos dudosos de pertenecer el crédito a la Caja resultante de la fusión se solicite la correspondiente instancia aclaratoria a los representantes de dicha entidad. Lo cierto es que este planteamiento puede merecer alguna crítica, porque parece que, en aquellas fusiones que sean de conocimiento público<sup>224</sup> (no es muy técnico éste concepto, porque a partir de qué momento se entiende que una determinada fusión de Cajas es de conocimiento público) no es exigible que el órgano judicial aprecie la sucesión procesal sino que los propios Registradores apreciarán inscribible sin más la sucesión de la hipoteca, mientras que aquellas fusiones que no merezcan la consideración de “fusiones de conocimiento público”, se requerirá la apreciación judicial de sucesión procesal.

---

<sup>224</sup> Cfr. Cuadernos del Seminario de HERNÁNDEZ CRESPO, C. trab. cit., donde se llega a la conclusión de que, para el caso de Bankia, como se trata de una sucesión universal de conocimiento público, cuyas operaciones ya constan en otras inscripciones de la mayoría de los Registros, se estima posible la inscripción de la sucesión en la hipoteca a favor de la misma, con la simple instancia de solicitud expresa con relación de los documentos en que se funda, quedando a juicio del registrador la comprobación de los mismos en el Registro Mercantil a través del FLEI o la simple remisión a las inscripciones de su Registro en que ya constare.

Las resoluciones procesales, de las AAPP, relativas a la sucesión procesal en el procedimiento de ejecución hipotecaria en los casos de fusión de Cajas, consideran perfectamente posible la sucesión en virtud del art. 17 LEC de acuerdo con el principio de *perpetuatio iurisdictionis*<sup>225</sup>, por lo que, en conclusión, la sucesión procesal siempre se considera admisible en estos casos.

### **3.1.4. Bien hipotecado declarado afecto a la actividad empresarial.**

Analizada la situación de concurso del hipotecante en el momento de la inscripción de la escritura, en este punto se pasa a abordar dicha situación en un momento posterior, concretamente cuando el concurso se declara después de la inscripción de la escritura pero antes del inicio de la ejecución. Cuando el bien

---

<sup>225</sup> En este sentido, vid. STS 9941/2001 de 18 de diciembre Id Cendoj: 28079110012001101746 Sala de lo Civil, con respecto al caso de que la extinción de la sociedad actora trajera causa de una modificación estructural (fusión, absorción y escisión), en cuya virtud la sociedad resultante o beneficiaria se subroga en todos los derechos y obligaciones de aquella y, por tanto, en su posición procesal, es decir, cuando se hubiere producido válidamente la denominada sucesión procesal ex artículo 17 LEC, por tanto, considerando que es perfectamente posible la sucesión vía este artículo, dejó sentado que *"aun cuando con arreglo al principio de la perpetuatio legitimationis la relación procesal debe ser mantenida entre las mismas personas (y con la misma cualidad jurídica) entre las que se constituyó -principio de invariabilidad de las partes, sin embargo cabe en determinados casos, en virtud de acontecimientos varios que pueden ocurrir durante la tramitación de un proceso, que se admitan modificaciones o cambios, entre cuyas posibilidades figura la denominada sucesión procesal... Entre estos supuestos de sucesión figura la absorción de una entidad mercantil litigante por otra sociedad ya existente o de nueva creación, pues al producirse la extinción de la personalidad de la primera debe ser sustituida en el proceso por la absorbente, para cuya operatividad procesal, aunque es precisa la correspondiente aprobación judicial, no puede denegarse sin una causa justificada al efecto, que aquí no concurre"*. Vid. SAP Alicante Secc. 9.ª de 24 de noviembre de 2011 de acuerdo con el principio de *"perpetuatio iurisdictionis"* la sentencia ha de dictarse en concordancia con la situación de hecho y de derecho existente en el momento de la incoación del pleito porque *"deben de fallarse conforme al estado de hecho del momento de interposición de la demanda"*. En efecto, los demandantes han reconocido la realidad de la transmisión, constante el procedimiento del objeto litigioso, situación ésta que regula el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo la denominación *"sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso"*. El precepto en cuestión, configura la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso, como una facultad o derecho que el adquirente puede o no hacer valer, como se desprende de la expresión *"el adquirente podrá solicitar."*, que emplea el legislador.



hipotecado haya sido declarado afecto<sup>226</sup> a la actividad empresarial de la entidad concursada<sup>227</sup>, se suspenderán las actividades iniciadas con anterioridad a la fecha de declaración del concurso en ejercicio de las acciones de los acreedores con garantía real sobre dicho bien<sup>228</sup>. Esto determina la imposibilidad de continuar la ejecución hipotecaria al margen del juez del concurso, conforme al art. 56 LC<sup>229</sup>; en consecuencia el Registrador no podrá expedir la certificación ni

---

<sup>226</sup> El significado de que el juez del concurso se pronuncie sobre la afección o no de los bienes objeto de ejecución a la actividad del concursado ha sido ya resuelta por la RDGRN de 8 de noviembre de 2012 (BOE 14 de diciembre).

En el seminario de 23 de marzo de 2011 de los Jueces de lo Mercantil de Cataluña. Criterios sobre plan y operaciones de liquidación [www.icab.cat](http://www.icab.cat) (consultado el 18 de agosto de 2015), consideran que son bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o forman parte de la unidad productiva, aquellos con los que el concursado desarrolle de una actividad profesional o empresarial, por lo que la vivienda del deudor-concursado no puede considerarse un bien afecto a la actividad y, por lo tanto, no puede suspenderse la ejecución hipotecaria que se haya iniciado antes del concurso o se solicite después de su declaración. La regla general que establece la LC es que la declaración de concurso no suspende estos procedimientos, sus efectos expresamente se limitan a los bienes afectos. Para valorar que el bien esté afecto a una unidad productiva no es determinante que se haya solicitado la liquidación, por lo que este dato no impide que se acuerde la suspensión de la ejecución hipotecaria, en tanto que el objeto primordial de las operaciones pueda ser vender la unidad productiva. Un conjunto de bienes formaran parte de una unidad productiva siempre que, pudiendo ser destinados a una actividad empresarial, su venta conjunta tenga mayor valor que su venta individual, por lo que no es imprescindible para hacer esta valoración que continúe efectivamente la actividad productiva, bastará que sea posible reanudarla.

<sup>227</sup> La L.C. señala, en su Exposición de Motivos, que uno de sus objetivos ha sido el de acabar con la dispersión procesal hasta entonces existente derivada del reconocimiento legal del derecho de separación a los acreedores con privilegio especial, singularmente los acreedores con garantía de hipoteca sobre bienes inmuebles. Reflejo de esta finalidad estructural del procedimiento de concurso es la competencia exclusiva y excluyente del juez de lo Mercantil que lo conozca (artículo 8 Ley Concursal); el llamamiento que a todos los acreedores implica la apertura del procedimiento (artículo 21); la integración de todos los acreedores en el proceso de concurso (artículo 49) y, sobre todo, la no iniciación de ejecuciones y apremios singulares, judiciales o extrajudiciales, con posterioridad a la apertura del concurso así como la paralización de los ya iniciados (artículo 55).

<sup>228</sup> LA RDGRN de 6 de junio de 2009 (BOE 20 de julio de 2009) deja claro este criterio, mucho más sensato que el que parecía haber establecido la R. de 21 de noviembre de 2000 (BOE 9 de enero 2001).

<sup>229</sup> Para los que estén sujetos a la nueva redacción de los puntos 2 y 5 del art. 56 de la L.C., llevada a cabo por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, el nuevo texto establece la suspensión de los procedimientos iniciados antes del concurso de forma incondicional. De este modo resultando la situación de concurso no podrá el Registrador acceder a la práctica de operación alguna hasta que conste la no afección de los bienes a la actividad del concursado en los términos que establece dicho precepto.

practicar la nota marginal; la denegará siempre que, con posterioridad a la hipoteca, conste anotada preventivamente la declaración de concurso del deudor. El origen de esta obligación legal está en la STC191/2011<sup>230</sup>, siendo la primera sentencia del TC en materia concursal, referida a un tema muy delicado en el periodo de crisis en el que se encuentra la sociedad española, las ejecuciones de viviendas hipotecadas en el seno del concurso de acreedores.

Si consta también anotada la declaración del juez del concurso de que el bien está afecto a la actividad empresarial de la entidad concursada denegará la certificación por esta razón y si no consta esta última anotación sino solo la primera, también la denegará, solicitando del Juzgado de Primera Instancia se aclare la posibilidad de continuar adelante con la ejecución ( ya sea porque no hay declaración del juez del concurso de que el inmueble sea afecto a la actividad empresarial o por cualquier otra causa).

El criterio anterior parece más sensato que el establecido la RDGRN de 21 de noviembre de 2000<sup>231</sup> estimando el recurso interpuesto contra la denegación por el Registrador de expedición de una certificación de dominio y cargas para un procedimiento de apremio administrativo porque la sociedad había sido declarada en situación de quiebra. La DGRN entendía que el Registrador debe limitarse a comprobar el interés legítimo del solicitante, que, efectivamente, es indudable, y vetaba la capacidad del Registrador de valorar la legalidad de otras

---

<sup>230</sup> Vid. STC 191/2011, de 12 de diciembre. La sentencia en resumen, admite el amparo solicitado por los recurrentes estimando que la actuación del JPI n.º 32 de Madrid, en el procedimiento de ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles que se estaba llevando a cabo en dicho Juzgado, supuso una violación del derecho a la tutela judicial efectiva que se establece en el art. 24.1 CE, ya que continuó el proceso de ejecución convocando la subasta para la enajenación de los bienes, y tras declararse desierta esta, adjudicó los bienes a la entidad ejecutante, ordenando el lanzamiento de los ocupantes de las fincas, y argumentando su decisión en que los bienes objeto del presente litigio no pertenecían al concursado, desoyendo al Juez del Concurso (Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid) que había declarado y comunicado al JPI que dichos bienes pertenecían al deudor concursado y que se encontraban afectos a su actividad empresarial. Tampoco atendió a la resolución de la Audiencia Provincial que declaraba la competencia del Juez del concurso para decidir si los inmuebles estaban o no afectos a la actividad empresarial de la concursada. El TC declara nulos los autos de lanzamiento y ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la convocatoria de la subasta.

<sup>231</sup> BOE 9 de enero 2001.

actuaciones del procedimiento judicial que tienen sus propios cauces al margen de la actuación registral.

Lo cierto es que no resulta correcto este planteamiento de compartimentos estancos entre la actuación registral y la judicial, cuando deben ser actuaciones que deben tender a complementarse, ya que están llamadas a convivir en la resolución del procedimiento ejecutivo.

### **3.2. FINALIDADES DE LA CERTIFICACIÓN.**

La finalidad de la certificación, proporcionando información sobre distintos aspectos, deben ser analizados uno por uno:

- Sobre la existencia de un tercer poseedor, que habrá de ser requerido de pago. Aunque posteriormente se hará referencia con más detenimiento a la figura del tercer poseedor, simplemente señalar que si ha inscrito su derecho antes de que el acreedor inicie el procedimiento de ejecución, va a tener un determinado tipo de intervención en el procedimiento. Cual es esta intervención, su naturaleza y alcance es lo que se tratará más adelante. Si ha adquirido la finca una vez que se haya iniciado el procedimiento, su intervención será distinta dependiendo de que decida personarse o no y normalmente más limitada, lo que vendrá determinado por el momento procesal de la personación.

- Sobre la existencia de cargas posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ejecuta, ya que sus titulares pueden subrogarse en el crédito del ejecutante y tendrían derecho, en su caso, a percibir el remanente.

- Sobre las cargas de la finca, tanto las anteriores a la hipoteca, que deberán subsistir, como las posteriores que deberán ser canceladas.

La importancia de este documento en la ejecución hipotecaria es tal que su omisión podría tener graves consecuencias, como falta de requerimiento de pago a un tercer poseedor o falta de notificación a titulares de cargas posteriores. Esto

podría suponer un grave obstáculo para cancelar los asientos o impedir la inscripción del decreto de adjudicación, como parece resultar de los arts. 133. y 134 LH. Tal decreto solo podría inscribirse si en el momento de la presentación del testimonio en el Registro no existieran asientos vigentes posteriores al de la hipoteca ejecutada, ya que de existir no podrían ser cancelados al no haberse librado la preceptiva certificación, practicados los requerimientos y las notificaciones que fueren pertinentes<sup>232</sup>.

### **3.3. EFECTOS DE LA NOTA MARGINAL.**

Lo primero y más destacado de la nota marginal es que no es equiparable a las anotaciones preventivas, es decir que no le es aplicable su plazo de caducidad de 4 años establecido en la LH y no lo es porque su naturaleza es diferente:

- La anotaciones preventivas<sup>233</sup> tienen naturaleza cautelar.

---

<sup>232</sup> Vid. RIVAS TORRALBA, R. Aspectos registrales del proceso de..., ob. cit. págs. 546 y 547.

<sup>233</sup> Cfr. BALAREZO FORTINI, J.R. Efectos frente a terceros de las anotaciones preventivas emanadas de mandamientos judiciales [www.derecho.uspm.es](http://www.derecho.uspm.es) (consultada el 1 de setiembre de 2015) considera que, tanto el RH, especialmente a partir del artículo 79° y siguientes, como el CC, en sus artículos 2019 y 2020, permiten distinguir entre los asientos de inscripción y los de anotación preventiva, como dos tipos diferentes de asientos que se practican en el Registro con eficacia y técnica propia. Citando a Pardo Márquez, B. se refiere al asiento de inscripción, como aquel que alude a la extensión de un asiento que, por su naturaleza, es principal, permanente y definitivo. Por su parte, refiriéndose a las anotaciones preventivas, cita a Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, que señalan que son asientos de vigencia temporal limitada, con efectos menos amplios que los de las inscripciones y tendentes a enervar la eficacia de la fe pública registral que, en otros casos, se produciría en favor de terceros adquirentes. Agregan, estos autores, que el objeto de las anotaciones preventivas son derechos y situaciones jurídicas que no son directamente inscribibles, bien por no constituir verdaderos y genuinos derechos reales, o bien porque son situaciones puramente transitorias. Puede decirse, afirman, que son pre-inscripciones que publican la existencia de un derecho en vías de inscripción, pero todavía no inscrito, o asientos de contradicción, pues publican una eventual y futura rectificación del Registro o asientos que dotan a determinados créditos de garantías y de preferencia frente a otros. Del mismo modo, Rubén Guevara Manrique, remitiéndose al significado de la palabra preventivo, establece que anotación preventiva es el asiento provisional que se hace en los Registros Públicos, para asegurar el cumplimiento de los fallos judiciales o la eficacia de cualquier derecho real que aún no puede ser inscrito en forma definitiva. A la luz de estas enunciaciones doctrinales podemos afirmar que son

- Las notas marginales<sup>234</sup> son exigencias del procedimiento (concretamente a los que se refiere el art. 688 LEC.)

La doctrina de la DGRN coincide en este punto, considerando ambos como supuestos completamente diferentes<sup>235</sup>.

Por tanto, la duración de la nota será indefinida, sólo podrá cancelarse cuando lo ordene el Tribunal que pidió la certificación o cuando se cancele la anotación a cuyo margen se extiende<sup>236</sup>. Esa duración indefinida genera más de un problema en la tramitación de ejecuciones hipotecarias porque, en muchas de ellas se produce la calificación negativa del Registrador en cuanto al mandamiento de

---

dos las diferencias sustanciales entre ambos asientos. La primera se refiere a su duración. Así, mientras el asiento de inscripción tiene una duración indefinida, la anotación preventiva tiene por regla general su caducidad. La segunda diferencia, se refiere a la naturaleza de los derechos que publicita. Así, el asiento de inscripción publicita derechos reales o gravámenes de carácter real y sólo excepcionalmente derechos personales.

<sup>234</sup> TABOADA ROCA, M. Revista Hidalguía n.º 44. 1961 dice textualmente, “*la nota marginal, como su propio nombre indica, es un asiento puesto al margen de la inscripción, generalmente para constatar algún hecho de influencia en la inscripción a que se refiere, o para facilitar la buena marcha de la Oficina*”.

<sup>235</sup> La RDGRN de 24 de septiembre de 2011 (BOE 22 de octubre) declara que no pueden equipararse la nota marginal con la anotación preventiva de embargo, no pudiendo aplicarse la caducidad de cuatro años de ésta última a la primera.” *La nota marginal en el procedimiento de ejecución hipotecaria cumple funciones de publicidad y notificación respecto de titulares posteriores a la misma y, además, permite la cancelación de los asientos posteriores a dicha nota sin necesidad de que conste que los titulares de éstos han sido notificados. Iniciada la ejecución hipotecaria, el hecho de que hayan transcurrido varios años desde la práctica de la nota marginal de expedición de dominio y cargas no significa que no se haya desenvuelto íntegramente el procedimiento de ejecución hipotecaria con la correspondiente adjudicación. En este caso, aunque no hubiera tenido su reflejo registral no por ello quedaría excluida su validez ni habría de rechazar inexcusablemente la inscripción del remate (cfr. Resolución de 22 de junio de 1995). No cabe equiparar esa nota marginal con la anotación preventiva de embargo y no se puede aplicar la caducidad de cuatro años de esta última, al tratarse de supuestos completamente diferentes, en tanto que la primera origina un asiento de carácter cautelar y sometido, por tanto, a un determinado plazo de caducidad, y la segunda tiene una significación de exigencia procedimental, tendente a acreditar los extremos concretos a los que se refiere el apartado 1 del artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1998)”.*

<sup>236</sup> RODRÍGUEZ PARADA, A.I. Registro de la Propiedad y proceso de ejecución “Cuadernos digitales de formación”, número 19/29. Madrid, CGPJ, página 289.

cancelación de cargas al subsistir vigentes notas marginales ordenadas en otros procedimientos de ejecución hipotecaria que no han sido canceladas.

Siguiendo a Rivas Torralba <sup>237</sup>, la nota marginal de la certificación de titularidad y de cargas produce los siguientes efectos:

1) Sirve de notificación para todos aquellos que inscriban su derecho con posterioridad a la misma (art. 132.2.º LH). Así, después de que ésta sea extendida, nadie podrá alegar desconocer la ejecución ni falta de notificación por lo que no podrá instar nulidad de actuaciones.

2) Opera como una condición resolutoria determinando la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de la hipoteca<sup>238</sup>.

3) Los arts. 688.2 LEC y 131 LH determinan que su cancelación debe ser realizada por mandamiento judicial, es decir que no puede el registrador cancelar la hipoteca por razones distintas de la propia ejecución. También la DGRN en su Resolución de 4 de marzo de 2010<sup>239</sup> establece que esta nota marginal se trata de un asiento que está bajo la salvaguarda de los Tribunales. Por ello, será necesario para su cancelación, que se expida mandamiento de cancelación por el Secretario judicial.

En este punto, sería interesante analizar el contenido del art. 688.2 LEC, en el sentido de considerar que el precepto parece taxativo <sup>240</sup>pero la realidad es otra, ya que la nota podría cancelarse por otras causas. Este sería el caso de ejecución de una carga preferente, por ejemplo, pero también por sentencia firme<sup>241</sup>, o de

---

<sup>237</sup> Rivas Torralba, Rafael. Aspectos registrales..., ob. cit, págs. 548 a 552.

<sup>238</sup> No se produce el cierre registral; la nota solo informa a posteriores adquirentes sobre la existencia del proceso de ejecución, vid. RDGRN de 27 de noviembre de 1961 (BOE 3 de enero de 1962)

<sup>239</sup> BOE de 5 de abril

<sup>240</sup> *“En tanto no se cancele por mandamiento del Secretario judicial dicha nota marginal, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución”.*

<sup>241</sup> Vid. AAP CORDOBA, Sección 3.º, 27 de julio de 2006, En este caso, por sentencia se había declarado la extinción de una hipoteca, pero no se podía obtener la cancelación de la misma porque, con anterioridad, se había iniciado el procedimiento judicial de ejecución de la hipoteca,

una sentencia firme que decretara la nulidad de una escritura de hipoteca u ordenara su inscripción.

Y finalmente, es interesante hacerse la pregunta siguiente: ¿cabría cancelar la nota por caducidad de la acción hipotecaria? Primero habría que preguntarse si se está ante un plazo de prescripción o de caducidad. La RDGRN de 15 de febrero de 2010<sup>242</sup> entiende que es un plazo de prescripción y debe contarse desde el vencimiento total de la obligación, mientras que la Resolución de 15 de febrero de 2006<sup>243</sup> se refiere a la caducidad de la anotación preventiva de embargo, por supuesto en una ejecución ordinaria. Aquí estaría la diferencia: la nota marginal prescribe y la anotación preventiva caduca. Veinte años para la primera y cuatro para la segunda.

4) Mientras subsista la nota, no puede librarse una nueva certificación de cargas para otro proceso de ejecución. En términos generales la afirmación es cierta,

---

por lo que existía nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas. La Audiencia de Córdoba entendió que el órgano judicial ejecutor tenía competencia para expedir el mandamiento de cancelación de la nota marginal (art. 84 LH), ya que en la ejecución de una sentencia, el Tribunal sentenciador debe remover todos los obstáculos que impidan o dificulten el cumplimiento de lo resuelto (arts. 522.2 y 545.1). Así el órgano judicial que dictó la sentencia podrá dirigir exhorto al juzgado que ejecuta la hipoteca para que éste, en base al testimonio de la sentencia dictada, pueda expedir el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas.

<sup>242</sup> BOE 17 de mayo. Se deniega la cancelación de una hipoteca solicitada según el art. 82 LH, por no haber transcurrido los 20 años de prescripción de la acción hipotecaria de los arts. 1964 C.c. y 128 LH, a los que el art. 82 LH añade un año más; porque, aunque se trata de garantía de unas obligaciones que vencían hace más de 20 años, se pactaba que se entendería, «si no exigen los tenedores de las mismas el reembolso o pago, y hasta que lo exijan, prorrogadas las obligaciones de pagar de año en año, en un máximo de diez años», y el plazo debe contarse desde la finalización de esa prórroga.

<sup>243</sup> BOE 24 de marzo. Los hechos son los siguientes: el 22 de mayo de 2000 se toma anotación preventiva de embargo. El 21 de septiembre de 2004 se cancela por caducidad al tiempo de despachar una escritura de venta de la finca como marca el artículo 353 del Reglamento Hipotecario. El 19 de octubre de 2004 se presenta mandamiento de prórroga. La DGRN confirma lógicamente la calificación, pues el artículo 86 de la Ley Hipotecaria determina que las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, *caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma*, salvo aquéllas que tengan señalado en la ley un plazo más breve, pudiendo prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que *el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes* de que caduque el asiento. En este caso no cabe prórroga, pues, al presentarse el mandamiento, ya había caducado el asiento.

pero no hay que olvidar la posibilidad que analizaba con anterioridad de acumular dos procesos de ejecución hipotecaria.

5) Desde el momento en que consta en el Registro el comienzo de la ejecución, no podrá inscribirse ningún acto o negocio que pueda afectar a la ejecución, sin conocimiento del Tribunal que conoce de la misma. O, más bien, podría inscribirse pero dando cuenta al Tribunal. Puede considerarse ésta última opción más acertada que la calificación negativa.

Por tanto, qué ocurriría si no se expidiera la certificación de dominio y cargas, pues que no se produciría ninguno de los efectos vistos con anterioridad, el órgano ejecutor no tendría la información suficiente sobre la subsistencia de la hipoteca, la existencia de un tercer poseedor, la de cargas posteriores a la inscripción de la hipoteca, los datos de la finca, las cargas anteriores, que subsisten y las posteriores que deberán ser canceladas. Y la pregunta sería, ¿sin toda esa información es posible la ejecución? La respuesta debe ser negativa. Además, las consecuencias de tal omisión serían tremendas, piénsese en la falta de requerimiento de pago a un tercer poseedor o la falta de notificación a titulares de cargas posteriores, y esto tendría consecuencias como impedir la cancelación de los asientos posteriores e incluso impedir la inscripción del decreto de adjudicación<sup>244</sup>. De hecho, la RDGRN de 20 de diciembre de 2010<sup>245</sup> considera la certificación de cargas como un trámite esencial del procedimiento, ya que estamos ante un documento que aporta datos fundamentales para la ejecución, que deben ser calificados por el Registrador (las propias normas procesales así lo prevén, como son los arts. 656,659, 688 y 689 LEC). La conclusión debe ser que la omisión del mismo siempre impedirá la inscripción del decreto de adjudicación.

Entiende Rivas Torralba<sup>246</sup>, sin que otros autores contemplen esta posibilidad, que podría existir un caso en que no habiéndose librado certificación pudiera

---

<sup>244</sup> Vid. MONTERO AROCA, J. (Las ejecuciones..., ob. cit., pág. 653) considera que la omisión de este documento debe tener como consecuencia la nulidad de actuaciones.

<sup>245</sup> BOE 21 de febrero de 2011.

<sup>246</sup> Aspectos registrales..., ob. cit. pág. 547.



inscribirse el decreto, y es cuando al momento de presentarlo al Registro no existan asientos vigentes posteriores al de la hipoteca ejecutada, porque no debería cancelarse ningún asiento y por tanto no se ha desarrollado el procedimiento de ejecución dejando de practicar los requerimientos y notificaciones que debían haberse realizado en caso de haber existido tales asientos posteriores. Podría, por tanto, llevarse a cabo el procedimiento de ejecución hipotecaria totalmente a espaldas del Registro y ser finalmente inscribible en el caso anterior. Lo que ocurre es que el riesgo de nulidad de todas las actuaciones judiciales llevadas a cabo es importantísimo, por lo que nunca procedería la continuación de una ejecución hipotecaria sin la expedición de la certificación de dominio y cargas. Otra cosa es que el error sea apreciado, por la razón que sea, una vez tramitado todo el procedimiento. Evidentemente se deberá intentar evitar la nulidad expidiendo mandamiento junto con testimonio del decreto y cruzar los dedos para que no existan inscripciones posteriores.



## 4. COMUNICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

La iniciación del proceso de ejecución especial puede exigir la realización de tres tipos de notificaciones<sup>247</sup>, de comunicación de la existencia del proceso a tres titulares de situaciones jurídicas o derechos, que son terceros, por tanto, no parte en el procedimiento pero si interesados en la ejecución ya que ésta puede afectar a sus derechos<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> El art. 686 LEC no contiene ninguna indicación acerca de cómo debe efectuarse el requerimiento de pago en el seno del proceso de ejecución hipotecaria. Por su parte, art. 152 LEC, referido con carácter general a la forma de los actos de comunicación, determina que éstos se realizaran bajo la dirección del Secretario Judicial, que será el responsable de la adecuada organización del servicio y se ejecutaran por los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial o por el Procurador de la parte que así lo solicite, a su costa. Asimismo, el precepto fija las formas en que se efectuaran las notificaciones, si bien, con una clara intención de estimular la que se produce a través del Procurador y personalmente a las partes interesadas. En todo caso, el requerimiento judicial de pago prioritariamente ha de ser personal, con entrega al deudor de una copia de la demanda, documentos y resolución por la que se despacha ejecución; en su defecto, sirve el realizado a través de las personas mencionadas en el art. 686 y, en último término, el edictal.

Cfr. MONTERO AROCA, J, considera que la validez del acto de comunicación no depende de que por medio del mismo el interesado haya obtenido conocimiento real de la resolución judicial, sino de que se haya practicado con arreglo a lo dispuesto en la ley, Tratado de las ejecuciones hipotecarias. Ed. Tirant lo Blanch, 2012. pág. 721. MONTSERRAT VALERO, A., alega que a la ejecución hipotecaria son de aplicación las normas del procedimiento ejecutivo y las normas generales sobre actos de comunicación judicial. Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000, Ed. Cuadernos Civitas, 2002. pág. 54 y ss.

<sup>248</sup> La RDGRN de 6 de noviembre de 1933 definió como interesados a aquellos que al tiempo de extenderse la nota marginal de haberse incoado las actuaciones, tengan derecho inscrito o asegurado por un asiento que contradiga la ejecución o haya de quedar extinguido por la misma.

Independientemente de las categorías de terceros que pueden diferenciarse<sup>249</sup>, según sean titulares de derechos preferentes o no preferentes, son terceros interesados en la ejecución, y por tanto debe ser comunicada la existencia de la misma:

1.<sup>a</sup>) A los acreedores posteriores: Por el propio registrador se hará la notificación de la existencia del proceso a los titulares de cargas o derechos reales no preferentes a la hipoteca por la que se ejecuta el bien, que accedieron al Registro con anterioridad a la nota marginal y que, por tanto, figuran en la certificación registral (arts. 689.2, 659 y 660 LEC). La notificación no debe hacerse ni a los titulares de carga o derecho real preferente sobre el bien hipotecado que se ejecuta, ni a los que tengan acceso al Registro después de la certificación y nota marginal. Se notifica a los titulares de derechos inscritos o anotados que deben ser cancelados cuando termine la ejecución, y la notificación persigue que tengan la posibilidad de satisfacer el importe del crédito, intereses y costas asegurados con la hipoteca; quedando subrogados en los derechos del ejecutante.

2.<sup>a</sup>) Tercer poseedor: Por el Juzgado, y según el art. 689.1 LEC, si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerida de pago ni notarial ni judicialmente, se le notificará la existencia del procedimiento para que pueda intervenir en la ejecución o satisfacer el importe del crédito, intereses y costas en

---

<sup>249</sup> MARTIN DIZ, F. La ejecución de la garantía hipotecaria...ob. cit. pág. 259. distingue dos tipos de tercero frente al proceso de ejecución hipotecaria, según sean titulares de derechos preferentes o no preferentes en línea con lo establecido en la propia LEC y alude a los terceros cuyo acceso al Registro se ha producido antes de la inscripción de la hipoteca que se ejecuta, con anterioridad a la certificación de cargas exigida, y aquellos otros cuyas titularidades han accedido al Registro después de la emisión de la certificación de cargas. Por su parte, RAMOS MÉNDEZ, F., distingue cinco posibles situaciones en que puede encontrarse un tercero que no litigue respecto a un juicio pendiente, que van desde ser completamente ajeno e indiferente a lo sustanciado en ese juicio, a ser el titular de alguna relación jurídica o situación conexas y dependiente de la disputada en juicio, pasando por las situaciones de mero interés en el resultado del juicio, disponer de una pretensión absolutamente incompatible con la discutida, o ser cotitular del derecho discutido y por ello afectado por los efectos de la sentencia. En casi todos los casos, su situación exige la posibilidad de defensa de sus intereses tomando parte en el proceso, es decir, interviniendo y, una vez que se ha intervenido, habría que considerarlo parte a los efectos procesales. Enjuiciamiento civil, Tomo II, Bosch Editor Barcelona, 1997, págs. 89 y 90.

la parte que esté asegurada con la hipoteca. Si el tercer poseedor, antes de la incoación del proceso de ejecución, ha acreditado al acreedor la adquisición del bien, debe ser parte, dirigiéndose contra él la demanda y el despacho de la ejecución. Por el contrario, si el tercer poseedor no ha acreditado la adquisición al acreedor, pero ha inscrito su título en el Registro y aparece en la certificación registral, debe ser notificado de la existencia del proceso y, si le conviene, puede intervenir en la ejecución, esto es, puede constituirse como parte.

Posteriormente se hará un estudio más pormenorizado de esta figura.

3.<sup>a</sup>) Arrendatarios y ocupantes de hecho: Después de una compleja evolución relativa a la extinción o no de los arrendamientos sobre la finca hipotecada con el remate de la misma<sup>250</sup>, el art. 661LEC pretende facilitar la solución, a cuyo efecto previene que cuando de cualquier manera conste en el procedimiento la existencia e identidad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble hipotecado, se les notificará la existencia de la ejecución, lo que hará el Juzgado. Esta norma está ubicada en la ejecución sobre bienes inmuebles, pero lo mismo que el art. 675LEC es aplicable en el proceso especial de ejecución hipotecaria.

El art. 689 LEC regula la comunicación o notificación del procedimiento, sin ser taxativo sobre quién es el encargado de hacer esa comunicación o notificación:

---

<sup>250</sup> El art. 29 de la L.A.U., dispone que «*el adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*». RODRIGUEZ CEPEDA, E. Ataques legislativos a la eficacia de la hipoteca. Economía de la vivienda en España. N.º 867 [www.revistas.ice.com](http://www.revistas.ice.com) (consultado el 19 de agosto de 2015) analiza este precepto y su posible aplicación a las enajenaciones forzosas considerando que se puede entender que este precepto solo se aplica a las enajenaciones voluntarias; en las forzosas resulta de aplicación la regla de derecho común contenida en el art. 1.571 del C.C., de forma que el adquirente puede optar entre respetar el arrendamiento en los términos anteriormente pactados o pedir su extinción. Desde luego esto último solo podrá hacerlo si el arrendamiento no está inscrito pues si lo estuviera el propio Código Civil deja a salvo lo establecido en la Ley Hipotecaria, de forma que el arrendamiento se impondría a dicho adquirente en los términos de la inscripción registral. O inclinarse por su aplicación a cualesquiera enajenaciones, incluidas las efectuadas en una ejecución hipotecaria. Menciona a Pau Pedrón, el cual sostiene una posición intermedia: dice que «el precepto no distingue, no habla de «adquirente voluntario», y por tanto no hay base para distinguir.

El Juzgado o el Registro. Si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca. Cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 659.

La falta de taxatividad de la ley parece zanjarse por la RDGRN de 23 de julio de 2011<sup>251</sup> que afirma que la notificación al tercer poseedor debe ser realizada por el Registrador en la forma descrita por el art. 659 LEC. No deja de sorprender este criterio a los que mantenían una posición favorable a la notificación judicial<sup>252</sup> sobre todo porque la notificación es uno de los elementos sujetos a la calificación registral, por tanto el Registrador se califica su propio acto de notificación.

Pero incluso hay quien ha mantenido el criterio de que se debían realizar ambas notificaciones; la judicial y la registral,<sup>253</sup> basando esta postura en el art. 689.1 y 2 LEC: el tercer poseedor debe ser notificado por el tribunal según el art 689.1 y es titular de un derecho real como es el dominio por lo que está incluido en el art. 689.2 LEC, que se refiere a las personas a las que el registrador ha de dirigir sus comunicaciones. No es lógico que se exija una duplicidad de notificaciones, siendo además distintas las consecuencias de su omisión, la de la notificación judicial podría producir la nulidad de actuaciones y la omisión de la notificación

---

<sup>251</sup> BOE 29 de septiembre

<sup>252</sup> RIVAS TORRALBA R. (Aspectos Registrales del nuevo proceso de ejecución, CER, 2001, pág. 174-176); CARBONELL LLORENS. C. (La ejecución hipotecaria: presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales, estudios de Derecho Judicial, CGPJ, n.º 31-2000, pág. 310.

<sup>253</sup> SIFRE PUIG, R. (Reformas operadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en materias relacionadas con el registro de la Propiedad de Inmuebles, BCRE, n.º 67, enero 2001, pág. 53) o GARCÍA GARCÍA, J. M. ¿Quién debe notificar al tercer poseedor en la ejecución hipotecaria? ¿el Juez o el Registrador? n.º 291, primera quincena diciembre 2000, págs. 11 y ss.

regstral no tendría ningún efecto, siempre que la notificación judicial se hubiere hecho, luego, una vez realizada la notificación judicial ¿para qué hacer la regstral?

En la práctica, se ha consolidado una interpretación del art. 689.1 LEC que considera que este precepto obliga al Registrador a notificar a todos los titulares posteriores a la hipoteca que está siendo ejecutada, debiendo incluirse a los titulares de dominio y a los de cargas, ya que todos ellos están amenazados de cancelación. Siguiendo con esta idea, si el tercer poseedor es titular de un asiento posterior al ser titular del dominio del inmueble hipotecado, el Registrador debe comunicarle la ejecución, lo que equivale a requerimiento (el trámite de requerimiento judicial de pago quedaría cumplimentado con la comunicación regstral). Carecería de sentido tal comunicación si el tercer poseedor hubiera sido demandado también por conocer el acreedor su existencia, porque en el procedimiento judicial ya se la habría requerido de pago junto con el deudor<sup>254</sup>. El análisis del art. 225 RH, que se puede entender compatible con la LEC, y por tanto no derogado por la misma, lleva a incluir como destinatario de la notificación a todo aquel anotante posterior a la inscripción de la hipoteca cuyos derechos se verán extinguidos con la realización del crédito hipotecario. Así mismo, en el supuesto de asiento de presentación que sea posterior al título que se está ejecutando, está claro que es un derecho a todos los efectos, así lo ha reconocido el TC<sup>255</sup>, de tal manera que constando en la certificación de cargas será necesaria la notificación.

De conformidad con el art. 659 LEC, debe comunicarse al titular de ese asiento de presentación la existencia del procedimiento ejecutivo. En el mismo sentido lo disponen los arts. 225 y 226.2 RH, al referirse a la regla 5 del art. 131 LH.

---

<sup>254</sup> Cfr. la RDGRN de 4 de marzo de 1999 (BOE 31 de marzo 1999).

<sup>255</sup> Cfr. S. TC 6/2008, de 21 de enero de 2008. La demandante de amparo es titular de un derecho que figura inscrito en la certificación de cargas, que aparece en un asiento posterior a la hipoteca que se está ejecutando. De modo que, de conformidad con el art. 659 LEC 2000, a la demandante de amparo debía comunicarse la existencia del procedimiento ejecutivo. En el mismo sentido lo disponen los arts. 225 y 226.2 RH, al referirse a la regla 5 del art. 131 LH. De modo que en este caso era necesaria la notificación a la demandante de amparo de la existencia del procedimiento ejecutivo, ya que constaba su derecho y se mencionaba en la certificación de cargas.

Efectivamente, el art. 689.2 LEC se remite para la comunicación del procedimiento a los acreedores posteriores a la hipoteca que garantiza el crédito del actor al art. 659 LEC, que dispone en su apartado 1, que el Registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares del derecho que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro. Así pues, se impone la obligación de comunicar la existencia del procedimiento a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al derecho del ejecutante, esto es, no se exige que se trate de derechos inscritos, sino que es suficiente que éstos “aparezcan en asientos posteriores”, por tanto no se requiere que se trate de asientos de inscripción, debiendo incluirse los asientos de presentación.

Tal previsión ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 659.3 LEC 2000, al que remite el art. 689, que, a diferencia de la redacción anterior del art. 131.5 LH, reconoce el derecho de subrogación en los derechos del actor a todos los titulares de los derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta, no sólo a los que figuren en la certificación de cargas.

Debe hacerse siempre una interpretación de la legalidad procesal aplicable acorde al principio *pro actione*<sup>256</sup>, en aras de las exigencias constitucionales de las garantías de defensa de los propios derechos e intereses legítimos.

---

<sup>256</sup> Esta interpretación conforme al principio *pro actione* ya venía avalado por una línea jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con la anterior regulación del procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, según la cual “quien figura como titular de un asiento de presentación de escritura de hipoteca, para dar vida a una inscripción posterior a la de la hipoteca, que provoca la ejecución, tiene derecho conforme al párrafo segundo de la regla 5 del artículo 131 de la Ley hipotecaria, a ser notificado de la existencia del procedimiento a los efectos prevenidos en el párrafo precedente” (STS 997/1995, de 20 de noviembre).

En este sentido, la DGRN, en su Resolución de 24 de agosto de 1981 ha señalado también que, de conformidad con los arts. 225 y 226.2 RH, la notificación de la existencia del procedimiento prevista en el entonces vigente art. 131, regla 5 LH, debe realizarse también a aquel “que tiene presentado un título en el Registro que pueda provocar un asiento de inscripción o anotación, lo que está plenamente justificado, dado que la fecha de estos asientos si se lleva a cabo su práctica es según el art. 24 LH.



La comunicación de la existencia de un procedimiento de ejecución al que en un asiento de presentación aparezca como titular de un hipoteca posterior le permitirá, una vez inscrito su derecho, comparecer en el procedimiento de ejecución a efectos de hacer valer el derecho reconocido en el art. 659.3 LEC. Este precepto debe ponerse, además, en relación con el art.24 LH<sup>257</sup>. Con este análisis, debe entenderse incluidos: a modo de ejemplo, el titular de una hipoteca unilateral incluso no aceptada en ese momento o la anotación preventiva de demanda de nulidad de la hipoteca siempre que sea posterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas (si fuera anterior no entraría dentro de los asientos amenazados de cancelación) aunque sería discutible esto último porque la anotación preventiva de demanda no determina por sí misma la existencia de un derecho sino la pendencia de un litigio.

En cualquier caso la notificación no debería realizarse si el asiento caduca antes de la celebración de la subasta o se cancela por caducidad la anotación de embargo.

Pero al tiempo excluye, no debiendo ser notificados, a quienes anoten su derecho con posterioridad a ser extendida la nota marginal, porque la posición de estos acreedores posteriores debe ser garantizada por ellos mismos. Es decir, tienen conocimiento, cuando inscriben su derecho, de la existencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria, por lo que de ellos dependerá la actividad que desplieguen en el procedimiento haciendo valer sus derechos.

Estas notificaciones solo protegen a los titulares de derechos inscritos que no pueden tener conocimiento de la existencia del procedimiento ejecutivo, al iniciarse con posterioridad a la inscripción de los mismos.

---

<sup>257</sup> Que establece que “se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma”, de modo que es la fecha del asiento de presentación, no la de la inscripción definitiva, la que se tiene en cuenta a la hora de determinar los efectos de la inscripción.

#### 4.1. ESPECIAL ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE TERCER POSEEDOR.

El art. 662 LEC se refiere al tercer poseedor<sup>258</sup>. Como se ha visto en el apartado anterior, a todos los titulares de cargas o derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca les debe notificar el Registrador en el momento en que libra la certificación de dominio y cargas, por imperativo de los arts. 689.2 y 659 LEC<sup>259</sup>, y así hacerse constar en la propia certificación, por imperativo del art. 660.1 LEC.

El tercer poseedor lo es aunque no tenga su derecho inscrito, posteriormente se hará referencia a las consecuencias de la no inscripción que afectará fundamentalmente a la notificación.

Hay que destacar que la Ley Hipotecaria siempre tuvo una definición incompleta del tercer poseedor. Su definición, fragmentaria, se encontraba en el art. 127 LH, de 1946, al referirse al “comprador” de la finca, indicando seguidamente (en su párrafo tercero, todavía vigente) que también se considerarían terceros poseedores aquéllos a los que se refería el párrafo segundo del art. 134 LH, que se refiere a los adquirentes del usufructo, el dominio útil, la nuda propiedad o el dominio directo de la finca hipotecada.

Tras la reforma del art. 134 LH por la LEC, y la desaparición de estas precisiones, su definición la tenemos que buscar hoy, por remisión, en la regulación del tercer poseedor de cosa embargada en el art. 662 LEC<sup>260</sup>. El tercer poseedor es persona ajena a la constitución de la hipoteca, ajena a la deuda garantizada con la

---

<sup>258</sup> Su apartado 1 establece: “Si antes de que se venda o adjudique en la ejecución un bien inmueble y después de haberse anotado su embargo o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio, pasare aquel bien a poder de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Oficina judicial, lo que se acordará por el Secretario judicial sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores.” Y el 2: “Se considerará, asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el apartado anterior, hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo.”

<sup>259</sup> Según la R. de la DGRN de 12 de diciembre de 2000 (BOE de 22 de diciembre), distinguiendo la misma entre las ejecuciones iniciadas con arreglo a la nueva LEC, para las que aplica este criterio, y las ejecuciones iniciadas antes de la entrada en vigor LEC, con arreglo al derogado art. 131 LH aunque el mandamiento se presentara una vez en vigor la nueva LEC.

<sup>260</sup> En el número 1 y 2 del mencionado artículo.

hipoteca. Es todo adquirente a título singular del dominio pleno, de una cuota indivisa o del usufructo o de la nuda propiedad de la finca hipotecada<sup>261</sup>. En ningún caso es el tercer hipotecario del art. 34 LH<sup>262</sup>, siendo su característica principal, que no participa de la hipoteca ni está obligado al pago de la obligación garantizada.

El término de tercer poseedor siempre me ha llevado a confusión por eso considero más correcto o apropiado el de tercer adquirente, porque es el que adquirió la propiedad del inmueble que hipotecó su transmitente. Esa adquisición puede ser por cualquier título, oneroso, gratuito, por usucapión o en virtud de sentencia (no hay que olvidar que no estamos ante un tercero del art. 34 LH).

El tercer poseedor de finca hipotecada que interesa para este trabajo, es el que adquiere la finca hipotecada precisamente antes de que se inicie el procedimiento de ejecución, pues es a él y no a otro al que se refieren de modo principal tanto las normas LH como las LEC que lo contemplan. El tercer poseedor es siempre un adquirente de la finca hipotecada después de que ésta haya sido hipotecada.

En relación con la figura del tercer poseedor es interesante plantear si tiene tal carácter el cónyuge casado en régimen de gananciales cuando la adquisición se ha realizado por uno sólo de los cónyuges y es el cónyuge adquirente para la

---

<sup>261</sup> Vid. En cuanto a la figura del tercer poseedor es interesante CUMELLA DE GAMINDE, A. Alteraciones en la configuración física de las fincas hipotecadas: consecuencias al ejecutar la hipoteca e inscribir la adjudicación. Art. 112 LH, en Curso sobre Cuestiones procesales y registrales en la Ejecución hipotecaria, CGPJ, Madrid 1999, pág. 209.

<sup>262</sup> Así lo matiza GARCIA GARCIA, J.M. al decir que no es un tercero en el sentido del art. 34 LH, pues aquí resulta indiferente el problema de la buena o mala fe, y lo que si resulta fundamental es que no haya asumido la deuda ya que entonces se trataría de un deudor en sentido estricto, deudor propietario. El procedimiento judicial..., Ob, cit, pág. 124. Por su parte, MONTERO AROCA, J. en la misma línea, asegura que el tercer poseedor no es tercero en el sentido del art. 34 LH, dado que ni siquiera entra en juego si su adquisición se ha producido a título oneroso o gratuito, ni si concurre o no buena fe. El mero hecho de haber adquirido la propiedad del bien hipotecado lo convierte en tercer poseedor y el bien seguirá respondiendo de la deuda hipotecaria. Tratado de las ejecuciones..., Ob. cit, pág. 539.

sociedad de gananciales quien recibe el dinero prestado y constituye hipoteca sobre el bien<sup>263</sup>.

La doctrina del negocio complejo<sup>264</sup> supone aceptar que, al realizarse préstamo hipotecario y adquisición en documentos públicos separados pero con una unidad jurídica sustancial, ya que uno (la adquisición) no podía tener lugar sin el otro (el préstamo y la hipoteca), el bien entra en el patrimonio ganancial ya sometido a la hipoteca (por vía de *deductio*). Pero lo que en ningún caso se admite en esta doctrina es que el cónyuge primero adquiriera con carácter privativo, hipoteque y después el bien entre en el patrimonio ganancial. Así, de un modo excepcional, se acepta que al mismo tiempo que el bien ingresa en el patrimonio ganancial se haga estableciendo sobre el mismo una carga o gravamen que, de otro modo, el cónyuge adquirente no podría realizar, atribuyéndole una suerte

---

<sup>263</sup> En este sentido tener en cuenta las RDGRN de 3 de febrero (BOE 27 de febrero) y 16 de junio de 2014 (BOE 29 de julio), en las que fundamentalmente se plantea si con arreglo a su derecho particular, marroquí en un caso y ruso en otro, rige su régimen económico matrimonial y si el cónyuge adquirente puede constituir simultáneamente hipoteca sobre el bien común que adquiere.

<sup>264</sup> Vid. STS, Sala 1.<sup>a</sup>, 914/2011, de 2 de diciembre, que define el “...contrato complejo, llamado también mixto, como aquel en que su especificidad se halla en la síntesis, que no suma, de diversos elementos, fundidos en la unidad de causa, lo que le da identidad diferenciada. Contrato que se rige, como norma básica, por lo pactado, *lex contractus* que proclama el artículo 1091 del Código civil (sentencia de 18 de noviembre de 1980 relativa a un “contrato complejo de cesión de solar por obra y entrega de cantidad en concepto de precio”), a cuyo contrato se aplica la normativa de los pactos que aún, en lo que se ha dado en llamar teoría de la combinación (sentencia de 23 de octubre de 1981) que, en el fondo, no es otra cosa que volver “al viejo principio de la analogía” (como dice la sentencia de 19 de mayo de 1982).

STS 294/2012 Sala 1.<sup>a</sup> de 18 de mayo también se refiere al negocio complejo en los siguientes términos: “suelen distinguirse entre las figuras que se conciertan en una sola síntesis o unidad contractual, caso de los contratos mixtos o de los denominados contratos complejos en donde confluyen, con mayor o menor atipicidad, elementos que pertenecen a diversos tipos contractuales, y las figuras relativas a una unión o pluralidad de contratos en donde se produce una conexión o ligamen, caso de los denominados contratos coligados, que representan la unión de contratos distintos, pero queridos globalmente por las partes ya como un todo, o bien en una relación de mutua dependencia; dando lugar a contratos recíprocos, a contratos subordinados o, en su caso, a contratos alternativos. Lo común o característico de estos contratos es que cuando la voluntad concorde de las partes, o la unidad del interés o función negocial que se articula en los diferentes contratos así lo exija, el fenómeno en su conjunto debe ser considerado como una unidad jurídicamente orgánica y, por lo tanto, interrelacionada, de suerte que hay que calificar el contenido esencial del marco contractual a los efectos de aplicar las principales consecuencias jurídicas que puedan derivarse: incumplimiento, resolución, nulidad, etc.”.

de disposición excepcional sobre bienes que se adquieren con carácter ganancial y están gravados, puesto que tampoco se trata de que hipoteque un bien ajeno y después lo adquiriera hipotecado. El cónyuge del adquirente no aparece para el acreedor hipotecario después de la constitución del gravamen sino al mismo tiempo; el conocimiento de su existencia se lo da la propia escritura de constitución de la hipoteca. En todo caso, el cónyuge del adquirente no tiene el carácter de tercer poseedor y se acredita su existencia y conocimiento por el acreedor al mismo tiempo que se constituye el gravamen.

Por otra parte, es tercer poseedor también el que adquiere la finca en la enajenación judicial derivada de la ejecución de una hipoteca posterior, al ejecutar la hipoteca anterior, porque el rematante tiene la obligación de soportar la ejecución forzosa para hacer efectivos los créditos preferentes, por eso el rematante de la ejecución hipotecaria posterior no se convierte en deudor de la ejecución hipotecaria anterior. Consecuencia de ello, es que su condición de tercer poseedor le impide no solo intervenir como postor en la subasta, sino también como cesionario en una hipotética cesión de remate.

La anterior LEC, permitía hablar de una subrogación judicial en la deuda, subrogación no admitida en la actualidad, por lo que no puede considerarse como deudor al tercer poseedor que haya adquirido la titularidad de la finca como rematante en la ejecución de una hipoteca posterior. Por ende, tampoco podrá ser cesionario. La cesión debe ser a tercero y el deudor, sin duda, no lo es.

La ley no exige que el tercer poseedor tenga inscrito su derecho, aunque sería aconsejable hacerlo, porque su protección y posibilidades de defensa aumentan ostensiblemente. Así, se pueden diferenciar tres supuestos:

a) el tercer poseedor que inscribe antes de la interposición de la demanda ejecutiva;

b) el tercer poseedor que inscribe después de la interposición de la demanda ejecutiva pero antes de la expedición de la certificación de cargas

c) el tercer poseedor que inscribe después de la expedición de la certificación de dominio y cargas.

En todos ellos hay que introducir una importante matización: puede tratarse de un tercer poseedor que haya adquirido antes de la interposición de la demanda ejecutiva y, además, haya acreditado al acreedor su adquisición.

Comenzando por el último: *En el caso del tercer poseedor que haya inscrito después de la expedición de la certificación de dominio y cargas* (art. 688 LEC). El Registrador hará constar la expedición de la certificación por nota marginal. La función de esa nota fue definida en la RDGRN de 24 de agosto de 1981 que señaló 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 notificación a los efectos procesales oportunos, entre los cuales se encuentra el de poder intervenir en la subasta*”, resolución mencionada por la STC 6/2008 de 21 de enero<sup>265</sup>.

La LEC derogó el art. 134 LH y su tratamiento procesal se encuentra ahora en el art. 662 LEC. Este tercer poseedor, acreditando la inscripción de su título, podrá comparecer en el proceso, la LEC solamente señala que se entenderán con él las diligencias ulteriores al momento en que comparezca en el Juzgado, por lo que podrá, en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien (art. 662.3 LEC); podrá instar la celebración de la subasta (art. 691.1 LEC), presentar tercero que mejore la postura y promover (698.1 LEC) el declarativo ordinario contra lo actuado en el proceso.

---

<sup>265</sup> Que literalmente manifiesta lo siguiente: “*En definitiva, los titulares de asientos de presentación son titulares registrales a todos los efectos y se les deben hacer las notificaciones se conviertan o no en anotaciones e inscripciones definitivas (RDGRN de 24 de agosto de 1981; STS de 20 de noviembre de 1995)*”.

El segundo supuesto que debe analizarse es el del tercer poseedor que inscribe su adquisición con posterioridad al inicio del proceso de ejecución directa de bienes hipotecados y sin que haya acreditado al acreedor su eventual adquisición anterior. Este tercer poseedor intermedio (puesto que surge después de la interposición de la demanda ejecutiva y antes de la expedición de la certificación de dominio y cargas) debe ser notificado de la existencia del procedimiento, como ordena la LEC. Ahora bien, ¿Cuál es su posición procesal?

En primer lugar, debe ponerse de manifiesto una sutil variación entre la regla quinta del art. 131 LH y el art. 689.1 LEC. Mientras aquél hablaba de que la notificación se haría a fin de que pudiera “*intervenir en la subasta*”, ahora dispone que podrá “*intervenir en la ejecución*”, si bien, acto seguido, nos señala que lo hará “*conforme a lo dispuesto en el artículo 662 LEC*”. Por tanto cabe deducir que conforme a la regulación actual no puede intervenir en la subasta como postor equiparando en éste aspecto su situación a la del deudor.

*La posición procesal del tercer poseedor que existe antes de la interposición de la demanda.* Con respecto al tercer poseedor es esclarecedora la RDGRN de 23 de julio de 2011<sup>266</sup> que pone en relación los artículos 118, 126, 127 y 132 LH con los artículos 685, 686, 687 y 689 LEC. De la relación de estos preceptos se pueden extraer varias conclusiones.

La primera conclusión es la suficiencia de la mera notificación y que no es necesario, por tanto, el requerimiento de pago al tercer poseedor que aparece en la certificación registral, es decir, que tiene inscrito su derecho. Porque aunque se hiciera constar en el Registro (como es el caso en el supuesto que vino a resolver la resolución) que se ha producido la subrogación en la deuda y que por tanto se asume la misma por el tercer poseedor, no consta ni el consentimiento expreso o tácito del acreedor a esa subrogación, ni que el tercer poseedor haya acreditado al acreedor la adquisición del inmueble.

---

<sup>266</sup> BOE 29 de septiembre.

La segunda conclusión es que la notificación de la existencia de procedimiento al tercer poseedor debe realizarse por el Registrador, porque así lo exige el art. 659 LEC. Este artículo se refiere las ejecuciones ordinarias pero es de aplicación a las hipotecarias porque no hay que olvidar que toda la regulación de las ejecuciones ordinarias es de aplicación a la ejecuciones hipotecarias salvo las especialidades previstas para ellas. Además debe ponerse ese precepto LEC en conexión con el art. 132 LH que impone al Registrador la necesidad de calificar las notificaciones.

La tercera conclusión es que la omisión de ésta notificación tiene la importante consecuencia de impedir el despacho del decreto de adjudicación, ya que no es de aplicación a la ejecución hipotecaria el art. 660.2 LEC, solo aplicable a las ejecuciones ordinarias. Por tanto, en las ejecuciones hipotecarias, el Registrador tiene obligación de calificar las notificaciones en virtud del art 132 LH y la remisión del art. 689 LEC lo es al art. 659 y no al 660 LEC.

Por último, *hacer referencia al tercer poseedor que paga las cantidades aseguradas con la hipoteca*. Por supuesto, no se produce la subrogación en la posición del acreedor, sino que la consecuencia del pago será que se dicte inmediato decreto de sobreseimiento.

Las consecuencias procesales de ese pago son evidentes, las dudas surgen en cuanto a las consecuencias registrales. Me parece obvio que no se puedan cancelar los asientos posteriores a la inscripción de la hipoteca, porque esto solo está previsto por la ley para los supuestos de realización forzosa, pero también me parece obvio, que el asiento de la hipoteca sea cancelado, siempre que se haga frente al pago de las cantidades debidas por todos los conceptos que son objeto de reclamación<sup>267</sup>.

---

<sup>267</sup> Cfr. RDGRN de 10 de septiembre de 2005 (BOE de 19 de octubre).



## **5. DECRETO DE APROBACIÓN DE REMATE.**

La aprobación del remate supone, desde la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, una resolución del Secretario Judicial en forma de Decreto.

Con carácter general este Decreto deberá hacer mención:

- del órgano que conoce de la ejecución,
- del Secretario que lo dicta,
- de las partes intervinientes en la ejecución,
- del importe de la cantidad objeto del procedimiento de ejecución,
- de la descripción del bien embargado que ha sido objeto de enajenación,
- del precio ofrecido por dicho bien,
- de la identificación del mejor postor, y
- del requerimiento a éste para que en el plazo de 20 días a partir de la notificación de la resolución consigne en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado el importe del resto del precio (es decir, la diferencia entre lo ofrecido por el bien subastado y el cinco por ciento del valor de tasación del bien que ya ha sido consignado como requisito previo para poder tomar parte en la subasta); así como que en el momento del pago, se dictará decreto de adjudicación.

Así mismo, el Decreto hará referencia a que el adquirente del inmueble acepta la subsistencia de cargas anteriores, subrogándose en la responsabilidad derivada de las mismas.

Mediante esta resolución se aprueba la adjudicación del bien subastado a favor del postor que ha realizado la mejor oferta en el acto de la subasta. El remate puede ser aprobado a favor de las siguientes personas:

- Postor o postores que hayan ofrecido posturas siguientes en importancia a la del mejor postor, cuando éste no haya consignado el precio en el plazo señalado por la ley.
- Tercero que efectuó el depósito previo para participar en la subasta por el rematante y que así lo solicita al no consignar éste el precio ofrecido en la misma.
- Ejecutante, cuando éste participe como postor en la subasta.
- Y, finalmente, a favor de un tercero presentado por el deudor, siempre que la postura ofrecida en la subasta sea inferior al 50 o al 70 por ciento del valor de tasación del bien embargado y el tercero ofrezca , o ésta cantidad o la que resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del ejecutante<sup>268</sup>.

En el supuesto en que la mejor postura ofrecida se hubiere hecho, ofreciendo el pago del importe a plazos con garantías suficientes bancarias e hipotecarias, el Decreto, aprobando el remate, contendrá las condiciones de pago y los plazos en que deberá realizarse.

Si el ejecutado no hiciera uso de las facultades que le brinda el artículo 670.4.1 y 2 LEC, es decir, ni presentar tercero que mejore postura (si ésta en la subasta fue inferior al 70% del valor de tasación), ni pedir la adjudicación por el 70% o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que ésta sea superior al

---

<sup>268</sup> Arts. 650.4 y 670.4 LEC.

60% de su valor de tasación y a la mejor postura; el decreto debe contener la fundamentación concreta que motive la decisión de aprobar el remate<sup>269</sup>.

Cuando el Secretario judicial deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el art. 671 LEC que prevé los supuestos de subasta sin ningún postor en que se podrá solicitar directamente la adjudicación.

### **5.1. TÍTULO NO INSCRIBIBLE.**

Una vez aprobado el remate y consignado por el adjudicatario del inmueble subastado el resto del precio, el Secretario Judicial, tras la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, expedirá testimonio del decreto de adjudicación comprensivo de la resolución aprobatoria del remate (art. 674 LEC).

Por tanto, el título que resulta imprescindible para la inscripción de la propiedad del inmueble en el Registro es el decreto de adjudicación, no el de remate. Esta regla general establecida en el artículo 674 LEC tiene, sin embargo, una excepción, contemplada en el apartado 6 del artículo 670 LEC, que permite la expedición por el Secretario del testimonio del decreto de aprobación del remate con anterioridad al pago del precio.

#### **5.1.1. Excepciones: hipoteca del remate (art. 107.12.º LH).**

La finalidad de los arts. 670.6.º LEC y 107.12.º LH no es otra que la de posibilitar que a la subasta puedan concurrir el mayor número posible de postores

---

<sup>269</sup> Esta fundamentación tiene como referencia lo señalado en el artículo 670.4.III: (“... resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor”).

interesados en la adquisición del inmueble objeto de la misma, aunque no tenga capital suficiente para pagar el precio del bien subastado, siempre que estén dispuestos a acudir a un préstamo hipotecario para pagarlo, y no solo las personas solventes de gran capacidad económica como sucedía en la legislación anterior con la LEC/1881. Con ello, además, se contribuye a que la enajenación forzosa cumpla mejor su cometido de obtener el mejor precio posible por el bien embargado, beneficiando así no solo al acreedor sino también al deudor<sup>270</sup>.

De los preceptos citados se deriva que el Secretario ha de expedir dos testimonios:

- El primero, del decreto de aprobación del remate, que contendrá solo los derechos del rematante adquiridos en la subasta a fin de poder constituir la hipoteca sobre los mismos, garantizando con ella el préstamo concedido al rematante para adquirir de ese modo el bien inmueble subastado, y no todos los extremos a los que se refiere el artículo 674 LEC, al no servir para inscribir la propiedad del inmueble en el Registro de la Propiedad, pues aún no se ha consignado por el rematante el precio ofrecido en la subasta.

---

<sup>270</sup> Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., “Código de Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil”, tomo II, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2009, 6.ª ed., pág. 279, nota 62.

Se trata de un supuesto surgido al amparo de la novedad introducida por la LEC 2000 en el art. 107.12.º LH. Dicho precepto consideró hipotecable el derecho del rematante pese a no ser un derecho real sino obligacional aunque con vocación real. Según dicho precepto, una vez que el rematante adquiera el dominio tras el pago del remate la hipoteca gravará la finca desde su inscripción. Sin embargo, el Registro de la propiedad tras la inscripción del testimonio de la aprobación del remate con la indicación de la obtención del crédito para el pago del precio, no publica el dominio del rematante, toda vez que su adquisición puede verse frustrada si el mismo no destina el importe de la financiación al pago del remate resultante de la subasta.

La aprobación del remate es intermedia respecto de la adjudicación y no autoriza a cancelar cargas, ya que sin hacer efectivo el precio del remate no podrá destinarse el eventual remanente a la satisfacción de los acreedores posteriores cuyo derecho deba ser objeto de cancelación. De otro modo, pudiera suceder que los acreedores posteriores vieran cancelado su derecho sin haber sido pagados en la medida que lo permitiera el dicho remanente. Por otra parte, el art. 133.I LH exige presentación conjunta de auto de adjudicación y mandamiento, pues de otro modo el mandamiento, que es ejecución del auto en cuanto a las cancelaciones, estaría incompleto sin aquél y la cancelación carecería de causa.

- Y, el segundo, complementario del primero, una vez constituida la hipoteca y pagado el precio por el rematante. Este, una vez haya obtenido el préstamo hipotecario, paga el precio de remate y es entonces cuando el Secretario emite Decreto de adjudicación, cuyo testimonio complementa al primero y expresa que se ha consignado el precio y todos los demás requisitos señalados en el artículo 674 LEC<sup>271</sup>, sirviendo, por tanto, de título para la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad.

Inscrito el título a favor del rematante, la hipoteca ya no recaerá sobre los derechos adquiridos en la subasta, sino sobre los bienes adjudicados.

En definitiva, una vez adjudicado el bien objeto de subasta al mejor postor, el Secretario dictará decreto de aprobación del remate a su favor, concediéndole un plazo de 20 días para que consigne el resto del precio ofrecido, es decir, la diferencia entre lo ya depositado para poder asistir como licitador a la subasta y el precio total ofrecido por el bien subastado en la misma.

Sin embargo, si durante este tiempo, el rematante o adjudicatario del bien subastado desea hacer uso de la posibilidad que le ofrece el art. 670.6 LEC y solicitar financiación, a través de un préstamo hipotecario para poder pagar el precio del bien subastado, lo comunica así y el Secretario, sin dilación alguna, debe expedir testimonio del decreto de aprobación del remate, haciendo constar esa situación y además, la finalidad para la que se expide, que no es otra que la de constituir hipoteca sobre su derecho como rematante.

Esta solicitud conlleva la suspensión del plazo de 20 días concedido por el art. 670 LEC al adjudicatario para que consigne el resto del precio, es decir, la diferencia entre el valor de lo adjudicado menos el 5% consignado como depósito para poder participar en la subasta, reanudándose dicho plazo una vez expedido este primer testimonio.

Obtenido por el adjudicatario dicho testimonio del decreto de aprobación del remate, debe conseguir en plazo financiación y formalizarla notarialmente

---

<sup>271</sup> CASERO LINARES, L. Los procesos civiles..., ob. cit., pág. 2884.

mediante la oportuna escritura de préstamo hipotecario, recayendo dicha hipoteca sobre lo único que, en ese momento, ostenta el adjudicatario, que son los derechos adquiridos en la subasta como rematante de la misma, siendo el título del derecho a hipotecar el testimonio del decreto de aprobación del remate.

El adjudicatario, una vez obtenido el crédito hipotecario, deberá consignar en plazo, el importe total de la adjudicación en la Cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado. Esto permitirá al Secretario emitir un segundo testimonio, complementario del primero, en el que consta que se ha consignado el precio y que se han cumplido el resto de los requisitos exigidos por el artículo 674 LEC (especialmente los exigidos por la legislación hipotecaria para la inscripción).

Dicho testimonio será título suficiente para inscribir en el Registro de la Propiedad, por lo que la hipoteca que antes recaía sobre los derechos adquiridos en la subasta, ahora lo hace sobre el bien subastado adquirido ya por el adjudicatario, de acuerdo con el art. 107.12.º LH *“una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio a favor del rematante, la hipoteca subsistirá recayendo directamente sobre los bienes adjudicados”*.

Este segundo testimonio, junto con el mandamiento de cancelación de cargas, determina la inscripción del inmueble a favor del rematante y la cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que ha originado el remate. El Secretario Judicial ordenará también la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas del artículo 656 LEC

La conversión del objeto hipotecado determina que la hipoteca recaiga, no sobre unos derechos adquiridos, sino directamente sobre el inmueble adjudicado con la prioridad registral que tenía antes de operarse tal conversión<sup>272</sup>

---

<sup>272</sup> MANZANO SALINAS J. Cuestiones prácticas acerca de la ejecución forzosa, Diario LA LEY 07/2004, págs. 8-9.

No contempla la LEC las consecuencias del supuesto en que el rematante, una vez obtenida la hipoteca, no pague el precio. Sin embargo, tendría que acudir a lo que dispone, con carácter general, la LEC en los arts. 652 y 653 para la subasta de bienes muebles; que si el rematante no consignara el precio, en el plazo de 20 días, desde la emisión del primer testimonio, la subasta caerá en quiebra, procediéndose a una nueva subasta, a no ser que con los depósitos constituidos se pueda satisfacer el capital, los intereses del crédito del ejecutante y las costas, en cuyo caso el rematante perdería el depósito consignado y quedaría sin efecto sus derechos adquiridos en la subasta y con ello la hipoteca constituida sobre los mismos.

Esto es, finalizado el acto de la subasta, el Secretario judicial devuelve las cantidades depositadas por los postores excepto la que corresponda al mejor postor, la cual se reserva en depósito como garantía del cumplimiento de su obligación, y, en su caso, como parte del precio de la venta. Sin embargo, si los demás postores lo solicitan, también se mantienen a disposición del Tribunal las cantidades depositadas por ellos, para que, si el rematante no entregare en plazo el resto del precio, pueda aprobarse el remate en favor de los que le sigan, por el orden de sus respectivas posturas.

Si ninguno de los rematantes consignare el precio en el plazo señalado o si por culpa de ellos dejare de tener efecto la venta, perderán el depósito que hubieran efectuado y se procederá a nueva subasta, salvo que con los depósitos constituidos por aquellos rematantes se pueda satisfacer el capital e intereses del crédito del ejecutante y las costas.

No obstante, es de prever que la entidad otorgante del préstamo hipotecario estará atenta a comprobar que la cantidad entregada al adjudicatario del bien subastado para hacer frente el precio del remate se destina a la finalidad pactada<sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup> SERNA BOSCH, J. de la, *La subasta judicial en la LEC*, Bosch. Barcelona, 2012, pág. 185.

Podría, para ello, seguir la práctica acostumbrada en las compraventas de inmuebles en las que, al tiempo de otorgar la escritura de venta, el acreedor hipotecario presente en el acto hace entrega al vendedor del precio de la hipoteca, pudiéndose sustituirse, en el caso de las subastas judiciales por el desplazamiento del representante de la entidad de crédito junto con el rematante a la entidad correspondiente y depositar en la Cuenta de depósitos y Consignaciones que el Juzgado tiene asignada, el importe de la hipoteca<sup>274</sup>.

La hipoteca del remate tiene una finalidad loable como es que cualquier particular pueda tomar parte en la subasta. Utilizando un término tan de moda en la actualidad, “populiza” las subastas, o al menos lo intenta. Pero no consigue su propósito porque la idea teórica de que cualquier persona sin disponer de dinero en efectivo puede tomar parte en una subasta se desmorona cuando pensamos en las probabilidades de obtención de crédito que existen hoy día.

---

<sup>274</sup> Proceso civil práctico. -VV.AA., GIMENO SENDRA V. dtor. Edit. La Ley. Tomo VIII.1. Madrid 2010 págs. 223 y ss.



## 5.2. RELACIÓN ENTRE LOS ARTS. 670.8 <sup>275</sup> LEC Y 133 <sup>276</sup> LH (EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO EN LA SUBASTA).

La actual jurisprudencia<sup>277</sup> sobre la adquisición del dominio tiene su origen en los arts. 1514 LEC 1881 y antiguo art. 131 LH (que regulaba un procedimiento de ejecución especial para la realización de los bienes hipotecados). El auto, de aprobación del remate, de que hablaba el art. 1514 LEC de 1881, no es el mismo que auto a que se refiere el art. 131.17 LH. Este último auto, de adjudicación (art. 233 RH), se dictaba, no antes, sino después de la consignación del resto del

---

<sup>275</sup> El art. 670.8 LEC dice” *Aprobado el remate y consignado, cuando proceda, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate, se dictará decreto de adjudicación en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria*”.

<sup>276</sup> Y el art. 133 LH: “*El testimonio expedido por el Secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El mandamiento de cancelación de cargas y el testimonio del decreto de remate o adjudicación podrán constar en un solo documento en el que se consignará, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación*”.

<sup>277</sup> Vid. STS 1205/2000. Sala de lo Civil de 22 diciembre refiriéndose al caso de que una misma cosa es subastada, a la vez en dos o más procedimientos, judiciales o administrativos. Re caerán entonces varias adjudicaciones, cada una a favor de un propietario distinto, de las cuales solo una, no necesariamente la primera, definitivamente prevalecerá. Las reglas de la prioridad registral, y en su caso también las de la buena fe, prevalecerán; sin que para nada importe entonces si la cosa adquirida en subasta era o no efectivamente, al tiempo del remate y con posterioridad, propiedad del embargado o no. Esta sentencia se refiere a otras anteriores:” *Dice la sentencia de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4327) que «es criterio aceptado por la moderna doctrina y la más reciente jurisprudencia (sentencias de 8 de mayo de 1982 [RJ 1982, 2559] , 8 de julio de 1983 [RJ 1983, 4122] , 17 de diciembre de 1984 [ RJ 1984, 6286] y 7 de febrero de 1985 [ RJ 1985, 538] ) el de que la tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca vendida, por entender que, en tales casos, el efecto traslativo sólo puede quedar desvirtuado por lo que resulte o se deduzca de la misma escritura, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1462.2 del Código Civil»; en igual sentido dice la sentencia de 9 de octubre de 1997 ( RJ 1997, 7065) que «para la adquisición del dominio y demás derechos reales el Código Civil , a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arts. 609 y 1095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa*”.

precio. A su vez, el art. 131.17 LH era reproducción casi literal del art. 131.17 LH, reformada de 1909.

Probablemente, la originaria (antes de la Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas urgentes de reforma procesal) disparidad entre los arts. 1514 LEC de 1881 y 131.17 LH llevó a reflexionar sobre cuál debería ser el momento en que debía entenderse transmitido el bien en subasta judicial. No se entendía muy bien por qué para inscribir la transmisión del dominio operada en subasta, tratándose del juicio ejecutivo (procedimiento de ejecución común), era necesario otorgar escritura pública y, en cambio, tratándose del procedimiento judicial sumario (un procedimiento especial de ejecución), bastaba que el Secretario expidiera un testimonio del auto de aprobación del remate (en representación del dueño de los bienes hipotecados).

Además, resultaba que en caso de adjudicación de los bienes (no al rematante sino al acreedor para pago de su crédito) aún en el apremio ordinario se omitía la escritura (el testimonio del auto de adjudicación a su favor era título directamente inscribible). Por eso, porque no se terminaba de ver por qué una venta (al rematante) necesitaba o no de escritura pública según de qué proceso de ejecución se tratara; más aún, porque se comenzaba ya a poner en duda que la “venta” al rematante fuera propiamente tal, por Ley 10/92 de 30 de abril, se reformó el art. 1514 LEC 1881.

Así, desaparecía la escritura pública del ámbito del apremio judicial; en todo caso, bastaría un simple testimonio expedido por el Secretario para su inscripción.

No obstante, la reforma del art. 1514 LEC, se quedó a medias. No terminó de unificar el título inscribible en uno y otro procedimiento, ya que, pese a las apariencias, el título a testificar en uno y otro caso no coincidía. En el procedimiento de apremio común, lo que había que testificar era un auto de aprobación del remate dictado “antes” de la consignación del precio restante. En cambio, en el procedimiento judicial sumario, lo que había que testificar era un auto de aprobación del remate dictado “después” de la consignación del

precio. Para mayor claridad, se puede denominar a este último, “auto de adjudicación” al rematante (cfr. art. 233 RH).

Posiblemente la expresión “auto de adjudicación”, empleada para el rematante por el art. 233 RH “ab initio”, suponía cierta extralimitación reglamentaria, pues en la época anterior a la reforma del art. 1514 LEC, todavía se estimaba que al rematante no se le adjudicaba sino que compraba; así, el art 131.17 LH hablaba del “*valor de lo vendido o adjudicado*”.

A partir de tal reforma comienza a ganar terreno la posición que postula que ni el remate ni la adjudicación al acreedor constituyen propiamente una venta. Ahora bien, todavía el art. 1515 LEC se refiere al “*comprador*”.

Hoy es mayoritaria<sup>278</sup> la consideración puramente procesal de la transmisión en subasta. No es casualidad la terminología utilizada por la nueva LEC 2000 emplea, así nunca emplea el término “comprador”, sino el de “adquirente”.

---

<sup>278</sup> Así, el primer párrafo del fundamento jurídico cuarto de la STS 7229/2009 Sala Primera, de 2 de diciembre que establece: “*Así las cosas, claro está que la sentencia impugnada, lejos de oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo pertinente al caso que resuelve, se ajusta plenamente a ella, pues la supresión del requisito de la escritura pública en el régimen LEC de 1881 por la Ley 10/92 no permite olvidar que según el nuevamente redactado párrafo primero del art. 1515 se ponían los bienes a disposición del comprador “junto con el testimonio” del auto de aprobación del remate, de suerte que la entrega de este testimonio era el acto verdaderamente constitutivo de tradición.*” Del mismo modo el penúltimo párrafo de los fundamentos jurídicos de la STS 4499/1994 de 10 de junio, dispone: “*Esta corriente interpretativa ha sido recogida por el legislador en la Ley 10/1992 de 30 de abril, al modificar los arts. 1514 y 1515 de la L.E.C., disponiendo al primero de ellos “que será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad, el testimonio expedido por el Secretario con el visto bueno del Juez, comprensivo del auto de aprobación de remate, en el que se exprese que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria”, precepto similar al recogido en el art.131, regla 17 de la Ley Hipotecaria, en relación con el juicio sumario ejecutivo. Esta modificación legislativa no ha tenido la necesaria concordancia con la redacción del citado art.1533-2.º, en donde se sigue aun hablando de “otorgamiento de escritura”, cuando realmente a partir de la entrada en vigor de la citada Ley sobre Medidas Urgentes, la tercería solo podrá interponerse hasta el momento en que el Secretario expida el testimonio de que se habla en el art. 1514, que ha sustituido a la escritura pública. Esta reciente reforma procesal viene a ratificar y consolidar “post facto”, la transcrita jurisprudencia interpretativa de esta Sala, y en definitiva conduce a entender, que la aprobación judicial del remate, seguida de la adjudicación de la finca, está absolutamente equiparada al otorgamiento de la escritura pública, incluida la existencia de una tradición simbólica que produce la consumación de la transmisión.*”

¿Por qué tal disparidad? ¿Acaso en el procedimiento judicial sumario no existía un auto de aprobación del remate dictado “antes” de la consignación por el rematante del resto del precio? Sí, existía (art. 131.15 LH). Al revés, en el procedimiento ordinario de ejecución no existía un decreto de adjudicación y no era fácilmente comprensible porque ¿Qué sentido tenía volver a aprobar “ex post”, tras el pago del total precio, el remate? En la mentalidad de la época, es fácil de entender. La aprobación “ex ante” la hacía el juez en nombre propio, en cuanto tal; la “ex post”, en cambio se hacía en “representación del dueño de los bienes hipotecados” (art. 131.17 LH en su versión originaria), pues era un sustitutivo de la escritura pública. Por eso el auto de adjudicación al rematante existía solo en el procedimiento judicial sumario, no en el ejecutivo, en el que el “modo” todavía era la escritura pública.

Dentro del procedimiento judicial sumario estaba claro que era el testimonio del auto de adjudicación el título inscribible. Lo que podía discutirse era si la transmisión tenía lugar entonces, al expedirse dicho testimonio, o antes, al tiempo de dictarse dicho auto.

Parte de la jurisprudencia<sup>279</sup> se decantó por esto último, considerando que habiendo el comprador cumplido con su obligación de pago de la totalidad del precio, no tenía sentido retrasar la adquisición del dominio hasta la expedición de un testimonio que quizá no tuviera interés en obtener (dicho de otra manera, el testimonio no aportaba nada a dicho auto de adjudicación).

El sentido primigenio del auto de adjudicación era sustituir a la escritura pública. La inexistencia de dicho auto de adjudicación en el procedimiento de ejecución general (el juicio ejecutivo LEC 1881), sobre todo a raíz de la

---

*Expuesta la anterior doctrina, resulta de todo punto clara la imposibilidad de admitir una demanda de tercería de dominio, después de haber transcurrido casi tres años, a partir de la expedición de los testimonios a que se refiere el actual art. 1514 de la Ley Procesal, momento en el que, de acuerdo con la anterior jurisprudencia de esta Sala, y hoy ya con el beneplácito de la disposición legal, se ha producido la consumación de la transmisión, y la consiguiente finalización o cierre de la vía incidental. Postura puramente procesal, que deja imprejuizado el fondo del asunto, y permite a la parte demandante “deducir sus derechos contra quien y como corresponda.”(Art. 1533-2.º, inciso final)”*

<sup>279</sup> SS.TS 7229/2009 de 2 de diciembre y 4499/1994 de 10 de junio, ya vistas.

desaparición de la escritura pública del mismo en 1992, desdibujó su finalidad. Por asimilación al procedimiento general, por pura confusión, pudo entonces entenderse que ya no dicho decreto sino su testimonio produciría la transmisión.

La reforma del art. 1514 LEC de 1881, hizo que la duplicidad aludida degenerara en confusión, que también pasó a la LEC 2000, ya que hizo desaparecer la escritura pública del juicio ejecutivo (procedimiento entonces ordinario de ejecución), sustituyéndola por un testimonio del auto de aprobación del remate, con lo que el dominio necesariamente se transmitía al tiempo de expedirse ese testimonio y, en cambio, en el procedimiento judicial sumario, esto es, la LH, se empezó a dudar si se transmitía al tiempo de dictarse el auto de adjudicación o posteriormente, al testimoniarlo.

Y es que, en realidad, el auto testimoniado en uno y otro procedimiento no era el mismo, a saber:

- En el art. 131.17 LH se testimoniaba el auto de adjudicación; como éste recogía la consignación, nada aparte había que decir de ésta en el testimonio.
- En cambio, en el art. 1514 LEC de 1881, a falta de un auto de adjudicación inexistente en este procedimiento general de ejecución, se testimoniaba el auto de aprobación del remate; como éste se dictaba antes de la consignación, ahora sí había que hacer constar en el testimonio la consignación del precio.

Así, a partir de la reforma 10/1992 de 30 de abril, existían dos posibles modos de adquirir el dominio en subasta judicial:

- En la ejecución general, el dominio se adquiría con la expedición del testimonio que el art.1514 LEC 1881 preveía.
- En el procedimiento judicial sumario del art. 131.17 LH, con el auto de adjudicación.

Lo cierto es que la aplicación de la teoría del título y el modo, sin más, a la subasta judicial parecía artificioso o forzado, así lo considera Manuel Espejo Lerdo de Tejada<sup>280</sup>.

Tras la promulgación LEC, el art. 1514 LEC 1881 se convirtió en el art. 674 LEC, y el procedimiento judicial sumario, el procedimiento especial de ejecución previsto en el art. 131 LH, fue reemplazado por el procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca que el art. 681 y siguientes LEC vigente; la antigua regla especial del antiguo art. 131.17 LH paso a ser el art. 133 LH.

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial ha venido a modificar el orden hasta entonces existente, ya que por primera vez el Decreto de adjudicación se aplica a toda ejecución, general o especial (por ello se ha añadido el párrafo 8 al art. 670 LEC). Consecuentemente, se ha dado también nueva redacción al art. 674 LEC y al art. 133 LH. No obstante, el RH sigue refiriéndose al hoy derogado procedimiento judicial sumario, es decir, a la LEC 1881 y a la antigua redacción del art. 131 LH.

Sin embargo, llegados a este punto parece razonable entender que, a día de hoy, la transmisión del dominio en subasta opera en todo caso “antes” de la

---

<sup>280</sup> En revista 54, Academia matritense del Notariado. [www.elnotario.es](http://www.elnotario.es) (consultado el día 1 de setiembre de 2015), considera que si el Tribunal quisiera aplicar el precepto tomando en cuenta, el momento en que la adquisición se produce ordinariamente como efecto de la subasta, habrá que averiguar cuál es ese instante, ya que el legislador no lo ha precisado. En la interpretación doctrinal y jurisprudencial hay diversidad de pareceres, aunque existe una excesiva influencia de los esquemas contractualistas, que lleva a pretender trasladar a la venta judicial el sistema del título y el modo, sin reflexionar si hacerlo es o no adecuado. Es comprensible que ello sucediera bajo el art. 1533.2 LEC/1881 que era concluyente, pero no existiendo hoy este apoyo legal, debería pesar la consideración de que el sistema del título y el modo resulta artificioso aplicado a la venta judicial. Lo que necesitamos de la Ley es que establezca el momento del efecto traslativo, y no lo ha hecho, pero hablar de un previo título carece de sentido, porque no se puede decir que existan obligaciones nacidas del contrato. En suma, la adquisición en la subasta, dentro de la clasificación del art. 609 CC, se ubica dentro de las adquisiciones legales puesto que es la Ley la que la configura, sin mediación de contrato alguno.

expedición del testimonio de referencia, concretamente al tiempo de dictarse el decreto de adjudicación.

La terminología que emplean los arts. 674 LEC y 133 LH no está armonizada, porque parecen referirse a cosas diferentes cuando no es así: pues siendo que, en ambos casos, lo que, ahora, se testimonia es el Decreto de adjudicación, no tiene sentido seguir refiriéndose el art. 133 LH a Decreto de “remate” porque en realidad, se trata del decreto de “adjudicación al rematante” (art. 233 RH). Tampoco se entiende que en un caso haya que “expresarse” que se ha consignado el precio y en el otro baste que “resulte” tal consignación.

De los antecedentes legislativos<sup>281</sup> resultaría que en el caso que haya procedido la consignación, debería hacer referencia a ella el testimonio; y cuando no, hacerse constar expresamente por qué no procede.

En la actualidad, habiéndose previamente dictado un Decreto de adjudicación a favor del rematante en ningún caso procedería (al expedir su testimonio) hacer mención alguna a la consignación del precio, pues lo relativo a si tuvo lugar o no y la razón por qué así ocurrió ya constaría en dicho decreto (art. 670.8 LEC).

De la comparación del antiguo tenor original del art. 674 LEC con su reformado parece resultar que el testimonio habrá de recoger el decreto de adjudicación y el de aprobación del remate.

Lo cierto es que la reforma vino a complicar la finalidad de la calificación por el Registrador y su inscripción en el Registro de la Propiedad. En vez de simplificar lo dispuesto en el antiguo art. 131.17 LH, lo ha complicado. El testimonio del art. 131.17 LH sólo recogía una resolución, la de adjudicación (lo que entonces se conocía como “*auto de aprobación en representación del*

---

<sup>281</sup> El origen remoto de dicha cláusula se encuentra en el art. 131.17 LH que literalmente exigía hacer constar en el auto correspondiente “*que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, y en el caso de haber superado, que se consignó el exceso en el establecimiento público destinado al efecto, a disposición de los acreedores posteriores*”.

*dueño de los bienes hipotecados*”), no dos. Podría entenderse que sólo los extremos calificables por el Registrador deberían ser objeto del testimonio del art. 674 LEC y que todo lo demás sobra, lo que facilitaría su calificación.

Como conclusión a todo lo dicho anteriormente puede afirmarse que el modo en la subasta ha variado a lo largo del tiempo, existiendo tres momentos.

Tras la reforma de 1992, la escritura pública dejó de ser exigible para documentar las transmisiones operadas en procedimiento de apremio judicial. Quedó, entonces, claro que, en la ejecución general, el rematante adquiría el dominio al tiempo de la expedición a su favor del testimonio del auto (de aprobación del remate); en cambio, en la ejecución especial hipotecaria, probablemente, el dominio se adquiría antes, al tiempo de dictarse el auto de adjudicación.

Publicada la LEC 2000 la situación pareció quedar en suspenso.

Con la reforma LEC, por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, el “modo” ha vuelto a cambiar; en todo caso el dominio se adquiere antes de expedirse dicho testimonio, concretamente al tiempo de dictarse el decreto de adjudicación.

La idea de la tradición instrumental sobrevivió a la desaparición de la escritura pública de la subasta judicial. No se prescindió para lo sucesivo, en el ámbito judicial, de la tradicional doctrina del título y el modo. Muy al contrario, a la escritura se le buscó un modo sustitutivo, otro documento igualmente público que sirviera a sus mismos fines.

La jurisprudencia<sup>282</sup> mayoritariamente estimó que “modo” de adquirir el dominio era el testimonio del auto de aprobación del remate. Particularmente

---

<sup>282</sup> Cfr. STS Sala Primera 5477/1999 de 29 de julio. “*En la actualidad, después de la Ley 10/1992, la modificación introducida que elimina la "escritura" y revaloriza el auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo con las circunstancias que expresa, en "título bastante" para la inscripción registral, no significa que se trastocuen los conceptos legales a que responde el sistema; pues sigue siendo el momento en el que el adquirente entra en posesión civilísima del inmueble el que hace claudicar la oportunidad de la tercera de dominio. Así pues, promulgada la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1.514, con la expedición del testimonio*”



en el ámbito del juicio ejecutivo (procedimiento general de ejecución). Ante la inexistencia en tal procedimiento de un auto de adjudicación a favor del rematante, no podía ser de otro modo.

Lo determinante era la fecha de la expedición de dicho testimonio del auto de aprobación del remate; no la fecha de su entrega a la parte.

Hubo sentencias que, en cambio, optaron por anticipar la transmisión, situándola en un momento anterior a la expedición de dicho testimonio, concretamente al auto de adjudicación. Otras, aún dentro del juicio ejecutivo, parecen llegar a anticiparlo al auto de aprobación del remate, una vez consignada la totalidad del precio por el rematante. Puede considerarse que detrás de esta idea de anticipar la transmisión de lo que se trata es de evitar que recaiga sobre el adquirente en subasta las consecuencias perjudiciales a su interés derivadas del retraso judicial, una vez consignado por su parte el total precio<sup>283</sup>.

---

*del auto de aprobación del remate y demás requisitos (artículo 1.515). La doctrina científica actual al comentar el nuevo artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus diferencias en el artículo 131-17 de la Ley Hipotecaria mantiene que "salvando las distancias que impone el ámbito procesal en que se desarrolla la subasta judicial, hay que entender que la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1.462-2 del Código civil análogamente a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública. Los cambios introducidos por la reforma, no han alterado el momento de perfeccionamiento y tradición. La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario. Así, pues, tanto antes de la reforma como actualmente, la venta se producía con la aprobación del remate plasmándose en el documento público una compraventa ya perfeccionada con anterioridad".*

<sup>283</sup>Vid. STS, Sala Primera, 1892/1985 de 12 febrero "... como consecuencia de un procedimiento sumario del artículo ciento treinta y uno de la Ley Hipotecaria... tuvo lugar... la venta en pública subasta del bien hipotecado, que era la planta sótano (destinada a garaje)... siendo adjudicado, en la segunda subasta... al único licitador, actual recurrido... quien, antes de tomar posesión material del bien adquirido, observó en el mismo, una serie de deficiencias graves, consistentes en «filtraciones importantes de agua...; y ante el fracaso de las gestiones particulares, tanto con el anterior propietario, como asimismo con las Autoridades municipales que pudieran tener algo que ver con el asunto, interpuso la demanda inicial del procedimiento precedente, dirigida contra el Arquitecto director de la obra y los dos constructores intervinientes...; la Sentencia de primer grado, estimó... «...que se aportó el testimonio del Auto de adjudicación o remate, sin que éste, por sí solo, pueda justificar la titularidad

Lo cierto es la adquisición del dominio en subasta judicial fue siempre cuestión polémica. Sin embargo, una serie de sentencias han retrasado tal transmisión, entendiendo que no opera hasta que el testimonio es entregado a la parte. En ocasiones, por un mimético entendimiento del acto de la “entrega”. En otras, en consideración a que sólo entonces podía considerarse iniciado el plazo para el ejercicio de la acción planteada (la que sea, un retracto por ejemplo) o a estrictas razones de justicia material<sup>284</sup>.

El decreto de adjudicación “tras el remate”, antes de la reforma operada por la Ley de 13/2009 de 3 de noviembre, no existía en la LEC<sup>285</sup>.

El testimonio del art. 674 LEC, pensado para los inmuebles, no existe para los muebles. Esto puede trasladarse a los inmuebles para ver lo forzado de mantener en relación a los bienes inmuebles que el testimonio del decreto de adjudicación provoca la *traditio*. Los arts. 655 y siguientes LEC, concernientes a la subasta de bienes muebles, no se refieren en ningún momento al testimonio ya que los muebles en principio no tienen acceso a Registro con efectos jurídicos alguno.

---

*dominical actual del actor»; resolución, que fue revocada por la que ahora se recurre.....el actor... presentó el testimonio del Acta de remate que tuvo lugar en el procedimiento sumario hipotecario a que antes se hizo referencia, suficiente para justificar su título dominical, aunque no sea bastante para efectuar la inscripción registral, para lo que la regla diecisiete del artículo ciento treinta y uno de la Ley Hipotecaria, exige el consiguiente Auto judicial, indispensable para llevar a cabo dicha inscripción, pero no para acreditar la titularidad que se cuestiona, habida cuenta el sistema español vigente de transmisión y adquisición del dominio de bienes inmuebles y cuyo retraso en la expedición no puede perjudicar al interesado...”*

<sup>284</sup> Vid. STS Sala Primera 7229/2009 de 2 de diciembre.”... pues la supresión del requisito de la escritura pública en el régimen LEC de 1881 por la Ley 10/92 no permite olvidar que según el nuevamente redactado párrafo primero del art. 1515 se ponían los bienes a disposición del comprador “junto con el testimonio” del auto de aprobación del remate, de suerte que la entrega de este testimonio era el acto verdaderamente constitutivo de tradición....Por todo ello procede desestimar el presente recurso no sin resaltar que en el caso examinado, además, los demandados, adquirentes mediante subasta celebrada en fecha posterior pero receptores del correspondiente testimonio antes que el demandante del suyo...”

<sup>285</sup> En efecto, el párrafo 8 del art. 670 LEC ha sido añadido “ex novo” por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre.

Es decir, tratándose de muebles, en ningún caso la *traditio* podrá anudarse a un “testimonio del decreto de adjudicación” inexistente en su caso<sup>286</sup>. Todo apunta a que habrá operado antes, al tiempo de dictarse el decreto de adjudicación. Siendo esto así, parece forzado seguir sosteniendo que, en materia de inmuebles, es el testimonio del decreto de adjudicación, que no propiamente dicho decreto, el que provoca la *traditio*<sup>287</sup>.

El antiguo auto aprobando el remate tras la consignación (antiguo art. 131.17 LH) se ha generalizado, denominándose ahora abiertamente Decreto de “adjudicación”. Se pretende con ello zanjar una disputa sobre cuando se entiende realmente adquirido el dominio en subasta<sup>288</sup>. Y es que este Decreto de adjudicación es un elemento interpuesto entre la aprobación del remate y su testimonio ciertamente capaz de servir de “modo” para la adquisición dominical.

No se aprecia razón alguna que justifique el retraso de la transmisión hasta que se libre testimonio del mismo. Pues el decreto de adjudicación presupone el pago del total precio (art. 670.8 LEC).

Una de las menciones que necesariamente habrá de constar en el testimonio del art. 674 LEC es la firmeza de la resolución o resoluciones objeto del mismo, por

---

<sup>286</sup> En palabras de SANCIÑENA ASURMENDI sobre la *traditio* de los bienes muebles afirma “*La traditio se entiende cumplida cuando la cosa se pone en poder y posesión del comprador, pero también cuando concurre alguno de los supuestos de los arts.1462.2 y 1463 del C.C. Se acepta comúnmente, que los supuestos de tradición de bienes muebles recogidos en el art. 1463 del C.C. son aplicables por analogía a la venta de bienes inmuebles*” (Estudios de Derechos de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. –VV.AA. y Llamas Pombo, E., Coord.)-. Vol. II. Edit La Ley.- Madrid 2006, pág. 345.

<sup>287</sup> Cfr. ALBADALEJO GARCÍA, M. Comentarios al C.C. y Compilaciones Forales. Editorial Revista de Derecho Privado, 2001, pág. 408.

<sup>288</sup> Con independencia de la impropiedad que supone el empleo del término venta para identificar la enajenación forzosa que se lleva a cabo mediante la subasta judicial, es lo cierto que para que opere la transmisión del dominio en la enajenación forzosa, es preciso que ésta no solo se haya perfeccionado sino también que se haya consumado. La más autorizada doctrina científica, surgida sobre la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, fija el momento de adquisición del dominio eligiendo dentro del proceso de venta judicial el acto de consumación(cuando la cosa pasa a poder del rematante)en vez del acto de perfeccionamiento(coincidencia de voluntades). COMPRAVENTA INMOBILIARIA. Grupo Editorial El Derecho y Quantor. 2010. pág. 251.

así exigirlo la legislación hipotecaria para su inscripción, lo que permite considerar que la transmisión se produce por el decreto de adjudicación.

El 670.8 LEC no se opone a que el Decreto de adjudicación se dicte aún antes de que adquiriera firmeza el decreto de aprobación de remate. Es lo mismo que ocurre con la consignación. Pues el recurso que eventualmente pudiera una de las partes deducir frente al decreto de aprobación del remate, carece de efectos suspensivos (arts. 451 y 454 bis LEC).

No existe ninguna norma que obligue al Secretario a dictar decreto de adjudicación a favor del rematante en el instante mismo que conste en autos la consignación del precio restante. Así pues, la transmisión, tendrá lugar al tiempo de dictar el Secretario dicho Decreto. Además, dicha transmisión no quedará firme en tanto no se notifique dicho decreto a las partes y transcurra el tiempo previsto para su impugnación. Firme el decreto, parece que sus efectos transmisivos deberán retrotraerse al tiempo de su emisión.

Por tanto, la consecuencia, en la práctica, es que la adquisición del dominio depende de la mayor o menor celeridad del Secretario en dictar dicho decreto de adjudicación. (Sería determinante, por ejemplo, del *dies ad quem* para interponer una tercería de dominio, o de una hipotética res responsabilidad del Secretario, particularmente en caso de doble inmatriculación).

Después del estudio de la evolución anterior podrían existir múltiples posibilidades que resultan más razonables que lo que parece desprenderse de los artículos examinados:

- Título y modo a la vez podría ser el decreto de aprobación del remate. De la misma manera que se puede entregar una finca antes de pagar el precio, podría también pensarse que el bien subastado sería propiedad del rematante desde que su remate resultara definitivo, a reserva claro está del pago del total precio que operaría a modo de condición suspensiva. Esta forma de enfocar el tema plantea dificultades en caso de cesión sobrevenida del remate a un tercero. Para salvarla, habría que entender que, en su caso, el decreto de aprobación del

remate sería susceptible de ser sustituido como título por el documento judicial en que se documente dicha cesión<sup>289</sup>.

- Título podría ser el decreto de aprobación del remate y modo el documento judicial en que se dejara constancia de la consignación por el rematante del resto del precio. El decreto de adjudicación, quedaría relegado a una finalidad subordinada, acaso de mero trámite, indispensable para la constancia registral de la transmisión previamente operada.

- Título podría ser el decreto de aprobación del remate y modo el decreto de adjudicación o, si se prefiere, su testimonio. Ahora bien, dictado dicho decreto o expedido su testimonio, surtiría efectos retroactivos.

- Título podría ser el decreto de aprobación del remate y modo el decreto de adjudicación, a resultas del nuevo art. 670.8 LEC.

- Título podría ser el decreto de aprobación del remate y modo el testimonio (la expedición, no su entrega a la parte) del decreto de adjudicación<sup>290</sup>.

- Título podría ser el decreto de aprobación del remate y modo la notificación del auto de adjudicación (o la entrega de su testimonio) a la parte. Al fin y al cabo, la entrega de la documentación de la finca sería lo más parecido a su “entrega” real al rematante.

Lo más acertado sería entender transmitido el dominio cuando el rematante termina de cumplir sus obligaciones con la consignación del precio, ¿por qué retrasar su adquisición a un momento posterior, en nada dependiente de su voluntad? O, incluso, una vez se dicte el decreto de adjudicación y se expida el

---

<sup>289</sup> Art. 647. Requisitos para pujar. Ejecutante licitador 3. *Sólo el ejecutante podrá hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el Secretario judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago del precio del remate, que deberá hacerse constar documentalmente. La misma facultad tendrá el ejecutante en los casos en que se solicite la adjudicación de los bienes embargados con arreglo a lo previsto en esta Ley.*

<sup>290</sup> De hecho esta era la postura mayoritaria hasta 2009 en la jurisprudencia. -Vid. STS 7229/2009 de 2 de diciembre (Id Cendoj: 28079110012009100768 Sala de lo Civil).

correspondiente testimonio para el rematante, ¿qué impide retrotraer la eficacia de su adquisición dominical al momento en que quedó constancia en autos de su consignación del precio restante?

Son varios los argumentos a favor:

-La introducción del art. 670.8 LEC, por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, ha venido a subvertir la anterior doctrina jurisprudencial sobre la transmisión del dominio en subasta. Lo que parece ponernos sobre aviso de que la aplicación de la teoría del título y el modo a la subasta es artificiosa, forzada diría yo.

- Si la transmisión por subasta no es una compraventa, entonces no necesariamente regirá para ella la teoría del título y el modo (art. 609 CC). Podría pues pensarse que solo en la medida en que resulte útil a la subasta dicha teoría debería ser mantenida.

- Incluso manteniendo esta teoría, puede ser matizada. No sería admisible, prescindir del Decreto de adjudicación por considerarlo un trámite innecesario si se concediera valor de transmisión a la consignación del precio restante por el rematante, sino mantener la transmisión del dominio vinculada al decreto de adjudicación (nunca al testimonio del art. 674 LEC) ya que el recurso contra el decreto de aprobación del remate no tiene efectos suspensivos.

Si a ello se une una obligación legal (que no existe pero debería establecerse) de dictar el Decreto de adjudicación acto seguido a la consignación, el problema estaría solucionado.

### **5.3. DIFERENCIAS ENTRE EL DECRETO DE APROBACIÓN DEL REMATE Y EL DECRETO DE ADJUDICACIÓN.**

#### **5.3.1. Evolución legislativa (hasta Ley 13/09 de 3 de noviembre).**

Se hará referencia en este epígrafe a la evolución legislativa desde el punto de vista de los cambios en las atribuciones de los Jueces y Secretarios en el procedimiento de ejecución hipotecaria, ya que, con anterioridad, se hizo desde el punto de vista de la evolución de la adquisición del dominio en la subasta judicial.

La Ley 13/2009 de 3 de noviembre, introduce un segundo decreto, denominado de adjudicación que el Secretario va a dictar una vez aprobado el remate y consignado por el rematante la diferencia del precio del bien subastado, al incorporar de manera novedosa los números 6 y 8, respectivamente, a los artículos 650 y 670 LEC. Este decreto recuerda al auto de adjudicación que existía en el derogado procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH.

Tanto en la LEC 1881 como en la vigente LEC, hasta la reforma efectuada por la Ley de 13/09 de 3 de noviembre, la aprobación del remate, en el procedimiento de apremio ordinario lo realizaba el Juez mediante auto. El auto de aprobación de remate se dictaba una vez finalizada la subasta, adjudicando el bien al mejor postor.

Sin embargo, tratándose de bienes hipotecados, con anterioridad a la vigente LEC, el entonces procedimiento judicial sumario LH, se refería en dos ocasiones a la aprobación del remate:

- En el número 15 del artículo 131, *“aprobado el remate, se le hará saber al adquirente a fin de que en el plazo de ocho días,....consigne la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta y el total del precio de aquel....”*.
- En el número 17 del mismo artículo, *“verificado el remate o la adjudicación y consignación, se dictará auto de oficio aprobándolos y ordenando la cancelación de la hipoteca...”*.

Por tanto, habiéndose presentado postura admisible y definitiva en el acto de la subasta, para que pudiera aprobarse el remate, existía un primer auto, que era denominado mayoritariamente<sup>291</sup>, de adjudicación provisional del bien porque se le requería al adquirente para que en un plazo, que no podía exceder de ocho días, consignara la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta y el total del precio ofrecido por el bien, salvo que el adquirente fuera el acreedor, en cuyo caso debería consignar la diferencia entre el precio ofrecido (o el que sirvió de tipo a la subasta, en el caso de que opte por la adjudicación en pago), y el importe de su crédito.

Si el adquirente no atendía el requerimiento y no depositaba el resto del precio, el auto de aprobación del remate quedaba sin efecto; por ello el auto era denominado provisional.

Sin embargo, el auto al que se refiere el número 17 del art. 131 LH era de adjudicación definitiva, al poner fin al procedimiento judicial sumario hipotecario, una vez que se hubieran cumplido los requisitos que establecía la regla 15.<sup>a</sup><sup>292</sup>. Sólo con este auto de adjudicación definitiva se normalizaba la situación jurídica de la finca, pues la aprobación del remate constituía un título meramente obligacional y no un título adquisitivo de trascendencia real.

En el procedimiento de apremio común, regulado en la LEC, no se exigía el auto previsto en el art. 131.7 LH, adjudicando definitivamente el bien, sino que parecía bastar el auto de aprobación de remate. Sin embargo, con posterioridad a esa aprobación, y una vez pagado el precio, debía dictarse auto ordenando la expedición al Registro de la Propiedad del mandamiento de cancelación de la

---

<sup>291</sup> La RDGRN de 14 de noviembre de 1994 (BOE 5 de enero de 1995), en el recurso gubernativo interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir un testimonio judicial de autos de adjudicación provisional y definitiva de una finca, diferencia claramente entre estos dos tipos de autos de adjudicación.

<sup>292</sup> Que eran, o bien que el adquirente de la subasta hubiera completado la diferencia entre lo consignado para tomar parte en ella y el precio total del remate en el plazo de ocho días, o bien, si fuera el acreedor el que se hubiera adjudicado el bien, una vez éste hubiera completado la diferencia entre el importe de su crédito e intereses asegurados por la hipoteca y el precio o tipo de la subasta al cual se hubiera adjudicado la finca, siempre que aquel importe de capital e intereses fuera inferior al fijado como tipo para la subasta.



inscripción del gravamen que hubiera dado lugar a la ejecución del bien adjudicado y de las cargas posteriores, cuando lo solicitara el adjudicatario.

En caso de adjudicación por el acreedor del bien en pago, al no ser preciso esperar al abono del precio (salvo que fuera inferior al crédito ejecutado) podía dictarse auto de adjudicación, de forma análoga a lo que ocurría en la ejecución hipotecaria con el auto de aprobación del remate o la adjudicación.

Tras la publicación LEC, el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la L.H. fue sustituido por el procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda e hipoteca regulado en los arts. 681 y ss. LEC y la antigua regla especial del artículo 131.17 LH pasó a ser el artículo 133 del mismo cuerpo legal. De ésta manera se unificaban ambos procedimientos, dictándose solo un auto de aprobación del remate antes de la consignación del precio (suprimiéndose, por tanto, el auto de adjudicación).

La Ley 13/2009 de 3 de noviembre, establece la necesidad de aprobar el remate y con posterioridad, una vez consignado el resto del precio, dictar decreto de adjudicación, semejante al auto de adjudicación contemplado en el antiguo art. 131.17.<sup>a</sup> de la L.H.

Así, el art. 670 LEC para los inmuebles, pero también el artículo 650 LEC, para los muebles, tras la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, incorporan un párrafo que se asemeja mucho al procedimiento judicial sumario al establecer un decreto de adjudicación con posterioridad al de aprobación del remate, es el, tan comentado, apartado 8.º.

Habrà que diferenciar entre decreto de aprobación de remate, dictado antes de la consignación del resto del precio de remate por parte del adjudicatario del bien subastado, y decreto de adjudicación, que se dictará una vez consignado el citado precio. Con ello, *a priori*, se distinguen dos momentos diferentes, el de perfección de la enajenación forzosa y el de consumación de la misma.

### 5.3.2. Perfección de la enajenación forzosa.

Después de toda la evolución legislativa, jurisprudencial y doctrinal examinada se puede afirmar que la aprobación del remate constituye el momento de la enajenación forzosa, ya que por el Secretario se acepta la oferta realizada por el mejor postor, quedando en este momento determinado tanto el adquirente como el precio del bien subastado.

La jurisprudencia dice que en los casos de venta judicial en pública subasta, la perfección se produce con el acto de la subasta y aprobación del remate<sup>293</sup> y la

---

<sup>293</sup> La STS, Sala 1.ª, 1141/2009 de 18 de marzo que reitera la doctrina de las sentencias de la misma Sala de 14 de diciembre de 2007, diciendo ésta última: “*Los actos clave son el auto o la escritura, no la subasta, ya que ésta puede quedar frustrada (por quiebra de la misma) y no es más que el acto preparatorio de la transmisión, pero no es la transmisión propiamente dicha que da lugar al retracto*”. Así la primera mencionada considera que: “*...es necesario aclarar que el hecho determinante del nacimiento del derecho y del comienzo del plazo para ejercitar la acción es la venta entendida como acto de enajenación o traslativo de dominio, esto es, entendida como venta consumada y no meramente perfeccionada.*” “*...De este modo, en las transmisiones de bienes a través de contrato de compraventa, aunque el contrato se perfeccione al concurrir el consentimiento de las partes sobre la cosa objeto del mismo y el precio según el artículo 1450 del Código Civil, lo relevante a efectos de determinar cuándo nace el derecho de retracto y cuándo puede ejercitarse la acción por el retrayente es que la adquisición de lo comprado no tiene lugar sino cuando a ese título se le une el modo o tradición consistente en la entrega de la cosa del vendedor al comprador (en nuestro sistema, hasta el momento en que se produce la entrega de la cosa, el contrato sólo produce efectos de índole obligacional entre las partes), incluso de forma simbólica - traditio ficta- con otorgamiento de escritura pública según el artículo 1462.2.º del Código Civil.*” “*...Y de igual forma, en los casos de venta judicial en pública subasta, aunque la perfección se produzca con el acto de la subasta y aprobación del remate, lo relevante será la consumación de la venta pues sólo entonces se producen los efectos traslativos de dominio que dicha consumación lleva aparejada, lo cual acontece cuando se adjudica al adquirente el bien subastado, esto es, en el momento en que se dicta auto de adjudicación siendo la fecha de este auto el instante a tomar en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción, fijado en 9 días, salvo que se desconozca, en cuyo caso habrá de estarse a la fecha en que se libra testimonio y se notifica al retrayente. En tal sentido se ha pronunciado esta Sala de forma concluyente en sus dos últimas sentencias sobre la cuestión, de 14 de diciembre de 2007 y 14 de julio de 2008, confirmando ésta última la doctrina, que ahora se reitera, de que en casos de transmisiones en subasta judicial, el dies a quo es el día en que el retrayente ha tenido conocimiento pleno de la venta y sus condiciones, lo que no tiene lugar con la subasta sino con el auto de adjudicación, siendo la fecha de este la que debe tomarse en cuenta como día inicial del cómputo a no ser que el retrayente desconozca su existencia, en cuyo caso el plazo comenzará a partir del día siguiente a su notificación.*”

En el mismo sentido, dice la STS, Sala 1.ª, 4289/1997 de 17 de junio que el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada, siendo aún más explícita la STS, Sala 1.ª,

consumación de la venta, que traslada el dominio que dicha consumación lleva aparejada, con la adjudicación al adquirente del bien subastado, esto es, en el momento en que se dicta auto de adjudicación.

### **5.3.3. Consumación de la enajenación forzosa.**

Sin embargo, la consumación de la misma se producirá una vez se haya satisfecho la totalidad del precio ofrecido por el bien subastado y se le entregue al adjudicatario el bien subastado. Es decir, la consumación se produce cuando se dicta el decreto de adjudicación y se expide testimonio para que sirva de título de inscripción en el Registro de la Propiedad, aunque ya vimos que existe una importante controversia sobre este punto (decreto o testimonio).

El decreto de adjudicación producirá la transmisión del dominio del bien subastado al rematante, y siendo éste bien inmueble será de aplicación el art. 674

---

7546/2002 de 14 de noviembre , que señala que la acción de retracto nace a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección, estando por tanto el ejercicio de la acción de retracto supeditada al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, venta que ha de entenderse como compraventa ya consumada y no meramente perfeccionada, requiriéndose al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque no sólo el hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc. pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción. En tal sentido se ha pronunciado esta Sala de forma concluyente en sus dos últimas SS. sobre la cuestión, de 14 de diciembre de 2007 y 14 de julio de 2008, confirmando ésta última la doctrina, que ahora se reitera, de que en casos de transmisiones en subasta judicial, el *dies a quo* es el día en que el retrayente ha tenido conocimiento pleno de la venta y sus condiciones, lo que no tiene lugar con la subasta sino con el auto de adjudicación, siendo la fecha de este la que debe tomarse en cuenta como día inicial del cómputo a no ser que el retrayente desconozca su existencia, en cuyo caso el plazo comenzará a partir del día siguiente a su notificación.

LEC<sup>294</sup>. Así, la doctrina<sup>295</sup> no es unánime, tras la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, en la determinación del momento en el que se obtiene la propiedad del inmueble subastado; si con el decreto de adjudicación o con el testimonio de aquél. Los defensores de ésta última postura argumentan a su favor que conforma a la normativa tributaria, el devengo y consecuente inicio del periodo de pago del impuesto de transmisiones patrimoniales se produce con la fecha del testimonio; que dicho testimonio es el que permite la inscripción del dominio en el Registro, y que el decreto de adjudicación puede ser recurrido, por lo que hasta que se

---

<sup>294</sup> “...será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Secretario Judicial, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de la aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria”.

<sup>295</sup> Mantienen la postura favorable a considerar el testimonio del, hoy, decreto de adjudicación como el momento en que se obtiene la propiedad del bien subastado, TORIBIAS FUENTES, F. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lex Nova 1.ª ed. 2012, pág. 1232, considerando que el defecto que consiste en considerar el auto de adjudicación inapropiado para la inmatriculación de fincas no puede ser mantenido. Los arts. 205 LH y el 298 de su reglamento presuponen que es necesario un título que conlleve la transmisión de la finca y este no es otro que el auto de adjudicación. Otra cosa es que el testimonio de ese auto no reúna los requisitos de acceso al Registro, para lo que debe expedirse testimonio del mismo. Mantiene el criterio contrario el TEAC, en su resolución de 17/03/2015 de la Vocalía Quinta sobre IVA. Devengo. Adjudicación de bienes efectuada en subasta judicial derivada de procedimiento de la Ley Hipotecaria y LEC, mantiene el siguiente criterio:” *El devengo de la operación se produce con el auto de adjudicación, salvo que se acredite que la puesta a disposición del bien se ha producido en otro momento, correspondiendo la carga de la prueba a quien beneficie la acreditación de dicha circunstancia. En la subasta judicial de bienes inmuebles, primero, se remata el bien en la subasta; luego, se aprueba el remate; una vez consignado el precio en su totalidad, el Secretario dicta el decreto de adjudicación, que se notifica a las partes; a continuación, el Secretario expide el testimonio del art. 674 LC; por último, dicho testimonio se notifica y entrega a la parte. Existe abundante jurisprudencia en cuanto a la transmisión de la propiedad en los procedimientos de ejecución forzosa, siendo el mayoritario (y adoptado también por este TEAC con anterioridad, y en la presente Resolución) que la transmisión de la propiedad se produce con el Decreto judicial de adjudicación. Esta postura se ve confirmada por la redacción actual de Disposición Adicional Quinta del Real Decreto 1624/1992, por el que se aprueba el Reglamento del IVA que, al tratar los procedimientos administrativos y judiciales de ejecución forzosa, señala expresamente que el devengo se sitúa en la fecha en que se dicta el decreto de adjudicación. Es cierto que esta redacción no estaba vigente en el ejercicio que examinamos (2010), pero tampoco puede considerarse un cambio de criterio sino una concreción, puesto que anteriormente sólo se especificaba que el plazo para expedir factura era de treinta días a partir del momento de la adjudicación, sin establecer cuándo se producía esta adjudicación, y la actual redacción concreta cuándo ocurre esto, situando el devengo en el Decreto de adjudicación”.*

expida testimonio con expresión de su firmeza parece que no podría tenerse por consumada la transmisión.

El decreto de adjudicación supone, asimismo, la aceptación por el rematante de las cargas y gravámenes anteriores y preferentes al crédito del ejecutante. El rematante queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate. Esto implica que el rematante adquiere la cosa vendida gravada con esas cargas anteriores y preferentes y a partir de la adquisición debe correr con el pago de las mismas (art. 669.2 LEC).

En la subasta de bienes inmuebles la venta se perfeccionaba con la aprobación del remate y la tradición se producía con la plasmación de la venta en un documento público, que antes era una escritura notarial y hasta la reforma del año 2009, era el testimonio del auto de aprobación (hoy, decreto). Puede afirmarse que el requisito indispensable para que pueda entenderse que se ha producido la transmisión de dominio del inmueble, no es solo que exista título, sino también que concurra modo de adquirir mediante la tradición o entrega (según exige el art. 609 CC). Sin embargo, ya se expuso que la aplicación de la teoría del título y el modo a la subasta es, cuanto menos, artificiosa.

La cuestión presenta una notable complejidad jurídica no exenta de polémica, pero en ella concurren unos evidentes efectos prácticos, ya que la cuestión a dilucidar es la fecha en la que debe entenderse transmitido el dominio sobre el bien, en un procedimiento de subasta judicial, algo que afecta no sólo al IBI sino a otros impuestos como la plusvalía municipal y, fuera del ámbito local, al ITPAJD o al IVA<sup>296</sup>.

---

<sup>296</sup> La Dirección General del Catastro se ha pronunciado sobre el particular en la Circular 03/03/2009, de 2 de abril, denominada "Tratamiento en el Catastro de los distintos modos de adquisición del dominio. La Circular, a su vez, se basaba en una doctrina jurisprudencial reiterada. En este sentido, STS, Sala de lo Civil, de 6 de septiembre de 2001: *"Siguiendo ese cauce interpretativo, las Salas de lo Contencioso-Administrativo y, en especial, la Tercera, han sentado la doctrina, en Sentencias, entre otras, de 20 junio 1956, 24 octubre 1980, 16 mayo 1988, 2, 6 y 13 febrero 1989 y 15 julio 1991, de que "el acto de adjudicación del inmueble en subasta pública judicial es suficiente para justificar el título dominical, y con él el momento del devengo o el cierre del período impositivo del arbitrio de plusvalía, aunque no sea bastante para poder efectuar la inscripción*

### 5.3.3.a) Consumación en caso de cesión de crédito.

En el caso de la cesión de crédito<sup>297</sup> también se ha planteado el problema de la sujeción al IVA o al ITP de la transmisión<sup>298</sup>.

---

*regstral, habida cuenta el sistema vigente de transmisión y adjudicación del dominio de los inmuebles, y, por tanto, la escritura pública de compraventa no dilata el efecto transmisivo hasta su fecha, porque su función no es constitutiva sino meramente de formalización o declaración de la transmisión, pues el acto judicial de adjudicación del remate constituye, a los efectos de los artículos 609 y 1.462 del Código Civil, el título o contrato, y no se ve afectado el modo por el otorgamiento posterior de la escritura pública, ya que el adquirente se encontraba con mucha antelación en la pacífica posesión y propiedad de la finca, que le había sido entregada, antes de la escritura, al tiempo de la citada adjudicación del remate."*

<sup>297</sup> Sólo el ejecutante podrá hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el Secretario judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago del precio del remate, que deberá hacerse constar documentalmente. La misma facultad tendrá el ejecutante en los casos en que se solicite la adjudicación de los bienes embargados con arreglo a lo previsto en esta ley.

<sup>298</sup>Vid. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 8458/2000 de 0 noviembre 2000. La cuestión controvertida se refiere a la sujeción al IVA o al ITPAJD en su modalidad de "*Transmisiones Patrimoniales Onerosas*" de la transmisión de un bien inmueble en subasta judicial. Brevemente, mencionar las distintas teorías existentes, no siendo una cuestión pacífica. Esta sentencia resuelve un recurso de casación en interés de ley, interpuesto por la C.A. de Baleares, al amparo del art 100 de la LJCA contra sentencia (n.º 489, de 2 de julio de 1999) dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de dicha Comunidad. Los hechos que están en la base de este conflicto se concretan en la adjudicación en subasta judicial de un inmueble, propiedad de una sociedad mercantil promotora inmobiliaria a una entidad financiera, en el desarrollo del proceso de ejecución hipotecaria de la deuda que con esta entidad financiera tenía contraída la entidad inmobiliaria hipotecante.

La entidad adquirente del inmueble en la subasta judicial presentó ante la Administración tributaria una declaración del ITP sin pago de cuota, por entender que la operación estaba sujeta al IVA y no al ITP. Sin embargo, la Administración tributaria practicó la correspondiente liquidación por el ITP, al interpretar, en contra del criterio mantenido por el contribuyente, que la operación sí estaba sujeta al ITP y, por el contrario, no al IVA. Planteada la oportuna reclamación económico-administrativa contra esta liquidación, el TEAR de Baleares anuló el acuerdo liquidatorio de la oficina gestora de la Administración tributaria por entender que, al tratarse de una primera transmisión efectuada por el propio promotor, estaba sujeta al IVA. El mismo criterio que el TEAR sigue el TSJ de Baleares en la sentencia 2 julio 1999 que resuelve el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma contra la resolución del TEAR mencionada. La Comunidad Autónoma recurrente persigue mediante la interposición del recurso de casación en interés de ley, de acuerdo con la configuración que de este recurso efectúa el art. 100 LJCA que el TS fije una doctrina legal sobre la cuestión material de fondo controvertida, contraria a la sustentada por la

Por un lado, la tesis contractualista<sup>299</sup>, entiende la adquisición en subasta judicial como una adquisición derivativa, dado que el órgano jurisdiccional desempeña un papel instrumental en la misma y, en consecuencia, admite la posibilidad de que las adquisiciones de bienes en subasta judicial estén sujetas a IVA.

Por otro lado, la tesis procesalista<sup>300</sup>, entiende que la adquisición en subasta judicial sería originaria, por efectuarse la venta forzosa en un procedimiento completo del órgano jurisdiccional, con un poder propio, autónomo, lo que determinaría que en ningún caso podrían concurrir los requisitos objetivos y

---

STSJ recurrida, por ser ésta errónea y gravemente dañosa para el interés general. El TS desestima en este caso el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Comunidad Autónoma Balear. La desestimación del recurso en este caso, sin pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, y la emisión de un voto particular discrepante por parte del propio magistrado ponente de la sentencia dejan traslucir el debate y la discusión interna del asunto en el seno de la propia sala del TS que dicta esta sentencia, existiendo dos tesis abiertamente enfrentadas sobre la cuestión material de fondo.

<sup>299</sup> Cfr. TORIBIO FUENTES, F. Comentarios..., ob. cit., págs. 1235 y 1236, refiriéndose a esta tesis como aquella que parte de la siguiente idea: un proceso de ejecución culmina con la enajenación forzosa del bien, en todo caso, si estamos en un procedimiento de ejecución hipotecaria, siendo habitual en este punto utilizar conceptos procedentes del derecho privado para explicar la naturaleza de la enajenación forzosa como un contrato de compraventa. La propia LEC no es ajena a esta manera de ver las cosas, utilizando los términos venta, precio, pago del precio, consignación del precio, precio de venta o incluso comprador, en algunos de sus preceptos, incluso algunos relativos a ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados.

<sup>300</sup> Cfr. TORIBIO FUENTES, F. Comentarios..., ob. cit., págs. 1236. Considera esta tesis, en cuanto a un procedimiento ejecutivo ordinario, pero que puede entenderse aplicable a la ejecución hipotecaria, que en un procedimiento de apremio, no estamos en realidad ante una venta sino ante un acto procesal por el que el Tribunal transmite al tercero un bien, en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para obtener el dinero con el que satisfacer la pretensión del ejecutante. Mencionando a Montero Aroca y Flors Maties (2004, 1725 y ss.) estamos ante una transferencia coactiva de derechos *intervivos*, onerosa, que se realiza independientemente del titular del bien, incluso contra su voluntad, ya que se trata de un procedimiento ejecutivo, y que se efectúa unilateralmente por el tribunal, si bien está condicionada a la declaración de voluntad del adquirente. También menciona este autor a Guasp Delgado y Aragoneses Martínez (2006, 245 y ss.), quien considera que partiendo de la naturaleza procesal de la realización forzosa, la misma no se puede explicar partiendo de conceptos de Derecho civil, que a lo sumo servirían para ser utilizados por simple analogía.

subjetivos que determinan la sujeción al IVA y, por tanto, la adquisición de bienes en subasta pública sólo podría estar sujeta, en su caso, al ITP<sup>301</sup>.

Como cuestión previa, que puede plantearse en cualquier caso de adquisiciones mediante subasta, debe determinarse si la operación queda sujeta al IVA o al ITP.

Será el dueño del bien adjudicado el que determinará la aplicación de uno u otro impuesto.

La sujeción al ITP se producirá cuando el propietario del bien transmitido mediante subasta sea un particular (es decir, una persona que no ostenta la condición de empresario o profesional); cuando, siendo empresario o profesional, la operación no se realice en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional; o cuando siendo empresario o profesional y estando el bien afecto a su actividad, la operación quede sujeta y exenta de IVA por el artículo 20 de la Ley del IVA, o bien no sujeta a IVA por el artículo 7 de la propia Ley.

### **5.3.3.b) Consumación en caso de cesión de remate.**

Por lo que respecta a la cesión de remate, al remate a calidad de cederse sigue refiriendo el artículo 20 del Reglamento del Impuesto, distinguiendo según que el postor a quien se adjudique el remate hubiera hecho uso, en el acto de la subasta, del derecho a cederlo en las condiciones establecidas por la normativa reguladora de la subasta de que se trate, en cuyo caso se liquidará una sola transmisión en favor del cesionario; o que la declaración de haber hecho la postura para ceder se formule después de celebrada la subasta, en cuyo caso se

---

<sup>301</sup> Vid. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1618/1994 de 10 marzo, ha proporcionado los principales argumentos para entender que la transmisión del bien inmueble por el promotor en subasta judicial no está sujeta al IVA sino al ITP.<sup>301</sup> Los argumentos, por lo tanto, son dos:

a) que la transmisión no la realiza el empresario o profesional sino el juez (hoy secretario) en virtud de la subasta judicial (como acto integrado de título -la aprobación del remate - y modo -la adjudicación al rematante del inmueble subastado.

b) que la transmisión no se produce en el ejercicio de una actividad empresarial. Lo cual entrañaría la no concurrencia de los requisitos subjetivos y objetivos que determinan la sujeción al IVA.



liquidarán dos transmisiones distintas: una, al adjudicatario del remate, y otra, al cesionario de aquél.

Retrotrayendo a la época en que se aprobó el Reglamento del Impuesto, la distinción que hace es congruente con los términos tanto LEC de 1881 como de los artículos, entonces vigentes sobre la materia, LH y su Reglamento. Se interpretó, en la práctica que, para girar sólo una liquidación al cesionario, debería resultar claramente que el postor, al comparecer en la licitación, había manifestado ya su intención de hacer sus posturas a calidad de ceder el remate, porque faltando esa manifestación y haciéndose uso de esa facultad después, se girarían dos liquidaciones.

En la interpretación del art. 20 del Reglamento del Impuesto, surgen dos posturas posibles:

1.º) La primera, es la que considera que con el art. 647 LEC, pueda seguir manteniéndose esa distinción entre los dos supuestos a que se refiere el artículo 20, de modo que cuando, como dice el primer párrafo del artículo 647 LEC, el ejecutante hace postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero, como hace uso de ese derecho en el acto de la subasta, habrá una sola transmisión; pero cuando, en el caso del segundo párrafo del artículo 647 LEC, el ejecutante hace uso del mismo derecho, solicitándolo, se entiende, a la vista del resultado de la subasta, como su petición se formula después de celebrada la subasta, habrá dos transmisiones.

2.º) La segunda, es la que considera que con los arts. 647 LEC y 20 del Reglamento, con la nueva regulación LEC, se da un reconocimiento *ex lege* al ejecutante de su derecho a ceder el remate, y ello, en todo caso, esto es, porque participe en la subasta o porque llegue a solicitar que se le adjudique el bien después de ella.

Su participación en la subasta siempre será, sin necesidad de manifestarlo, con reserva del derecho a ceder el remate. Y si lo solicita después, no por ello se está contraviniendo, sino cumpliendo, utilizando las palabras del Reglamento del

Impuesto, las condiciones establecidas por la normativa reguladora de la subasta de que se trate. Con esta interpretación, parece que sólo habrá dos liquidaciones en casos muy residuales, como el de que, celebrada la subasta y dictado un Decreto de adjudicación a favor del ejecutante, éste pida la firma de otro Decreto para que se apruebe nuevamente la adjudicación, ahora a favor del cesionario. Pero en los demás casos, parece bastante remoto llegar a considerar que fiscalmente haya dos transmisiones a la vista de la actual regulación legal, a pesar de la norma del Reglamento del Impuesto.

Lo cierto es que en la práctica el ejecutante manifiesta su intención de reservarse facultad de ceder el remate a tercero, bien en la propia subasta, bien en escrito posterior solicitando se dicte decreto de adjudicación. Lo que es cierto es que la práctica judicial no tiene en cuenta cuando se realiza esa manifestación, sino únicamente si se ha realizado o se ha renunciado a ella. Es decir, no se considera en ningún caso que se produzcan dos transmisiones, sino solo una, por lo que se mantiene la segunda opinión de las dos expuestas.

Otra de las cuestiones que se plantea es la de la entidad del precio o contraprestación entregada por el cesionario del remate y su influencia en el tratamiento fiscal que aquél habrá de recibir por su adquisición.

En concreto: ¿qué pasa con aquellos casos en los que el cesionario no ha pagado lo mismo, sino menos o más, que lo ofrecido por el ejecutante?

- En el caso de que el cesionario haya pagado menos que lo ofrecido por el ejecutante, pagará aquél el impuesto que le afecta, como sujeto pasivo del Impuesto de Transmisiones o del IVA, según los casos. Y, como sabemos, en principio, será la base imponible el precio de adjudicación aprobado, en su totalidad, como valor comprobado y sin minoración.

- En el caso de que el cesionario haya pagado al ejecutante más que lo ofrecido por él para adjudicarse la finca, se pone sobre la mesa la cuestión del sobreprecio que cobran las entidades ejecutantes a los cesionarios por cederles el remate.

El Tribunal Supremo ha considerado que el sobreprecio puede estar exento del IVA para las entidades ejecutantes cesionarias siempre que tal sobreprecio se destine a minorar la deuda, ya que las entidades destinan ese sobreprecio al recobro de los créditos que están ejecutando<sup>302</sup>.

Lo cierto es que se trata de una vía que trata de proteger la posición del deudor hipotecario en su interés de minorar en la mayor medida posible, su deuda hipotecaria sin sobrecargar fiscalmente, por otro lado, la posición del acreedor<sup>303</sup>. Por tanto, a efectos de la determinación del régimen de tributación en el IVA de las operaciones indicadas (cuando se cobra un precio por encima del de remate, por la cesión), se distinguirían las dos operaciones siguientes:

a) La cesión del remate efectuada mediante un precio por el banco ejecutante al consultante, beneficiario de dicha cesión. Dicha operación estaría sujeta al IVA, en virtud de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 37/1992 de 28 de diciembre<sup>304</sup>, que grava las prestaciones de servicios realizadas por empresarios

---

<sup>302</sup> Cfr. STS 4481/2005. de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. de 5 de julio de 2005. Estimó el recurso interpuesto por una entidad de crédito, que se opuso a una liquidación de IVA girada por la Agencia Tributaria por los sobreprecios cobrados por ella a través de las cesiones de remate realizadas para el reembolso de los créditos hipotecarios ejecutados. Las sentencias reconocieron, por otro lado, que hay una sola transmisión en el supuesto de cesión del remate y, en lo que ahora nos interesa, declararon lo siguiente: Que puede existir un sobreprecio que percibe el cedente por presentar al tercero para que sea éste quien se adjudique el bien. Que si las entidades destinan ese sobreprecio al recobro de los créditos que están ejecutando, hay motivo para que soliciten la exención de IVA. Pero que, invocada esa exención, se estima que ello debe repercutir en la deuda pendiente del demandado y así debe constar en el propio expediente de ejecución descontándose de la deuda perseguida ese sobreprecio.

<sup>303</sup> Pongamos un ejemplo; de un Decreto de adjudicación, puede resultar: Que el precio de adjudicación inicialmente aprobado era, por ejemplo, de 60.000 euros. Que la base imponible sobre la que se liquidaría, por ejemplo, el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (7%) serían esos 60.000 euros. Que el cesionario, sin embargo, pagó 10.000 euros de más por la cesión de remate. Si la entidad ejecutante, que cedió el remate, cobra ese sobreprecio, por el mismo debería ingresar el IVA correspondiente, consecuencia de tratarse de cantidades sujetas a ese impuesto por razón de la condición empresarial de la entidad de que se trate y porque son cantidades obtenidas en el ejercicio de dicha actividad. Lo que el Tribunal Supremo sostuvo es que esa cantidad podría, por destinarse al recobro del crédito del ejecutante, quedar exenta de IVA. Pero, entonces, será la cantidad total de 60.000 euros, más – íntegros- los 10.000 restantes la que procederá descontar entera del total adeudado por el demandado.

<sup>304</sup> Ley sobre el Impuesto del Valor Añadido.

o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional.

b) La transmisión del inmueble objeto de la subasta judicial efectuada por el deudor hipotecario al consultante. Tal entrega está sujeta al referido impuesto, según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 37/1992 de 28 de diciembre, por ser el transmitente un empresario o profesional y la parcela urbana, sobre la que se asienta un edificio en construcción, formar parte de su patrimonio empresarial o profesional. En otro caso, la mencionada operación no estaría sujeta al IVA.

- Por último, cabe la posibilidad de que el cesionario no haya pagado nada por la cesión, lo que sucedería en el caso, antes expuesto, de la cesión de remate a favor de un fondo de titulización hipotecaria, que hubiera adquirido el crédito objeto del procedimiento, o en el caso de la cesión que se verifica a favor de un acreedor pignoraticio, que hubiera garantizado una operación concertada con el ejecutante precisamente con el crédito que es objeto de ejecución.

Como en ambos casos, la falta de pago obedece a la previa existencia de una prestación que se considera causa jurídica de la cesión de remate que ahora se realiza, parece también clara la sujeción al impuesto de transmisiones que corresponda a cargo del cesionario, en cuya sede se habrán de alegar las exenciones que procedan.

Pero si esa cesión de remate no tuviera ni acreditación de pago alguna ni razón jurídica que justifique la falta de contraprestación por la finca que se adquiere, independientemente de considerar que no debiera ser aprobada por el Secretario, igual que en el caso de que no se acreditara documentalmente el pago del precio, la cuestión fiscal que se plantea estaría relacionada incluso con la naturaleza de la cesión de remate: así, debería plantearse si sería de aplicación la norma esencial exigible a las transmisiones lucrativas de bienes inmuebles o tuviera más que ver con el tratamiento fiscal de las donaciones.

#### **5.4. PLAZO DE APROBACIÓN DEL REMATE.**

La Ley 13/2009 de 3 de noviembre mantiene los mismos plazos para aprobar el remate (el artículo 670 LEC dice que “*en el mismo día o en el siguiente*” de la celebración de la subasta) Este plazo empezará a contar desde distintos momentos según el precio final ofrecido por el bien subastado, así:

- Si la mejor postura fuera igual o superior al 70% del valor del avalúo, el Secretario Judicial, el mismo día o el siguiente de la celebración de la subasta, aprobará el remate a favor del mejor postor.

- Si solo se hicieren posturas superiores al 70%, pero ofreciendo pagar a plazos con garantías suficientes, bancarias o hipotecarias, del precio aplazado, antes de aprobar el remate a favor de la mejor de las posturas aplazadas, se hace saber al ejecutante, quien, en los veinte días siguientes podrá pedir la adjudicación del bien por el 70% del avalúo. Sólo si el ejecutante no hiciere uso de este derecho, se aprobará el remate en favor de la mejor de aquellas posturas, con las condiciones de pago y garantías ofrecidas en la misma. Queda así condicionada la aprobación del remate al cumplimiento de dos circunstancias: que en el momento de la subasta se ofrezcan garantías bancarias e hipotecarias suficientes a juicio del Secretario, por el mejor postor y que el ejecutante no haga uso de la posibilidad de adjudicarse el bien por el 70% del avalúo en los veinte días siguientes.

Dándose estas dos circunstancias la aprobación del remate resulta obligada.

- Si la mejor postura ofrecida en la subasta fuera inferior al 70% del avalúo, antes de aprobar el remate, la LEC adopta medidas para que el bien subastado no se venda por un precio inferior al mínimo que considera razonable, facultando al ejecutado para presentar, en el plazo de diez días, a un tercero que mejore la postura, ofreciendo cantidad superior al 70% o que, aún inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.

Transcurrido dicho plazo sin que el ejecutado haga uso de esa facultad, el ejecutante puede, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del bien por el

70% del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura, acabando así con las situaciones injustas que se producían con la situación legislativa anterior, en un intento del legislador por proteger al deudor hipotecario, que sin embargo, ha desembocado en una situación más favorable para cualquier tipo de deudor<sup>305</sup>.

Solo cuando el ejecutante no solicite la adjudicación, a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, resulta obligada la aprobación del remate por el Secretario Judicial a favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50% del valor de tasación, o siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas.

Todo lo anterior retrasará, por tanto, la aprobación del remate.

- Si lo ofrecido no alcanza el 50% del valor de tasación, o la cantidad por la que se ha despachado ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. El Secretario judicial, responsable de la ejecución, previa audiencia de las partes, resuelve sobre la aprobación del remate, a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que procede, las posibilidades de lograr la

---

<sup>305</sup> DOMINGUEZ LUELMO, A. Códigos de conducta y préstamos hipotecarios, Edit. Dykinson Madrid 2014. págs. 97 y 98 Sobre todo en los casos en que la cantidad que quedaba por pagar era muy pequeña, ya que el Banco optaba en estos casos por adjudicarse el bien hipotecado a cambio de saldar la deuda, es decir, que los bancos escogían una u otra opción en función de sus intereses, ya que cuando la cantidad que quedaba por satisfacer era muy elevada preferían optar por el 50 o 70% del valor de tasación, que permitía proseguir la ejecución por la vía del 579 LEC, en cuanto al resto de la deuda. el Real Decreto-Ley 8/2011 elevó el porcentaje mínimo por el que se podía adjudicar el bien, modificando el art. 670.4 LEC, pudiendo pedir la adjudicación por el 70% del valor de tasación o por la cantidad que se deba por todos los conceptos, pero siempre que ésta cantidad exceda del 60% del valor de tasación y a la mejor postura. En definitiva, es acertado el análisis de este autor porque lo que pretendía ser una protección, exclusivamente del deudor hipotecario (a tenor de la exposición de motivos de la propia Ley), se convierte en una protección a todo deudor al aplicarse el art. 671 LEC a todo tipo de ejecución. No obstante, la Ley 37/2011, de 10 de octubre intenta enmendar el error, pero sin modificar el tenor de los arts. 670 y 671 LEC sino dictando una disposición adicional sexta que establece la distinción de ejecución de bienes inmuebles cuando se trate de vivienda habitual.

satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor, según establece el apartado 4.º del art. 670 LEC.

Se trata, por tanto, de un incidente que tendrá que resolver el Secretario judicial una vez oídas las partes, tras lo cual aprobará o no el remate.

- En el supuesto de celebrarse subastas simultáneas<sup>306</sup>, el art. 673 LEC impone al Secretario, responsable de la ejecución, la obligación de esperar a recibir las diligencias del otro Juzgado para poder aprobar el remate a favor del mejor postor de entre todos ellos, a la vista de las posturas finales de cada una de las subastas. Si dos o más posturas fueren iguales, habrá que aguardar a la celebración de una nueva licitación entre estos dos postores para poder aprobar el remate a favor del que ofrezca el mejor precio. Las subastas simultáneas del art. 673 LEC pueden ser acordadas en el supuesto de ejecución hipotecaria inmobiliaria, ya que poniendo en relación éste art. con el art. 684.1.1.º del mismo cuerpo legal que determina la competencia para conocer de los procedimientos de ejecución sobre bienes hipotecados inmuebles, resulta competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca y si ésta radicare en más de un partido judicial, lo mismo que si fueren varias y radicaren en diferentes partidos, el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante, sin que sean aplicables en este caso las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la presente Ley.

Enumerados los posibles supuestos de aprobación del remate, está claro que no en todos ellos se puede proceder a la aprobación del remate el mismo día o al día siguiente de la celebración de la subasta, concretamente, existe obligación de aprobar el remate en ese tiempo solo para el primero de los supuestos, es decir, si la mejor postura fuera igual o superior al 70 % del valor del avalúo. Sin embargo

---

<sup>306</sup> Cfr. MOCHÓN A. y SAEZ Y. Entendiendo las subastas. Publicado en Lulu.com. 2011 pág. 94. que hace referencia a las subastas simultáneas ascendentes en cuyo modelo todos los lotes se subastan simultáneamente de forma que en cada subasta se ofrece un lote con su correspondiente precio. En este modelo los participantes pujan en distintas rondas por los lotes en que estén interesados.

lo que ocurre en la práctica es que aunque la ley expresa claramente en el art. 670.1 LEC que el decreto de aprobación de remate se debe dictar el mismo día de la subasta o el día siguiente a la misma, como condición previa al dictado del decreto de adjudicación (art. 670.8 LEC), son muchos los juzgados que obvian dicho trámite y que van directamente al decreto de adjudicación.

Puede interpretarse que esta práctica judicial provoque indefensión para el mejor postor en la subasta, ya que mientras no se dicte el decreto de aprobación de remate, el ejecutado puede comparecer e ingresar las cantidades debidas y liberar el bien.

No es fácil la resolución de éste problema, ya que si no se dicta el decreto de aprobación de remate en el plazo fijado por el art. 670.1 LEC (en el mismo día de la subasta o en el siguiente) podría entenderse que el remate ha sido aprobado en el acta de la subasta, pero este artículo establece taxativamente que tal aprobación debe hacerse por decreto, es decir, requiere tal resolución, sin ser suficiente la mera mención en el acta.

Los intereses del mejor postor se contraponen a los del ejecutado. El primero mantendrá que el remate se aprobó en el acta de la subasta, por lo que el ejecutado ya no podría liberar el bien y el segundo que no se ha dictado el preceptivo decreto aprobando el remate por lo que está en plazo para consignar las cantidades debidas.

En base a lo anterior es recomendable dictar el preceptivo decreto de aprobación en el plazo establecido por el art. 670.1 LEC. Sin embargo, el art. 693.3 LEC, fija hasta el mismo día señalado para la celebración de la subasta, para que se puedan consignar las cantidades, por tanto una vez celebrada la subasta el ejecutado ha perdido la posibilidad de liberar el bien<sup>307</sup>. Sin duda si el precepto no hubiera

---

<sup>307</sup> En el artículo publicado en alitzaabogados.com de 30 de octubre de 2013 (consultado el 31 de agosto de 2015), sobre el menor plazo para liberar el bien en la ejecución hipotecaria que en la ejecución ordinaria, establece la clara diferencia entre ambos artículos, de la siguiente manera: El art. 693.3 LEC sólo permite liberar el bien «hasta el día señalado para la celebración de la subasta», a diferencia del art. 670.7 LEC que, con carácter general en los procesos de ejecución ordinaria, posibilita el ejercicio de dicha facultad «En cualquier momento anterior a la aprobación del remate



fijado este momento, debería tenerse en cuenta el de la perfección de la enajenación que es cuando se dicta el decreto de aprobación del remate porque es cuando el Secretario acepta la mejor postura. Por tanto hasta entonces sería posible la liberación del bien por el ejecutado, pero el precepto es taxativo.

Esta es la razón de que, en la práctica, muchos Juzgados omitan el trámite del decreto de aprobación y dicten directamente el de adjudicación, considerando, en base al art. 693.3 LEC, que no se produce ninguna indefensión para el mejor postor.

Lo más acertado sería aprobar el remate en el acta de la subasta, dictando y notificando el consiguiente decreto en ese mismo momento. De esta manera, comenzará a correr el plazo de 20 días para que el mejor postor consigne la totalidad del precio ofrecido por el remate y no habrá necesidad de notificar posteriormente, con la dilación que ello supone, la resolución escrita del

---

o de la adjudicación al acreedor», lo que supone que si el bien subastado lo adquiere un tercero el *dies ad quem* para la liberación será la fecha del decreto de aprobación del remate (con independencia de su firmeza), mientras que si el ejecutante se lo adjudica en los supuestos legalmente previstos (arts. 670.3 y 4 y 671 LEC) se podrá liberar el bien hasta el decreto de adjudicación dado que en este último caso no se dicta decreto de aprobación del remate, a diferencia de si el ejecutante adquiere el bien en subasta en que se dictará un primer decreto de aprobación del remate y un segundo de adjudicación. En este último caso, a pesar del confuso tenor del art. 670.7 LEC, hay que entender que el *dies ad quem* para liberar el bien será la fecha en que se dicte el decreto de aprobación del remate y no el de adjudicación. En una primera aproximación, pudiera parecer que el ejecutado tiene un plazo similar para liberar el bien en el proceso de ejecución ordinario y en el hipotecario, pero dicha similitud es sólo aparente, pues si se analiza con profundidad, el plazo difiere considerablemente; ya que aunque como regla general el decreto de aprobación del remate se dicta en el mismo día o en el siguiente a la subasta, puede ocurrir que por múltiples eventualidades (no ofrecer ningún postor el mínimo exigido, no haber más que posturas a plazos, quedar desierta la subasta, caer en quiebra etc.) la aprobación del remate o la adjudicación al acreedor se produzca en un momento muy posterior, existiendo un lapso de tiempo considerable entre el día de la subasta y el dictado de dicho decreto. En el procedimiento hipotecario, si llegare a celebrarse la subasta a pesar de la liberación del bien, esta sería nula de pleno derecho; de todos modos, es harto improbable que esto acontezca, pues normalmente, una vez consignadas las cantidades adeudadas, el ejecutado lo pone inmediatamente en conocimiento del Juzgado y, aunque así no ocurriera, el Secretario Judicial antes de la subasta debe verificar que no se haya producido el ingreso de lo debido en la cuenta de depósitos y consignaciones. En el proceso de ejecución ordinario si se paga lo adeudado después de la subasta pero antes de la aprobación del remate, la subasta que en un principio fue celebrada válidamente también quedará sin efecto.

Secretario Judicial aprobando el mismo a los intervinientes en la subasta (salvo que las posturas fueran por escrito)<sup>308</sup>.

En el siguiente apartado, al hacer referencia a los efectos de la aprobación del remate, se analizará el fin del plazo para liberar el bien y rehabilitar el préstamo.

## **5.5. EFECTOS.**

La aprobación del remate no produce nunca efectos reales, al necesitar de la *traditio* para lograr el resultado adquisitivo del bien, pero sí que tiene efectos obligacionales entre el deudor propietario de los bienes subastados y el rematante. Este, al mismo tiempo que adquiere el derecho a que se le entreguen los bienes subastados, contrae la obligación de pagar el precio ofrecido en el remate por el bien subastado. En definitiva, del decreto de aprobación del remate surge la obligación del rematante de pagar o consignar el resto del precio y su derecho, una vez cumplida, a ser puesto en posesión de los bienes.

Según el art. 1462 CC se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador, distinguiendo el supuesto de venta mediante escritura pública, y el art. 1463 del mismo cuerpo legal la entrega de cosas muebles.

El rematante dispone de un plazo de 40 días para consignar en la Cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado la diferencia entre lo que ya entregó como depósito para participar en la subasta y la cantidad por la que se adjudicó el remate (empezando a contar este plazo desde la notificación al postor del decreto de aprobación del remate). La aprobación del remate constituye el momento de perfección de la enajenación forzosa<sup>309</sup>, ya que el Secretario acepta

---

<sup>308</sup> Cfr. SERNA BOSCH, J. La subasta judicial....ob cit., pág. 85.

<sup>309</sup> Opinión mantenida por múltiples autores, entre ellos, ESPINOSA JOVER, M. quien considera que la perfección de la venta judicial por el concurso de la oferta y la aceptación definitiva de la cosa y el precio, siendo que esta se produce por cada postura de los licitadores, y finalmente por la determinación jurisdiccional de la mejor postura. Breves consideraciones en torno a la perfección

la oferta realizada por el mejor postor, quedando en ese instante determinado el adquirente del bien subastado así como el precio del mismo.

Sin embargo, la consumación de la misma se producirá una vez se haya satisfecho la totalidad del precio ofrecido por el bien subastado y se le entregue al adjudicatario dicho bien. Por tanto, el Secretario una vez consignada la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate dictará decreto de adjudicación para que sirva de título de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Con respecto al deudor, ya se ha indicado como la aprobación del remate (según el art. 670.1 LEC) señala el momento a partir del cual ya no podrá librar sus bienes pagando íntegramente lo que debe al ejecutante por principal, intereses y costas o, lo que es lo mismo, señala el *dies a quo* a partir del cual la enajenación forzosa se convierte en irrevocable, como establece, para los bienes inmuebles el artículo 670.7.º LEC. Por tanto, el decreto de aprobación de remate o, en su caso, el decreto de adjudicación (a lo que se hará referencia posteriormente) marca un momento preclusivo importante.

Parecía que la modificación LEC zanjaba la discusión que, con anterioridad, existía sobre el art. 1489 (LEC/1881). Según ésta el deudor podía liberar sus bienes “antes de verificado el remate”. Su ambigüedad residía en el empleo del término remate dándosele a lo largo del texto significados diversos. Efectivamente, la LEC/1881 lo usaba a veces para aludir al acto de subasta, otras para referirse al final del mismo, es decir, el momento en que se individualizaba la mejor postura así como el nombre del mejor postor concluyendo con ello la celebración de la subasta.

---

y consumación en las ventas judiciales forzosas. Publicado en Derecho y Procesal. Estudios Jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal. UNIVERSIDAD DE MURCIA 1980. No obstante, la doctrina discrepa sobre quien hace la oferta y a quien compete la aceptación, cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E.: La enajenación forzosa, Volumen 31 de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra Pamplona 1966, pág. 60.

La LEC parecía poner fin a las dudas prescribiendo que la liberación de los bienes por el deudor fuera factible hasta el mismo día de celebración de la subasta (en al art 693.3 LEC)<sup>310</sup>.

Por tanto, los dos principales efectos de la celebración de la subasta<sup>311</sup> son:

- La imposibilidad de levantar el embargo, y como consecuencia de ello,
- Que el proceso de ejecución continúa hasta el final<sup>312</sup>.

Este precepto regula la posibilidad de la enervación de la acción hipotecaria y rehabilitación del préstamo (aunque el precepto, como hemos visto, se refiere a la liberación del bien) que constituye una forma anticipada de terminación de un proceso judicial, aunque en cierta forma supone una modalidad de allanamiento de las pretensiones del acreedor hipotecario que, previa satisfacción total o parcial del crédito, supone la conclusión del procedimiento sin que se vea alterada el negocio o la relación jurídica existentes entre las partes.

El citado art. 693.3 LEC<sup>313</sup> distingue con suma claridad dos supuestos de vencimiento: la reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo

---

<sup>310</sup> Dispone el art. 693.3 en relación con el apartado segundo del referido precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil que: *“el acreedor podrá solicitar que se comuniquen al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. Si el bien hipotecado fuese vivienda familiar, el deudor podrá aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior”*.

<sup>311</sup> Vid. CACHÓN CADENAS, M. Y PICÓ I JUNOY. Ejecución civil: problemas actuales. Aspectos problemáticos de la ejecución hipotecaria. Edit. Atelier 2008. págs. 253 y ss. En relación a la subasta en el procedimiento de ejecución dineraria y los actos de preparación de la subasta, así como su desarrollo CACHÓN CADENAS, M. se refiere a esos dos efectos mencionados. Apuntes de ejecución procesal civil. Universidad Autónoma de Barcelona. 2011. págs. 72 y ss.

<sup>312</sup> Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E. La enajenación forzosa....ob. cit., pág. 40. Este autor hacía referencia como momento en que se producían estos dos efectos, al de aprobación de remate, no al de celebración de la subasta.

<sup>313</sup> Cfr. STS 2155/1999 de 27 de marzo. Sala de lo Civil. (Id Cendoj: 28079110011999101370), que dice textualmente: “Impagado uno de los plazos de amortización del principal o de los intereses”. El estudio del art. 135 LH que realiza esta Sentencia se basa en lo siguiente: “...se transfiere la finca

pago deba hacerse en plazos diferentes y el vencimiento anticipado de deudas a plazos. Debería unirse el tercer supuesto, el de vivienda familiar.

Dicho de otra manera, nos encontramos ante tres supuestos, previstos legalmente en los apartados 1, 2 y 3 del art. 693 LEC. El primero es una opción del acreedor; los dos siguientes del ejecutado.

Primer supuesto: Despachar por los plazos vencidos e impagados. En este caso podrá la parte ejecutante acudir a la vía de la ampliación de la ejecución por los sucesivos plazos que vayan venciendo conforme al art. 578 LEC, transfiriéndose la finca al comprador (en realidad al rematante o adjudicatario), si bien con la hipoteca correspondiente a la parte de crédito que no estuviere satisfecha (art. 127 LH). Es decir, subsiste la hipoteca y se subroga el adquirente.

Segundo supuesto: Utilizar la cláusula del vencimiento anticipado <sup>314</sup>. Se despacha por la totalidad de la deuda ante el incumplimiento de algún plazo. El acreedor puede permitir (es necesario, por tanto, consentimiento del acreedor) que el deudor ponga fin al proceso hasta el día señalado para la celebración de la

---

al rematante, pero con la carga de la hipoteca que subsiste, precisamente para continuar garantizando el pago de la parte del crédito todavía no satisfecho. La resolución destruye retroactivamente el negocio previamente concluido (opera *ex tunc*) y es como si el préstamo se diluyese jurídicamente por el incumplimiento sobrevenido. El sistema legal protege al acreedor drásticamente, pero sin destruir el negocio jurídico. Fulmina cualquier incumplimiento temporal con la estrepitosa venta del inmueble, pero obligando al adquirente a respetar la hipoteca siempre que queden por vencer otros plazos de la obligación”.

<sup>314</sup> No debe obviarse el hecho que las cláusulas de vencimiento anticipado son las que mayoritariamente aparecen en casi todas las escrituras de constitución de una hipoteca sobre bienes inmuebles. La STS 2155/1999, Sala 1.ª, de 27 de marzo, citada en la página anterior considera que “... *En bastantes casos la condición resolutoria visibiliza una actitud leonina y prepotente de las entidades financieras.*” Y critica la regulación hipotecaria contraria a la procesal en este punto de la siguiente manera: “*Esta pertinacia del legislador hipotecario (congruente con el Código Civil, según el cual el plazo se entiende establecido en beneficio del acreedor y del deudor), que no hace ninguna concesión hacia la posibilidad de resolver prematuramente el préstamo, nos sugiere la convicción de que los pactos resolutorios devienen contra legem y están teñidos de nulidad. Si se considera que cumplen una finalidad lícita debieran derogarse los preceptos del Código Civil que contradicen las anticipaciones resolutorias y los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria y los preceptos concordantes*”.

subasta, incluso el mismo día, consignando la cantidad exacta que hasta ese día se adeuda por principal e intereses.

En cualquier caso, la legitimidad de estas cláusulas habilitan al acreedor a la reclamación de la totalidad de lo adeudado por capital e intereses si se hubiera convenido el vencimiento anticipado total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y tal pacto constase inscrito en el Registro de la Propiedad.

Los créditos hipotecarios no suelen concederse, en la actualidad, con un solo vencimiento al final de un plazo único, sino que suele tratarse de créditos con pagos periódicos que son incluso mensuales. Convertida la hipoteca en el instrumento más utilizado para financiar la adquisición de viviendas, el resultado ha sido que los préstamos hipotecarios se pagan normalmente en plazos mensuales o trimestrales, lo que ha hecho surgir los problemas derivados del impago parcial.

La cantidad se determina de dos maneras:

- parte vencida con sus intereses en el momento de presentación de la demanda;
- y
- parte vencida entre la demanda y el momento de pago por el deudor, incrementada por los intereses que se vayan produciendo.

El problema está en los intereses de demora en los casos de vencimiento anticipado, que se exigen sobre la totalidad del crédito. Sin embargo, esto no debe ser así, no se deben exigir intereses de demora sobre la totalidad del crédito sino sólo sobre las cuotas impagadas<sup>315</sup>.

---

<sup>315</sup> El artículo así lo dispone expresamente, cuando habla de intereses de demora “*que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte*”. No puede incluir los intereses de demora del importe de principal vencido anticipadamente, por cuanto al pararse la ejecución queda sin efecto dicho vencimiento anticipado, y por ende, al no ser exigible el pago del mismo, no puede entenderse que el deudor ha incurrido en mora (AAP de Barcelona, Secc. 12, de 16 de marzo de 2006. (Id Cendoj: 08019370122006200053). En este sentido también, STS Sala de lo Civil 1723/2015 de 22 de abril. (Id Cendoj: 28079119912015100021).

En esta situación de crisis, era cuestión de tiempo establecer tipos máximos de demora, lo que fue fijado por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, tipos que han sido avalados por el TJUE.<sup>316</sup> Podría pensarse que en este momento social sería conveniente, incluso, que lo que prevé el art. 693 LEC se extendiera a todos los casos de ejecución hipotecaria, no exclusivamente a los casos de enervación. De hecho, en la actualidad, las cláusulas de fijación de intereses moratorios están en la base de la mayoría de los supuestos de oposición a la ejecución hipotecaria del art. 695.4 LEC.

Tercer supuesto: Vivienda familiar. Enervación de la acción. El apartado 3 del art. 693 LEC, en la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, posibilita la enervación de la acción de ejecución distinguiendo según se trate de la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar o no.

El art. 693.3 LEC habilita un mecanismo con una clara tendencia social, que permite la rehabilitación del préstamo garantizado con hipoteca, con independencia que el acreedor, en virtud de la operatividad de una cláusula de vencimiento anticipado, reclamase la totalidad de la responsabilidad hipotecaria. Si el bien hipotecado fuera la vivienda familiar, el deudor puede liberarla procediendo a la consignación de las cantidades antes citadas incluso sin el consentimiento del acreedor, consignación que podrá realizar hasta el día señalado para la subasta de la vivienda familiar hipotecada. Problema básico para ejercer la posibilidad de rehabilitación de la hipoteca es la determinación de la cantidad que se debe abonar por el deudor porque nos encontramos frente al

---

<sup>316</sup> Vid. STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja y otros), por la que declara que la legislación española en materia de ejecución hipotecaria --arts. 552, apartado 1; 561, punto 3.º y 695 LEC; 114 de la Ley Hipotecaria y la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013-- que establece que el juez nacional está obligado a hacer que se recalculen los intereses de demora resultantes de la aplicación de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero, es compatible con el Derecho de la Unión. No obstante, el juez español debe tener la posibilidad de considerar abusiva la cláusula que imponga tales intereses y, en consecuencia, de dejarla sin aplicación.

problema del impago de los plazos y el vencimiento anticipado del total de la deuda. Se puede entender adecuada la solución al problema que encuentran Dominguez Luelmo y Toribios Fuentes, considerando que esta cantidad está conformada por los vencimientos desatendidos a la fecha de presentación de la demanda, intereses remuneratorios y moratorios devengados hasta ese momento, sin perjuicio de liquidar los intereses, devengados con posterioridad, y tasar las costas producidas, cantidades, estas dos últimas, que deberán ser abonadas también por el deudor, aunque no en ese primer momento que inicia el camino a la rehabilitación del préstamo<sup>317</sup>. En conclusión, el deudor deberá realizar dos pagos, de la cantidad correspondiente a los vencimientos desatendidos y los intereses devengados hasta ese momento y la cantidad que en ese momento debe determinarse por el Juzgado, liquidando los intereses

---

<sup>317</sup> Ejecución hipotecaria de vivienda (rehabilitación del préstamo y enervación de la acción) Edit. Lex Nova 2010, págs. 179 a 183, estudia en profundidad la posibilidad de rehabilitar el préstamo hipotecario, una vez decretado el vencimiento anticipado por el acreedor y promovido el correspondiente proceso de ejecución, mediante el pago de las cuotas desatendidas, posibilidad que no estaba contemplada en nuestro ordenamiento jurídico. Fue introducida por primera vez en el artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, durante la tramitación parlamentaria y sin figurar en el Proyecto inicial. La importancia de la rehabilitación hipotecaria se ha puesto de relieve con la grave crisis que atravesamos, pues no en vano las ejecuciones hipotecarias se han multiplicado, lo que ha colocado a muchas familias ante la tragedia de perder su vivienda habitual. Lo parco de la regulación legal suscita problemas de toda índole, en particular cuáles son las sumas que ha de consignarse. La redacción del art 693.3 no es fácil. En primer lugar, se refiere cuando dice *“suma por principal e intereses que estuviese vencida en la fecha de presentación de la demanda”*, a la suma correspondiente a los vencimientos desatendidos a la fecha de la presentación de la demanda, más los intereses, remuneratorios y moratorios devengados, como si no se hubiese producido el vencimiento anticipado decretado por el acreedor. En segundo lugar, la suma anterior debe incrementarse con *“los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagadas en todo o en parte”*, queriendo decir en este caso, que aunque el vencimiento anticipado de la deuda se ha producido y por tanto no puede haber ya nuevos impagos, se entiende, a estos efectos, se debe actuar como si el acreedor no hubiere optado por el vencimiento anticipado. En tercer lugar, las costas del proceso, pero éstas deben ser previamente tasadas, por lo que el deudor no debe consignar, inicialmente, es decir, en el momento inicial de rehabilitar el préstamo, ninguna cantidad por este concepto, ni siquiera las presupuestadas.



vencidos hasta el momento del pago y las costas causadas por el procedimiento<sup>318</sup>.

De este modo, el legislador concede una facultad al ejecutado (sea deudor, hipotecante no deudor o tercer poseedor) de la que carece fuera de este procedimiento especial, si se ejecutase por la vía del procedimiento de ejecución común de los arts. 538 y ss. LEC, en el que no existiría este privilegio. Por tanto, instada una ejecución hipotecaria y siempre que la finca objeto de la hipoteca constituya su vivienda familiar, el deudor podrá liberar, es decir enervar y sin necesidad de contar con el consentimiento del acreedor, el inmueble pagando la cantidad exacta que, por principal e intereses, estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se hayan producido y las costas.

Surgen, en este punto, dos cuestiones:

1) ¿Qué se entiende por vivienda habitual o familiar? Utilizando conceptos tributarios, se entiende por tal aquella en que el sujeto tiene su residencia durante un plazo continuado de al menos tres años, o en determinadas circunstancias, doce meses<sup>319</sup>. Sin embargo, no parece ser éste el concepto que contempla la Ley 1/2013 de 14 de mayo, sino más bien la sede física en que se desarrolla la convivencia familiar, siguiendo, por tanto, un concepto judicial<sup>320</sup>. Este concepto ha sido criticado sobre todo en el ámbito registral, para el que no ofrece muchas

---

<sup>318</sup> En este punto también surgieron dudas sobre las costas producidas, que en la actualidad están superadas tras la nueva redacción del art. 693 LEC, limitando la cuantía de aquellas al importe de las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos, es decir la cantidad por la que se libera la vivienda, y no la cantidad por la que se despachó ejecución. Cfr. MARTÍNEZ DE SANTOS, A. cómo practicar e impugnar una tasación de costas en el proceso civil. Ediciones Foro Jurídico 2012, pág. 105.

<sup>319</sup> Art. 54 del RD 439/2007 de 30 de marzo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.

<sup>320</sup> STS 1600/1998, Sala 1.ª, de 10 de marzo (Id Cendoj: 28079110011998101924 ) considera a la vivienda familiar como "*el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad)*".

garantías la constancia del carácter de vivienda habitual en la escritura de constitución de hipoteca, ni en la propia inscripción registral, cuando ese carácter puede ser modificado con posterioridad<sup>321</sup>.

2) ¿Quién y cómo se decide que es vivienda habitual si hay controversia? La prueba del carácter de la vivienda habitual es más difícil de lo que parece desde la perspectiva registral, precisamente porque ese carácter no suele constar en la inscripción de hipoteca ni tampoco en las escrituras de compraventa.

La reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, viene a acabar con esta situación que había planteado múltiples problemas en la tramitación de las ejecuciones hipotecarias, exigiendo que las escrituras de compraventa firmadas a partir de su entrada en vigor recojan el carácter de vivienda habitual o no del inmueble hipotecado. No obstante, se mantiene el problema de concreción sobre cuando entender que se está ante una vivienda habitual, pues hasta que las escrituras que recogen tal carácter, lleguen a los juzgados como consecuencia de

---

<sup>321</sup> Vid. VALERO FERNÁNDEZ –REYES, A. La constancia del carácter de habitual o no de la vivienda que se hipoteca. Estudio del nuevo artículo 21-3 de la ley hipotecaria reformado por la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social [www.registradoresdemadrid.org](http://www.registradoresdemadrid.org) (consultado el 1 de septiembre de 2015). Analiza la constancia del carácter de habitual o no de la vivienda que se hipoteca estudio del nuevo artículo 21-3 de la ley hipotecaria reformado por la ley 1/2013, de 14 de mayo, criticando el art. 21.3 LH ya que considera incurre en una grave incorrección técnica puesto que la presunción del carácter habitual de la finca gravada a efectos de ejecución hipotecaria deriva, en realidad, no de la constancia de dicho carácter en la escritura de constitución de hipoteca, sino en la correspondiente inscripción registral, y ello por aplicación del art. 130 LH, según el cual la ejecución directa sólo podrá basarse sobre aquellos extremos del título que se hayan recogido en la inscripción, y por la eficacia que la certificación registral de dominio y cargas a que se refiere el art. 688 LEC tiene en el ámbito de la ejecución. Además, debe tenerse en cuenta que el carácter o no de vivienda habitual puede ser modificado en una escritura posterior de novación o confeccionada expresamente para ello por las mismas partes, o indicado expresamente por un tercer adquirente en la escritura de compra de la finca al subrogarse pasivamente en la hipoteca, o señalado por el propio deudor y un nuevo acreedor (que no dispone de la escritura de constitución y que no debe aportarla en caso de ejecución conforme el art. 6 de la Ley 2/1994) en la escritura de subrogación activa en el préstamo hipotecario, etc. Es decir, sólo la constancia registral del indicado carácter habitual reflejado, a su vez, en la correspondiente certificación de dominio y cargas puede tener desde la lógica jurídica ese efecto presuntivo, ya que siempre constituirá prueba en contrario, a los efectos de la ejecución, de lo que se indique en la escritura de formalización de la hipoteca.

la apertura de procedimientos ejecutivos, resta un tiempo en que se seguirá ejecutando escrituras de constitución de hipotecas que nada dicen al respecto por haberse otorgado con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación LEC.

Puede seguir aplicándose, entonces, las presunciones utilizadas hasta ahora; cuando los titulares hacen constar como su domicilio la vivienda hipotecada se le puede presumir el carácter de vivienda habitual<sup>322</sup>.

Aun así, ¿qué hacer si existiera oposición por la otra parte? La regulación de un incidente para determinar la naturaleza del bien hipotecado, debiendo presentarse un escrito del ejecutado en el que ejercita el derecho, adjuntando aquellos documentos mediante los cuales acredite que es vivienda, debiendo suspenderse la subasta porque pueden causarse perjuicios de muy difícil reparación y dando traslado al acreedor, finalmente resolución judicial (auto o decreto) decidiendo si es vivienda, parece imponerse como la mejor solución para acabar con una excesiva discrecionalidad.

Se trata del supuesto de préstamos hipotecarios de vencimiento gradual con cláusula de vencimiento anticipado por impago, siendo el bien hipotecado vivienda familiar del deudor, por lo que es aplicable a todos los ejecutados: el deudor (persona que compra su vivienda con hipoteca), al tercer poseedor (que compra la vivienda hipotecada) y al hipotecante no deudor, constituyendo una opción legislativa tendente a proteger la vivienda familiar.

En todos los casos, esta facultad puede ejercitarse en una o varias ocasiones siempre que entre la fecha de enervación y el requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor transcurran cinco años; aspecto que ha sido introducido por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, suprimiendo la anterior redacción del artículo 693.3 LEC, la cual contemplaba la posibilidad de

---

<sup>322</sup> En relación a esta materia está el art. 144.5 RH: “Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene tal carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado”.

ejercitarlo una sola vez. No obstante, la última modificación operada en este artículo por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, establece que el bien podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados 1 y 2 del art. 693 LEC, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el art. 575.1 bis LEC y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dicta Decreto, liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

Con independencia de la existencia o no de un pacto de vencimiento anticipado, el deudor se encuentra legitimado para comprobar *per se* o solicitar al Juzgado, la concreción y determinación de las cantidades debidas y vencidas, a computar desde la fecha de la demanda y los intereses de demora correspondientes hasta esa misma fecha. Es un derecho que concede la ley, conste o no en la demanda, la notificación o el requerimiento<sup>323</sup>.

---

<sup>323</sup> Cfr. STS 2065/2003, Sala 1.ª, de 25 de marzo (Id Cendoj: 28079110012003101695), fijó como requisito que conste tal facultad en el auto despachando ejecución so pena de dejar vacío de contenido dicho precepto. En el supuesto analizado declaró la nulidad y ordenó retrotraer las actuaciones al momento del despacho de ejecución, por cuanto lo entendió como un vicio esencial en las garantías que debe regir el procedimiento, al privar de la posibilidad de liberar el bien pagando las cuotas vencidas. “...todo el formalismo que regía en el precedente procedimiento judicial, sumario del art. 131 LH, está investido de un acervo disciplinario adjetivo de clásico corte “ad solemnitatem”, y, es más, ya en relación con la controvertida exigencia inmersa en la regla 7.ª del citado, la misma es de tal modo que, no sólo es reprobable su incumplimiento total, sino cuando la misma notificación hecha no lo ha sido con la observancia de todo su dictado (“el señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor, con la misma antelación en la finca o fincas subastadas”) en su redacción a tenor de la Ley 19/1986 de 14 de mayo, de tal forma que, hasta la notificación de modo distinto al expuesto provoca la nulidad, pues, se resalta que, es jurisprudencia decantada que “los requerimientos y notificaciones que contempla el art. 131, tienen categoría de requisitos esenciales en orden a la tramitación del procedimiento para el que sirven, cuya regulación, a través del conjunto de reglas que le integran, no sólo obedece a una mejor realización de los créditos

Evacuado este trámite, será el acreedor hipotecario quien deberá presentar una liquidación final de la deuda incluyendo los vencimientos de principal e intereses producidos durante la ejecución. Si esta liquidación fuera conforme con el título ejecutivo y no se hubiera consignado el importe de los vencimientos incluidos en ella, el pago al ejecutante se realiza con arreglo a lo que resulte de la liquidación presentada. Si el deudor no estuviese de acuerdo con esa liquidación tendrá derecho a impugnarla, y se estará a lo que se resuelva. Si el deudor consigna las cantidades debidas, en tiempo y forma, se liquidan las costas del procedimiento, igual que si no las impugna en el plazo establecido.

Aunque no lo expresa la norma, pues sólo menciona la necesidad de liquidación y pago, parece que las costas deben ser satisfechas por el deudor, aunque ciertamente este es un aspecto polémico<sup>324</sup> en cuanto a las partidas que deben ser sufragadas por aquél. Su imposición no es dudosa, dado el tenor literal del artículo 693.3 LEC<sup>325</sup>, sin embargo, existen dos cuantías base muy distintas; la que resulta de aplicar el vencimiento anticipado y la vencida e impagada hasta el momento enervador. Esta última es la que refiere el artículo.

Una vez tasadas las costas y satisfechas, se dicta Decreto liberando el bien con cancelación de la nota marginal del artículo 688.2 LEC. Por tanto, la enervación de la acción hipotecaria supone la rehabilitación del préstamo garantizado con la hipoteca y una vez consignada la cantidades antes mencionadas el deudor tendrá la posibilidad de seguir pagando las sucesivas cuotas en la forma prevista en la escritura de hipoteca hasta el final del préstamo, ya que el ejercicio de esta facultad legal no altera las condiciones del negocio jurídico creado. Ahora bien, en cuanto al límite temporal de esta facultad concedida al deudor,<sup>326</sup> el momento

---

*hipotecarios, sino, también, a un propósito de conseguir una adecuada y efectiva protección de los intereses de los deudores".*

<sup>324</sup> Cuestión tratada en la pág. 174 del presente trabajo.

<sup>325</sup> Así como por los arts. 539 y 583.2 LEC, que imponen las costas al ejecutado sin necesidad de que haya expresa resolución judicial que así lo acuerde.

<sup>326</sup> Plasmada por la doctrina impuesta por la STS 1133/2009, Sala 1.ª, de 5 de marzo (Id Cendoj: 28079110012009100155) por cuanto la misma evidencia que cuando se ha realizado la subasta, la consignación total del precio o la cesión a tercero, la hipoteca ha sido totalmente ejecutada y la acción se ha consumado y, por tanto, no puede ser resucitada. Literalmente dice: " Los

final para la enervación es el anterior a la consumación, antes de consignar el precio pero una vez aprobado el remate.

La liberación del bien embargado, tras el pago de la deuda por parte del ejecutado supone la sustitución del mismo por el dinero debido, cantidad que se entregará al ejecutante, poniendo fin con ello a la ejecución. La LEC, al referirse a la posibilidad de liberar el bien embargado del proceso de ejecución, hasta la reforma operada por la Ley 1/ 2013 de 14 de mayo, sólo hacía referencia al deudor, sin embargo, en general se aceptaba entender que también podía hacerlo un tercero al no existir impedimento legal al respecto y, a su vez, permitirlo el artículo 1158.1 LEC, ya que *“puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe o ya lo ignore el deudor”*<sup>327</sup>.

---

*planteamientos jurisprudenciales sobre tercería de dominio y retracto legal que parten como dies a quo del día en que se dictó el auto de aprobación definitiva, no son asimilables al caso de la enervación de la acción hipotecaria. Esta es la ejecución de la hipoteca por incumplimiento de la obligación garantizada. Cuando se ha practicado la subasta, la consignación del precio total e incluso la cesión a tercero, la hipoteca ha sido totalmente ejecutada, la acción se ha consumado, no puede resucitar, es decir, no puede ser enervada; se ha producido la perfección del acto transmisivo, a la espera de la actividad judicial consistente en dictar el auto que será título bastante para la inscripción, como dice la regla 17.ª; pero la acción hipotecaria está consumada y la hipoteca, ejecutada. Así, se concluye que el momento final para la enervación de la acción hipotecaria, es el anterior a su consumación, es decir, el anterior a la consignación del precio, tras la aprobación del remate”.*

<sup>327</sup> El CC español regula el derecho de regreso consiguiente al pago del tercero en su art. 1158.1, donde admite para éste el derecho de regreso consiguiente en aquella forma particular de extinción de la deuda que era el pago realizado contra la expresa voluntad del deudor principal: *“Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago”*. Así, pues, en el primer párrafo se admite la posibilidad que cualquier persona pueda pagar la deuda ajena, tenga o no interés en la misma, permitiéndose además que el pago sea realizado con o sin el conocimiento del deudor. Mientras que el 2º párrafo regula el derecho de regreso consiguiente a las hipótesis precedentes, estableciendo además en su parte final una excepción para el supuesto en que se haya pagado contra la expresa voluntad del deudor, en cuyo caso, sin embargo, el párrafo 3.º prevé que el solvens pueda obtener del deudor sólo aquello que a éste le hubiere sido útil el pago. Sobre el tema vid. entre otros, ALBIEZ DOHRMANN. K.J. El pago por tercero, en Extinción de obligaciones. Cuadernos de Derecho Judicial, XXVI (Madrid 1996) pp. 13-88; SERRA CALLEJO. J. Consideraciones sobre los efectos del pago del tercero, en «La Ley». Revista Jurídica Española de

Si el pago realizado por tercero no se efectuara en contra de la voluntad del deudor según el art. 1158.2 párrafo 2.º CC podrá reclamar ése tercero del deudor lo que hubiera pagado. Sin embargo, esto no sería ni siquiera necesario, dado que con base al artículo 1210.2 CC al pagar el tercero, no interesado en la obligación, con aprobación expresa o tácita del deudor se presume que queda subrogado en lugar de éste, supuesto distinto de aquél en que el pago por el tercero se hiciera contra su expresa voluntad<sup>328</sup>. Sin embargo, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, al dar una nueva redacción al art. 693 introduce in fine lo siguiente:” *Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante*”, con lo que se pone fin a cualquier controversia sobre ello.

Los problemas que pueden plantearse en la práctica son:

- Que la parte ejecutante presenta escrito en el que se afirma que extrajudicialmente por el ejecutado se ha procedido a la enervación de la acción hipotecaria. No plantea realmente ninguna duda considerar que se está ante el supuesto del apartado 3 del art. 693 LEC, porque el ejecutante se muestra conforme, incluso con las costas<sup>329</sup>.
- Otra posibilidad es la consignación por el ejecutado antes de la subasta incluido ese día y antes del inicio del acto, sin contar con el consentimiento del acreedor respecto a la cantidad adeudada por principal e intereses según plan de amortización hasta ese momento. Si se utiliza la facultad sin consentimiento del acreedor, hay que tasar costas y tramitarlas hasta su aprobación: van venciendo plazos de la hipoteca que a veces se consignan en la cuenta del Juzgado, a veces en la cuenta hipoteca, generando confusión. Si falta el pago de alguna cuota

---

doctrina, jurisprudencia y Bibliografía, 2 (1991) p. 1084: «la acción de enriquecimiento mencionada en el párrafo 3.º es la acción residual de este precepto: es el mecanismo de reintegro del que dispone el solvens cuando no tiene derecho a solicitar el reembolso del párrafo 2.º [.]».

<sup>328</sup> FRANCO ARIAS J. El procedimiento de apremio, ob cit. pág. 189 matiza que si el pago se realizase a través de talón quedaría en suspenso el procedimiento hasta que el efecto se produjese de acuerdo con el artículo 1170 del C.C.

<sup>329</sup> Vid. AAP de Barcelona, Sección 12.ª 6897/2006 de 16 de octubre (Id Cendoj: 08019370122006200305); que afirma que si el ejecutante dice que ha sido enervada la acción, se decreta la conclusión del procedimiento por esa vía del 693.3 LEC.

vencida o de las costas no se puede dictar el decreto liberatorio. Hubiera sido deseable establecer un límite máximo temporal para liberar el bien.

Con respecto al resto de los postores participantes en la subasta, la aprobación del remate produce el efecto de recibir la devolución de las cantidades consignadas para poder participar en la misma, excepto la que corresponde al mejor postor, que se reservará como garantía del cumplimiento de su obligación. Sin embargo, puede entenderse aplicable a los inmuebles el artículo 652.2 LEC, relativo a subastas de bienes muebles, y así, solicitado por los demás postores, no les sean devueltas las cantidades y se pueda aprobar un nuevo remate a favor de los que le sigan en orden a sus respectivas posturas, en este punto es interesante la reforma operada en el art.652 LEC, por la Ley 19/2015 de 13 de julio que se refiere a cantidades consignadas por los postores, en vez de cantidades depositadas por ellos, y la aprobación del remate , en caso de quiebra de la subasta, a favor de los que sigan al mejor postor, por el orden de sus posturas, incluyendo esta modificación legal, el supuesto de las posturas iguales en el tiempo(al tratarse de pujas electrónicas), en cuyo caso habrá que tener en cuenta el orden cronológico de las mismas<sup>330</sup>.

Además, el Decreto de aprobación de remate junto con la consignación por parte del rematante del total del precio del bien subastado produce un último efecto muy importante: El Secretario Judicial emite Decreto de adjudicación.

Por tanto, el Decreto de aprobación de remate no tiene efectos registrales, no accede al Registro como regla general. En este sentido es revelador que al comentar los decretos de aprobación de remate o de adjudicación con los

---

<sup>330</sup> El nuevo art. 652 “...si los demás postores lo solicitan, también se mantendrá la reserva de las cantidades consignadas por ellos, para que, si el rematante no entregare en plazo el resto del precio, pueda aprobarse el remate en favor de los que le sigan, por el orden de sus respectivas posturas y, si fueran iguales, por el orden cronológico en el que hubieran sido realizadas.” Frente al antiguo art. 652 “... si los demás postores lo solicitan, también se mantendrán a disposición del Tribunal las cantidades depositadas por ellos, para que, si el rematante no entregare en plazo el resto del precio, pueda aprobarse el remate en favor de los que le sigan, por el orden de sus respectivas posturas”.



Registradores en ocasiones me hayan preguntado, pero ¿no es lo mismo? Confusión que procede de la terminología que utilizaba la antigua LEC.

## **5.6. SUPUESTOS DE NO APROBACIÓN DEL REMATE.**

Con el art. 670 LEC, el legislador pretende que el inmueble subastado no se enajene por un precio irrisorio, al resultar con ello perjudicados tanto el ejecutante, que no verá satisfecho totalmente su crédito, como el ejecutado, que podrá no solo quedarse sin sus bienes sino que además, puede ver incluso aumentada su deuda.

La LEC trata, por todos los medios, de que el inmueble subastado no se enajene por un precio menor al 50% de su valoración, o que, por lo menos cubra la cantidad por la que se ha despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas, es decir, por cantidad que sirva para satisfacer íntegramente al acreedor.

Si la mejor postura no cumple estos requisitos, la LEC 13/2009 de 3 de noviembre, deja a criterio del Secretario Judicial la decisión, que anteriormente tomaba el Juez, de tener que aprobar o no el remate, tras oír a las partes, como así lo establece para los inmuebles el art. 670.4 LEC. Se trata, por tanto, de un incidente que el Secretario Judicial tendrá que resolver dando audiencia a las partes por imposición legal. El legislador no le indica el modo en que se ha de realizar dicha audiencia, pudiendo ser por comparecencia o por escrito. Lo que sí le determina son las particularidades que deberá tener en consideración para aprobar el remate. En este sentido, el art. 670 LEC establece que el Secretario Judicial, responsable de la ejecución, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente.

- la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede,

- las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, y
- el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor.

Con todo lo anterior, lo que se pretende es buscar un equilibrio entre el derecho del ejecutante a que su crédito sea satisfecho lo mejor posible y al mismo tiempo que el patrimonio del deudor no quede menoscabado<sup>331</sup>.

Si el Secretario Judicial, analizadas las circunstancias enumeradas, que tendrá que tener en cuenta obligatoriamente por imposición legal, y además las que considere relevantes, al no tener limitaciones al respecto (según puede deducirse de la expresión “especialmente” utilizada por el legislador en el art. 670.4 LEC), decide aprobar el remate, contra esta resolución cabe interponer recurso directo de revisión ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución, como así establece el mencionado precepto. Si, por el contrario, el Secretario Judicial decide no aprobar el remate, habrá de justificar suficientemente en su resolución denegatoria los motivos de ello.

Denegado el remate se está a lo dispuesto en el art. 671 LEC<sup>332</sup>, referido a la subasta sin postores, pudiendo deducirse del contenido de este artículo que al acreedor se le da la posibilidad de escoger entre una de las dos alternativas<sup>333</sup>.

---

<sup>331</sup> En palabras de MARTÍNEZ DE SANTOS, A. Sobre la ejecución hipotecaria..., ob. cit., pág. 235 el legislador busca con insistencia el equilibrio entre el derecho del ejecutante a la satisfacción del crédito y el del ejecutado a que su patrimonio no sea esquilado, y de ahí esta especial forma de aprobación del remate en la que el Secretario Judicial decidirá lo que entienda oportuno en atención a las circunstancias del caso, aunque nada se diga sobre la resolución que la ordenará, el plazo en que deba dictarse ni sobre su forma y objeto.

<sup>332</sup> La Ley 13/2009 da la posibilidad al ejecutante de adjudicarse el inmueble subastado por cantidad igual o superior al 50% del valor de tasación si no se tratare de la vivienda habitual del deudor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%.

<sup>333</sup> MORENO CATENA, V. y CORTES DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Civil. Parte especial Valencia 2010 pág. 256 entienden que la conducta sumisa o reticente y obstruccionista del deudor,

Lógicamente lo hará por la que más beneficios le aporte. Sin embargo, cuando la cuantía total de la deuda sea inferior al 50 por ciento del valor de tasación<sup>334</sup>, el ejecutante solo puede optar por la segunda posibilidad “*cantidad que se le deba por todos los conceptos*”<sup>335</sup>. La Ley de Medidas de Agilización Procesal pretende, en materia de subastas, evitar situaciones de enriquecimiento injusto y eliminar la posibilidad de que el acreedor, aun cuando actúe como postor rematante, se adjudique los bienes del deudor por cualquier precio.

Si el ejecutante no solicita la adjudicación del inmueble, en el plazo de 20 días, el Secretario Judicial procede al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado. El art. 671 LEC permite el alzamiento del embargo por entender que el inmueble

---

puede representar a la postre una medida que permita adjudicar el bien muy por debajo de su valor real.

<sup>334</sup> Vid. AAP Pontevedra, Sección 6.ª, 951/2011 (Id. Cendoj: 36057370062011200099), admite claramente la posibilidad de optar del ejecutante: “...*El supuesto que examinamos es aquel en el que el ejecutante optó por la adjudicación del bien en pago de lo que se le debía a la fecha de la subasta y por todos los conceptos, invocando el art. 671 LEC, por lo que procede el dictado del auto de adjudicación del bien (con o sin cesión del remate a un tercero), lo que supone la total satisfacción del derecho del acreedor y por tanto comporta la terminación del proceso de ejecución -sin perjuicio de ulteriores trámites complementarios-, debiendo entenderse que este auto tiene carácter definitivo.*” En el mismo sentido, STS , Sala de lo Civil, 261/2015 (Id Cendoj: 28079119912015100006) que considera la posibilidad de adjudicación por ambos descartando ,demás, el supuesto de enriquecimiento injusto por el ejecutante en caso de optar por la adjudicación por el 50% del valor de tasación : “...*La posibilidad de adjudicarse el inmueble por el 50% se prevé en el art. 671 LEC bajo el presupuesto de que, La posibilidad de adjudicarse el inmueble por el 50% se prevé en el art. 671 LEC bajo el presupuesto de que, en la práctica, nadie opta por el inmueble y la suposición de que no cabe obtener mayor precio por el bien. En este contexto, la adjudicación es correcta y, en la medida en que con el valor de la adjudicación no se satisface la totalidad de la deuda, esta persiste por la cuantía pendiente de pago y el acreedor tiene derecho a reclamarla. De facto, su crédito no ha sido enteramente satisfecho y el acreedor sigue teniendo derecho a reclamar la cantidad pendiente de pago. De ahí que, por regla general, no puede existir en esta adjudicación enriquecimiento injusto, pues con la adjudicación tan sólo se ha satisfecho el crédito en la medida del valor de la adjudicación, en este caso el 50% del valor de tasación, que no es mayor porque no ha existido mejor postura.*” Vid. TORIBIO FUENTES, F. entiende que si tiene el ejecutante opción de elegir. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1.ª edición 2012 Lex Nova pág. 1163.

<sup>335</sup> AAP de Castellón, Sección 3.ª, de 5 de julio de 2005; AAP de Castellón, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010. Asimismo CORDÓN MORENO F., op. cit., pág. 507, afirma que se le da la posibilidad al acreedor de adjudicarse el inmueble por el 50% , o por una cantidad inferior siempre que sea suficiente para cubrir lo que se le deba al acreedor por todos los conceptos, incluido lo calculado para los intereses y costas de la ejecución.

subastado no sirve para el objetivo pretendido de satisfacer al acreedor ejecutante, al no haber interesado éste a ningún postor, por estar la subasta desierta, ni tampoco querer adjudicárselo.

En el supuesto de que el deudor no tuviera otros bienes que embargar, se le estaría obligando, en cierto modo, al acreedor a tenerse que adjudicar los bienes subastados, pues de lo contrario podría el ejecutado instar el alzamiento del embargo del único bien del deudor<sup>336</sup>.

Para proceder al alzamiento del embargo la LEC exige la solicitud por parte del ejecutado pero no contempla la posibilidad de que éste no inste el alzamiento, en cuyo caso el bien quedaría embargado ya que la ley parece no permitir al Secretario judicial decretarlo de oficio.

Sin embargo, puede mantenerse lo contrario que no es que la ley no permita sino que nada dice al respecto y mediante una interpretación finalista e integradora se llegue al convencimiento de que el alzamiento es posible, es más debe hacerse<sup>337</sup>.

Con el alzamiento del bien embargado el ejecutado recuperaría el pleno poder de disposición sobre el mismo, resultando con ello perjudicado el acreedor al haber perdido una oportunidad de satisfacer su deuda. Un importante sector de la

---

<sup>336</sup> MORENO CATENA, V. La ejecución forzosa, Madrid, 2000 pág. 228. FRANCO ARIAS, J., Comentarios a los arts. 634 a 680 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en AA.VV., Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Lex Nova, Valladolid, 2000, III pág. 3304, sostiene que en el supuesto de que la aprobación del remate fuera denegada o cuando no hubiera postores en la subasta, hubiera sido mejor que el bien siguiera embargado hasta la total satisfacción del ejecutante o la plena acreditación por el ejecutado de que carece de todo valor en el mercado tanto presente como futuro.

<sup>337</sup> MARTÍNEZ DE SANTOS, A. La subasta judicial de bienes inmuebles en la ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil, Diario LA LEY, en su número de 23 de octubre de 2001, pág. 7, para quien una interpretación teleológica LEC indica que el Secretario podría decretar el alzamiento del embargo de oficio, puesto que no tiene sentido seguir con el embargo si no hay venta del bien, alegando tres razones que lo avalan:

- 1) la celebración de una segunda subasta solo se produce por quiebra de la primera,
- 2) no tiene sentido proseguir el embargo si no es posible la venta del bien,
- 3) no puede colocarse en diferente posición a los ejecutados que no solicitan el levantamiento manteniendo la traba sobre sus bienes, cuando el secretario Judicial no puede llevar a cabo la venta.

doctrina considera, que pese al art. 579 LEC (que ofrece la posibilidad al ejecutante que no ha visto satisfecha su deuda de poder proseguir contra otros bienes del ejecutado), debería ofrecerse la posibilidad al ejecutante que no ha visto satisfecha su deuda, volver a solicitar subasta del bien hipotecado siempre que se justificase la concurrencia de nuevas circunstancias que permitieran la existencia de postores o la venta del inmueble por un precio no irrelevante para la satisfacción del crédito, al no estar prohibido legalmente y redundar en beneficio de los fines de la ejecución: satisfacer al máximo al acreedor respetando los intereses del deudor<sup>338</sup>.

Tratándose de una ejecución hipotecaria, al no haber embargo, se plantea si la posibilidad concedida al ejecutado por el art. 671 LEC de poder pedir el alzamiento del embargo se podría aplicar a dicho procedimiento sustituyéndose el alzamiento del embargo por la pérdida de vigencia de la garantía hipotecaria. La LEC no se pronuncia expresamente al respecto, pero pudiera entenderse que, al no existir ninguna causa legal para cancelar la inscripción del derecho real de garantía sino simplemente una nota marginal que anuncia una ejecución en marcha, la garantía permanece y no podrá cancelarse<sup>339</sup>.

Según el artículo 82 LH, las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escrituras públicas no pueden cancelarse sino es por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por escritura pública o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación o sus causahabientes o representantes legítimos.

---

<sup>338</sup> Vid. FRANCO ARIAS, J. Comentarios..., ob. cit., pág. 3304. Mientras que otros autores, ante esta situación, consideran más acertado suspender el embargo, o al menos una suspensión temporal previa al alzamiento, por si, por la razón que fuera, el bien se revaloriza o se encuentra un comprador para el mismo. Vid. CORDÓN MORENO, F. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento..., ob. cit., pág. 507.

<sup>339</sup> MORAL MORO M. J. La aprobación del remate tras la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. Diario LA LEY, N.º 7677, 2011 pág. 12.

Podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva.

Por tanto, la garantía permanecerá y no podrá ser cancelada, ya que la facultad concedida al ejecutante en el art. 671 LEC no puede ser equiparada a una cancelación por declaración de la ley; la LEC solo habla de alzamiento del embargo, nada que ver con la cancelación de una garantía real convencional.

Lo que sí podría producirse es la cancelación de la nota marginal, sin consentimiento del ejecutante, aunque el bien no hubiera sido adjudicado ni rematado, y ello en virtud del art. 688.2 LEC.

## 6. DECRETO DE ADJUDICACIÓN.

La inscripción de la adjudicación se lleva a efecto en virtud de testimonio expedido por el Secretario Judicial del decreto de adjudicación, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas del art. 674 LEC (conforme al art. 133 LH). Por tanto, deben ir juntos ambos documentos, incluso podrán constar en un único documento, en el que deberá consignarse que se han cumplido todos los requisitos del art. 132 LH, (posteriormente se hará referencia a tales requisitos, así como las consecuencias de su falta) y todas las circunstancias que son necesarias para que el Registrador pueda practicar la inscripción del decreto y la cancelación de la hipoteca. Los arts. 83 LH y 174 RH exigen que el Decreto sea firme, por lo que deberá hacerse constar tal circunstancia en el testimonio.

Los Registradores requieren la presentación conjunta de ambos documentos y ello porque, la calificación es realizada de manera conjunta también, lo que supone que, cualquier defecto en uno de los dos (mandamiento de cancelación de cargas o testimonio del Decreto) impide la inscripción de los dos. Esta afirmación debería matizarse pues puede existir la posibilidad de inscribir la adjudicación y no el mandamiento de cancelación, porque este tenga algún defecto que no afecte a la inscripción (aunque no podría darse la situación contraria)<sup>340</sup>

---

<sup>340</sup> Así fue aceptado por la DGRN en R. de 8 de febrero de 1999 (BOE 3 de marzo de 1999), considerando que podía inscribirse la adjudicación sin cancelar las cargas posteriores, porque la cuestión afectaba solo al destino del precio obtenido, no a la eficacia de la enajenación.

La inscripción puede hacerse a favor del rematante o del cesionario del remate, pero no es un elemento que vaya a calificarse por el Registrador, simplemente lo inscribirá a favor de quien disponga el Decreto. Habría que hacer una mención a la figura del cesionario que tantos problemas ha dado, sobre todo por la relación directa entre éste y el cedente, pero que, a veces, llega a un extremo que parecen ser el mismo.

Como consecuencia de la crisis inmobiliaria, se han producido ingentes ejecuciones por falta de pago de los préstamos hipotecarios, que ha provocado que las entidades financieras acumulen una enorme cantidad de inmuebles, cuyo único fin es su venta en el más corto plazo posible. Esto ha dado lugar a que en la práctica existan tres vías fundamentales para adquirir por terceros los inmuebles que los Bancos hayan adquirido por impago de préstamos hipotecarios, lo que viene afectando al procedimiento de ejecución hipotecaria:

- Que la entidad ceda el préstamo hipotecario y el adquirente inicie o se subrogue en el proceso de ejecución hipotecaria. En este caso, al adquirir el crédito, el adquirente o cesionario, adquiere la posición del banco, y deberá ser el adquirente o cesionario quién inicie o continúe la ejecución hipotecaria, pero que podría terminar con la adjudicación a un tercero que participe en la subasta, pues, con arreglo al artículo 670 LEC, si la mejor postura fuera igual o superior al 70 % del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, el Secretario judicial responsable de la ejecución, mediante decreto, el mismo día o el día siguiente, aprobará el remate en favor del mejor postor. Se trata de una posibilidad difícil de producirse en la práctica, pues en la actualidad, no suele haber posturas en las subastas, por la situación que atraviesa el mercado inmobiliario, pero que debería ser valorada antes de tomar una decisión, sobre el uso de esta vía para adquirir un inmueble.

- Que el Banco acuerde con un tercero la transmisión del inmueble una vez que lo ha adquirido. En este supuesto, se trata de una compraventa normal, en la que se compra un inmueble al banco, que previamente se ha adjudicado la finca en un procedimiento judicial.



- Que el Banco acuerde con el tercero un precio para la cesión del remate.

Frente a las dos posiciones anteriores, la cesión del remate es una tercera vía para adquirir un inmueble de los bancos, que presenta una mayor complejidad técnica, pero que puede ser muy favorable, pues es la fórmula más económica.

## 6.1. TÍTULO INSCRIBIBLE.

La regla general es que la adjudicación se inscriba en el folio abierto a la finca hipotecada, pero a veces no será así, por el juego del principio de subrogación real, sería el caso de una hipoteca sobre una finca que después de la inscripción de aquella fue reparcelada, siendo indiferente que los edictos de anuncio y la propia subasta fueran de la finca inicial y no de las fincas resultantes de la reparcelación, porque esa reparcelación no perjudica los derechos de la hipoteca, el acreedor sigue siendo titular de la garantía real<sup>341</sup>. Así como el supuesto de concentración parcelaria, en el cual, la titularidad del rematante debe trasladarse a la finca de reemplazo, aunque ésta no haya sido subastada<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> Cfr. STS, Sala de lo Civil, 4454/2006 de 24 de julio (Id Cendoj: 28079110012006100787) “La finca hipotecada fue adjudicada a la acreedora y se dispuso que procedía su inscripción registral, pues ha quedado suficientemente constatado la correspondencia de titularidades entre la finca originaria hipotecada y las ocho resultantes del proceso urbanístico que tuvo lugar, lo que no se ha cuestionado, por lo que la adjudicación discutida se proyecta necesariamente sobre éstas, tanto por los principios de seguridad del tráfico, economía y flexibilidad del sistema, como, de modo intenso y decisivo, al darse clara situación de subrogación con plena eficacia real de la anterior finca por las nuevas resultantes ( artículo 122 del Reglamento de Gestión Urbanística , concordante con el 123 de la Ley Hipotecaria , y en relación al 167 de la Ley del Suelo ). La adjudicación ha de referirse necesariamente a las fincas nuevas surgidas de la segregación y a ellas se refiere el auto correspondiente y su rectificación posterior, ya que se ha producido efectivo traslado de la hipoteca de la finca original expresamente gravada a las resultantes, pues éstas han sustituido a la ejecutada.” Ocurriría en el caso de que la finca adjudicada hubiere sido sustituida por otra u otras, en virtud de un expediente de compensación urbanística, como estableció la RDGRN de 28 de mayo de 1998(BOE 18 de junio) que basa la resolución en que el propio Registrador establece la equivalencia entre la finca adjudicada y aquellas por las que fue sustituida.

<sup>342</sup> Cfr. STS, Sala de lo Civil, 1236/1991 de 4 de marzo (Id. Cendoj: 28079110011991100806) “...cuando se aprueban las bases de la concentración sólo existía la finca primitiva y los derechos reales y situaciones jurídicas que tienen por base las parcelas sujetas a concentración pasan a recaer

El art. 9 LH exige para la inscripción en el Registro las siguientes circunstancias:

- La naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción, o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constaren del título (podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente).

La base gráfica catastral o urbanística y el plano topográfico, si se utilizasen, deberán acompañarse al título en ejemplar duplicado. Uno de sus ejemplares se archivará en el Registro, sin perjuicio de su incorporación a soportes informáticos.

Del archivo del duplicado se toma nota al margen del asiento correspondiente a la operación practicada y en el ejemplar archivado el registrador hará costar referencia suficiente a la finca correspondiente.

Podrá obtenerse el archivo de la base gráfica como operación registral específica mediante acta notarial autorizada a requerimiento del titular registral en la que se describa la finca y se incorpore la base gráfica.

Los Registradores disponen de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la

---

*inalteradas sobre las fincas de reemplazo, señalando el art. 232 que los derechos y situaciones jurídicas que no hubieran sido asignados en las bases a su legítimo titular, no quedarán perjudicados por las resoluciones del expediente de concentración aunque éstas sean firmes, pero sólo podrán hacerse efectivos por la vía judicial ordinaria sobre las fincas de reemplazo adjudicadas a quien en las bases apareciera como titular de las parcelas de procedencia; y el art. 233 puntualiza que, una vez inscritas las fincas de reemplazo, los antiguos asientos relativos a una parcela de procedencia sólo podrán invocarse por el titular y el causahabiente de las situaciones registrales frente a quien figuró en las Bases como titular de la parcela o frente a los causahabientes de éste que no gocen de la fe pública registral; y como tal es el caso, pues la hipoteca debió trasladarse a la nueva inscripción, siguiendo la vida del procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria hasta la adjudicación a la actora, como título bastante para adquirir el dominio.”*

incorporación a éstas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente.

- La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título.

- El derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción.

- La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción.

- La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.

- El título que se inscriba, su fecha y el Tribunal, Juzgado o funcionario que lo autorice.

- La fecha de presentación del título en el Registro y de la inscripción.

- La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la inscripción, con la copia del título de donde su hubiere inscrito.

- Así mismo, el art. 233 RH, referido a la antigua regla 17.<sup>a</sup> del art. 131 LH, y que debe interpretarse adaptándolo a la nueva regulación existente del procedimiento especial de ejecución de hipoteca regulado en los arts. 681 y ss. LEC y en los arts. 133 y 134 LH, debiendo tenerse por no puestas las referencias a las reglas 4.<sup>a</sup> y 17.<sup>a</sup> del arts. 131 LH, actualmente modificado en su redacción y sustituido por los indicados preceptos, establece que se determinarán en el Decreto de adjudicación las inscripciones y anotaciones posteriores y las anteriores pospuestas al crédito del actor que hayan de cancelarse, con referencia expresa al número o letra, folio y tomo donde consten, sin que sea suficiente ordenar que se cancelen todas las posteriores a la hipoteca del actor. Se exceptúan las practicadas con posterioridad a la extensión de la nota prevenida en el párrafo cuarto de la regla cuarta del artículo citado, para cuya cancelación bastará la referida expresión genérica. Ello implica que no es suficiente ordenar que se cancelen todas las cargas posteriores a la hipoteca del actor, sino que deberá

identificarse de forma expresa las inscripciones y anotaciones a cancelar que figuren en la certificación de cargas conforme a lo establecido en el art. 656 LEC. Ese Decreto de adjudicación es susceptible de recurso de revisión, ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución (conforme a lo establecido en los arts. 451 LEC y 650.4 párrafo 3).

La LEC no impone que en el testimonio se haga referencia alguna a la existencia o no de sobrante, ni al destino que ha de darse al mismo, como tampoco es preciso que se justifique que ha tenido lugar la entrega del bien objeto de embargo. El título inscribible es un testimonio de ese decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada.

En el testimonio debe indicarse que se ha consignado el precio, el juzgado ejecutor, la localidad, la fecha de la resolución, el número del procedimiento, la identificación del ejecutante, del ejecutado, el adjudicatario del bien, su régimen económico-matrimonial, nacionalidad, identificación registral de la finca, el cumplimiento de las notificaciones y la declaración sobre el estado posesorio de la finca (arts. 9 LH y 51 RH).

En la ejecución hipotecaria debe cumplirse, además, los requisitos del art. 132 LH, por lo que se hará constar expresamente:

- 1) Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.
- 2) Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación.

3) Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria.

4) Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores.

Dado que el procedimiento de ejecución hipotecaria termina con el Decreto de adjudicación suele ser práctica que en esa resolución se recojan todos los extremos necesarios para la inscripción y la cancelación registral.

### **6.1.1 Adjudicación a tercero mejor postor. Especial consideración de los licitadores.**

El “tercero”, como su propio nombre indica, es ajeno al procedimiento, no se trata del ejecutante que también puede intervenir en la subasta, y resultar ser el mejor postor, por lo que puede ser cualquier persona física o jurídica no dedicado profesionalmente a la adquisición de inmuebles en subastas o dedicado a ello. En este segundo caso se estaría ante el fenómeno de los licitadores profesionales, también llamados subasteros, los cuales se reúnen para pactar los precios que van a pagar por determinados bienes que salen a subastas<sup>343</sup>. El primer paso que dan

---

<sup>343</sup> NUÑEZ CORRAL, J.L. Los “especiales” intervinientes en el procedimiento de realización de bienes. Revista de la facultad de ciencias jurídicas. N.º4 1999, realiza un estudio del problema de los subasteros, haciendo referencia a un estudio doctrinal de los mismos, en el que cabe destacar la mención que realiza de FRANCO ARIAS, relación con su obra “El procedimiento de apremio”, el cual se refiere al problema de los subasteros introduciendo la consignación del depósito previo para participar en la subasta para garantizar la seriedad de las pujas y, precisamente, que la finalidad de la antedicha consignación, es garantizar el cumplimiento de su obligación por el rematante, y evitar precisamente la intervención de los subasteros profesionales insolventes que especulan en la subasta para obtener un lucro ilegítimo mediante la cesión del remate, y obligando a realizar una nueva subasta, en perjuicio de los interesados y sin que pueda lograrse que hagan frente a su responsabilidad. Es interesante su tesis, ya que supone la conjugación de dos factores, por un lado al aludir al mecanismo de la cesión del remate, y por otro lado al introducir el

es acudir a los Juzgados para ver las viviendas que se van a subastar y en qué fecha, y estudiar las deudas que tienen pendientes, el segundo paso consiste en reunirse para ver qué inmueble o lote le interesa a cada uno, y pactar un precio máximo.

Las prácticas en las que se basaban, hasta hace no mucho, eran diversas, como obligar a las personas interesadas en conseguir un piso a pagarles una cantidad por retirarse o no pujar. También podían abstenerse de participar a cambio de que otro no encareciera el piso que les interesaba. En cualquier caso, era norma común vender posteriormente la vivienda a un precio mucho más elevado respecto al que habían pagado en la subasta<sup>344</sup>.

---

mecanismo de la consignación, la crítica por lo demás del otrora citado, alude a la seriedad y responsabilidad que entraña el mecanismo de la subasta, que con la intervención de los subasteros, el ordenamiento jurídico en principio no puede cumplir la misión para lo que ha concebido. Para FERNÁNDEZ MONTALVO, en la reforma del Proceso Civil, Edit Tirant lo Blanc, estudiando la ley de 1992, reforma parcial y urgente LEC, señala que el anterior artículo 1499 admitía sin limitación que pudieran hacerse posturas a calidad de ceder el remate a un tercero, con ello no solo era posible el anonimato del adquirente real, sino que se facilitaba la actividad de los profesionales de la subasta que se adjudicaban el bien para revenderlo, con ventajas económicas y fiscales al definitivo comprador, pronunciando el infrascrito al comentar la actividad de los anteriores al referirse como una indeseada práctica. Para ROBLEDO VILLAR La función social de la subasta y su problemática”. Congreso de la Unión Progresista de Secretarios Judiciales. Valladolid 1996), el mérito entre comillas de los subasteros, radica en monopolizar los remates y proceder a su reventa particular, siendo su principal actividad el control de la celebración de las licitaciones, así como el seguimiento de los remates y su manipulación, todo ello a cambio de pingües beneficios logrados con prácticas claramente antijurídicas y, sobre todo ajenas a la existencia de un funcionamiento libre, democrático y moderno de los órganos judiciales. Para ORTIZ NAVACERRADA, Revista actualidad civil, junio 1986, hay una doble vertiente en cuanto a la intervención de los que él define como "intermediarios" de la subasta, y esta por un lado y como origen, el alejamiento de la subasta del ciudadano medio, que prescindiendo, de una ventajosa adquisición, la soslaya consciente o inconscientemente, por definición manteniendo una postura de total desinterés. La consecuencia práctica de lo anterior será que acudan y se adjudiquen en las subastas los bienes casi siempre los mismos. De lo anterior y volviendo hacer hincapié, se desprende una especie de falta de concepción del ciudadano entendiendo la palabra subasta como una especie de tabú, o algo prohibido o que da miedo, por lo que es preferible no acudir siguiendo casi el axioma del ciudadano medio "ojos que no ven corazón que no siente".

<sup>344</sup> Vid. MARTIN DIZ, F. La ejecución de la garantía.....ob. cit., pág. 452 que considera que su mala tacha y fama entre la doctrina, la jurisprudencia y los ciudadanos está plenamente justificada por su actuación al límite de la legalidad, ya que monopolizan los remates habidos en los juzgados, obteniendo rendimientos económicos altísimos tras lo cual proceden a su reventa particular.

Ahora, que puede volver a resurgir el negocio de las subastas, es más difícil que se den este tipo de prácticas al límite de la legalidad que se daba fundamentalmente en la década de los noventa porque se han tomado una serie de medidas que ponen trabas a esta actividad.<sup>345</sup>

Los subasteros nunca perdían<sup>346</sup>. Normalmente, tras ver la información relativa a los pisos en el Juzgado y acordar con sus compañeros el precio máximo, buscaban allegados a quienes vender el "chollo" una vez conseguido, formando parte de su clientela, particulares, empresas o entidades bancarias. De este modo, podían conseguir una gran cantidad de pisos a precios ridículos. En todo caso, si alguien quería participar en la subasta ha de hacerlo a través de ellos y tras pagar la consiguiente comisión.

A veces, los propios clientes de este tipo de licitadores se encontraban con situaciones inesperadas, como haber adquirido inmuebles que, después, no han resultado ser tan "chollo" (los inquilinos vivían allí y era necesario desalojarles mediante un proceso judicial, que en muchas ocasiones era largo y costoso, tenían más cargas económicas de lo que inicialmente se les había dicho).

Hasta hace, relativamente, poco tiempo, estas situaciones, no sólo ponían en evidencia la mala organización del sistema público de subastas y entorpecían la adquisición de bienes por parte de todo tipo de licitadores (incluidos aquellos que se encontraban fuera de los lobbies), sino que ocasionaban que miles de familias cayeran en la ruina. La vivienda salía a subasta y el licitador/subastero se la llevaba por un precio que podía ser hasta cuatro veces inferior al real, con lo que la familia se encontraba en la calle y sin el dinero que podría haber obtenido si la subasta se hubiera realizado sin este tipo de prácticas fraudulentas.

---

<sup>345</sup> Entre ellas se encuentra el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, RD 1415/2004, de 11 de junio, que pone límites a su actividad en la compra de pisos embargados.

<sup>346</sup> ROBLEDO VILLAR, A. La función social de la subasta y su problemática. VV.AA. IV Congreso Nacional y Premio Jurídico de la Unión de secretarios Judiciales. Valladolid 1996, pág. 40, describe la actividad de los subasteros como "control de la celebración de las licitaciones, así como el seguimiento de los remates y su manipulación."

Cuando el índice de morosidad empezó a reducirse, a principios de esta década, el sistema de subastas de bienes embargados empezó a decaer, por lo que también decayó la figura del licitador/subastero. Sin embargo, en la actualidad, muchos de ellos son propietarios de sociedades inmobiliarias.

A pesar de que los últimos cambios LEC, (especialmente la reforma operada por Ley 1/2013 de 14 de mayo) se orientaron a fomentar la participación de los particulares, solo se han conseguido unos tímidos avances. La concurrencia de particulares es reducida y tiende a limitarse a profesionales. Estos actúan en su propio nombre o en representación de compradores finales. Pese al cambio de la ley, no se ha apreciado un aumento de la afluencia de particulares; la razón quizá pueda encontrarse en la falta de medios físicos y jurídicos y la inseguridad que provoca que en algunas ocasiones los Juzgados tarden de 6 a 8 meses (o incluso más tiempo) en tomar en consideración una titularidad de una vivienda para entregársela al adjudicatario y que no pueda el adjudicatario acceder a ella en un periodo de dos años o más.

Sin duda son escollos importantes que hacen que el particular no vea muy atractivo tomar parte en las subastas. Sin embargo, la última modificación LEC por Ley 19/2015 de 13 de julio, que introduce la subasta electrónica puede cambiar este panorama, haciendo más atractivas las subastas y atrayendo todo tipo de licitadores a las mismas, ya que la información del inmueble podría ser la adecuada (habrá que esperar a ver cómo se lleva a la práctica la previsión legal consistente en poder exponer todo tipo de documentación gráfica sobre el inmueble subastado), y además se elimina el importante hándicap de tener que acudir presencialmente a la celebración de la subasta, con posibilidad de pujar en cualquier momento, dentro de los veinte días de celebración de la subasta, y desde cualquier lugar<sup>347</sup>.

---

<sup>347</sup> Dice la Exposición de Motivos de la L. 19/2015 de 13 de julio, al respecto de las bondades de la subasta electrónica que *“La subasta electrónica tiene hoy innumerables ventajas, pues permite multiplicar la publicidad de los procedimientos, facilitar información casi ilimitada tanto de la subasta como del bien y, lo más importante, pujar casi en cualquier momento y desde cualquier lugar, lo que genera un sistema más eficiente para todos los afectados. La seguridad jurídica debe ser una*



### **6.1.2. Adjudicación al cesionario: especial referencia a los fondos de titulización.**

La cesión del remate es<sup>348</sup> un contrato en virtud del cual el banco, que resulta adjudicatario de una finca en un procedimiento de ejecución hipotecaria, antes de que la adjudicación sea firme, pacta con un tercero, que sea éste quien se quede con la finca. De esta manera, el banco, no llega a poner a su nombre la finca hipotecada, sino que la adjudicación se efectúa a favor del cesionario del remate, que paga el importe de la adjudicación, y con cargo a la cantidad entregada por el cesionario, el banco se cobra de su crédito. Mediante esta cesión del remate es como si el banco vendiese la finca, antes de ponérsela a su nombre.

El banco acreedor no paga ningún impuesto por esta cesión<sup>349</sup>, siempre y cuando la cesión del remate se verifique en los términos del art. 20 del Reglamento de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, es decir debe de haberse

---

*constante en el procedimiento electrónico. La subasta electrónica no tiene menos garantías jurídicas que la presencial. Desde el principio se produce una identificación inequívoca de todos los que en él intervienen, mediante certificado reconocido de firma electrónica o mediante firma con sistemas de claves previamente concertadas. El sistema garantiza con certificado electrónico todas y cada una de las transacciones, en las que un sello determinará el momento exacto en el que tuvieron lugar; el certificado reconocido de firma electrónica, unido al sello de tiempo y a la trazabilidad de todos los procesos, garantiza de forma absoluta la transparencia del procedimiento. Sin perjuicio de la existencia de un responsable de la subasta –en este caso, el Secretario judicial– al que debe suministrársele la información necesaria para que pueda supervisar que el procedimiento se ha desarrollado correctamente. De esta forma, la transparencia es un elemento definidor del nuevo modelo, como señala la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia y ello con el objetivo de obtener una justicia más abierta, capaz de dar respuesta a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia. Además, el organismo encargado de la llevanza del Portal de Subastas es la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, lo que también aportará al nuevo procedimiento confianza y garantía”.*

<sup>348</sup> Vid MARTÍN DIZ, F. La ejecución de la garantía hipotecaria.....ob. cit. pág. 493. Se trata del traslado del remate del adjudicatario a tercera persona que está habilitado legalmente, y solo para el ejecutante si resulta ser este el adjudicatario.

<sup>349</sup> Vid MARTÍN DIZ, F. La ejecución de la garantía hipotecaria.....ob. cit. pág. 493. Considera que el beneficio evidente de la cesión de remate consiste en la ventaja fiscal para el primer rematante de no tener que tributar por el bien adquirido en concepto de transmisión patrimonial, puesto que la única transmisión que va a existir a estos efectos va a ser la que se produzca del deudor ejecutado al tercero cesionario del remate.

reservado esta facultad en el acto de la subasta, que por otro lado es lo que exige la legislación procesal.

La regulación específica de la cesión del remate se encuentra en la LEC, concretamente, en el art. 647.3<sup>350</sup>.

Las particularidades que presenta la cesión del remate serían las siguientes:

- Solo se puede acudir a esta vía cuando sea el Banco el que haya iniciado el procedimiento de ejecución.

- Es preciso que el Banco resulte adjudicatario de la finca, bien por ser el mejor postor en la subasta o bien que por falta de posturas en la subasta, solicite la adjudicación de la finca, dentro de los mínimos que establece la LEC. No puede utilizarse en caso de cualquier otro adjudicatario, como pasaba en otras épocas. Esta modificación que deriva de la reforma urgente procesal del año 1992 se justificó con la finalidad de evitar subasteros.

- La cesión del remate debe realizarse dentro del plazo que determine el Secretario judicial, el cual no está fijado en la ley, (en ocasiones se utilizan los plazos fijados en el art. 670 LEC para el pago del precio de remate, o los plazos previstos para solicitar la adjudicación por falta de posturas, previsto en el art. 671 LEC.)

Formalmente se realiza ante el Secretario Judicial, ante quién deben de comparecer el acreedor y el cesionario que acepta la cesión, tras lo cual se dictará Auto de adjudicación a favor del cesionario, que quedará como dueño de la finca. En esta comparecencia se deberá acreditar documentalmente el pago del precio al Banco, pues él es el destinatario final del dinero. Lo habitual en estos casos es

---

<sup>350</sup> Que dispone que: “Sólo el ejecutante podrá hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el Secretario judicial responsable remate, que deberá de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago del precio del hacerse constar documentalmente. La misma facultad tendrá el ejecutante en los casos en que se solicite la adjudicación de los bienes embargados con arreglo a lo previsto en esta ley”.

que haya un contrato previo entre el acreedor y el cesionario en que se determinen todos aquellos pactos que resulten convenientes.

- Finalmente, para soslayar el problema de que la persona interesada en adquirir una finca por el procedimiento de la cesión del remate no tenga fondos suficientes para hacer efectivo el importe de la cesión, se permite en la LH que se constituya hipoteca sobre el derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados. En este caso, normalmente el banco que inició el procedimiento de ejecución, anticipa los fondos necesarios para que se verifique la cesión del remate, que se formaliza a través de una escritura pública, con la garantía que esa hipoteca que inicialmente recae sobre un derecho, se termina convirtiendo en una hipoteca sobre la finca. Para constituir la hipoteca, el Secretario judicial expedirá inmediatamente testimonio del decreto de aprobación del remate, aun antes de haberse pagado el precio, haciendo constar la finalidad para la que se expide. La solicitud suspenderá el plazo para pagar el precio del remate, que se reanudará una vez entregado el testimonio al solicitante.

La necesidad de los bancos de desprenderse de los inmuebles adquiridos como consecuencia del impago de créditos hipotecarias y el consiguiente procedimiento de ejecución, les ha llevado también a que sea la propia inmobiliaria del banco ejecutante la que comparezca en calidad de cesionaria, o los “extraños” fondos de titulización, extraños porque son una figura jurídica un tanto complicada.

En cuanto al alcance de la calificación registral en estos casos de cesión de remate<sup>351</sup> debe señalarse que, cuando la adjudicación que se ha aprobado a favor

---

<sup>351</sup> Cfr. BAÑÓN GONZÁLEZ, A.M. Alcance de la calificación registral en los casos de adjudicación al acreedor y cesión de remate. cesión de remate a favor de los fondos de titulización hipotecaria. fusión o sucesión universal de la entidad acreedora. fiscalidad de la adjudicación al ejecutante o al cesionario. [www.sisej.com](http://www.sisej.com) (consultado el 17 de septiembre de 2015) Aun siendo limitada su intervención, una muestra de que los registradores ejercen cierto control de legalidad

de la entidad ejecutante de la hipoteca lo ha sido por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, se expresa habitualmente en la parte dispositiva del Decreto de adjudicación que se entiende recibida por el acreedor la cantidad de x euros en pago del principal, costas e intereses objeto de cobertura hipotecaria y como el art. 132 LH, exige que se haga constar que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria, el Registrador sino llegara por sí mismo a esa conclusión podría solicitar una aclaración en tal sentido.

En concreto, no será necesario precisar que las cantidades reclamadas no han excedido, por cada uno de los conceptos, los importes respectivamente garantizados por la hipoteca si de la inscripción de hipoteca, por un lado, y de los antecedentes de hecho del decreto, por otro, resulta claro que las cantidades que

---

de los decretos de adjudicación que se le presentan a inscripción son las notas de calificación que, firmadas por ellos, se extienden en ocasiones al pie de los documentos presentados, apreciando defectos de diversa consideración, como lo son, por ejemplo: La falta de expresión de firmeza de la resolución; la falta de presentación del mandamiento de cancelación de cargas o la omisión de que se ordena ésta en la parte dispositiva del decreto; el exceso en las cantidades reclamadas y definitivamente liquidadas, en relación con las responsabilidades inscritas respectivas; no haberse demandado, junto al deudor, al hipotecante no deudor o al adquirente de la finca hipotecada que se hubiera subrogado en la deuda hipotecaria con aceptación de la entidad acreedora; haberse verificado el requerimiento de pago en domicilio distinto del pactado al tiempo de constituirse la hipoteca, salvo que conste haberse efectuado ese requerimiento personalmente; haberlo hecho por edictos directamente<sup>4</sup>; requerir o demandar a la herencia yacente del deudor o con fórmulas similares de las que resulte un llamamiento genérico, con falta absoluta de indagación sobre el particular (art. 791.1 LEC); haberse omitido la solicitud, a efectos del procedimiento, de la correspondiente certificación de cargas o no constar el hecho de su expedición por nota marginal; ser insuficientes los datos identificativos de las personas a cuyo favor ha de practicarse la inscripción; no resultar de forma clara, ni por el contexto, que lo entregado al acreedor en pago de lo reclamado no excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria (siempre que haya terceros, no si la única carga inscrita es la hipoteca y el deudor es el propietario de la finca); no resultar el estado arrendaticio de la finca adjudicada; falta de referencia clara a la existencia de sobrante y, en su caso, a su consignación a disposición de los acreedores posteriores; en caso de concursados, no constar la declaración, por parte del juez del concurso, de que no se trate de un inmueble necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, en caso de hipoteca cambiaria, no constar la inutilización de las letras de cambio u ordenarse la cancelación de la hipoteca por todas las letras emitidas y no sólo por las que concretamente se hubiera iniciado la ejecución etc... .

se reclamaban inicialmente y las que resultaron luego de la liquidación practicada por el juzgado no superan, separadamente, las cantidades máximas garantizadas inscritas por principal, intereses remuneratorios, intereses moratorios, costas.

Las quejas más frecuentes de los Registradores se planteaban en tres casos<sup>352</sup>:

- En los casos en que en el antecedente de hecho del decreto relativo a la reclamación inicial se dice que se reclama una cantidad por principal, una cantidad por intereses, sin especificar de qué clase, y luego otra por costas.
- En los casos en los que se engloban los dos últimos conceptos de “intereses y costas” en uno solo, como “intereses y costas presupuestados” y nada más.
- En los casos en los que la cantidad que se dice que se reclama por principal excede ya de la que aparece inscrita como capital garantizado, consecuencia de haberse incorporado en ese concepto reclamado intereses remuneratorios ya impagados.

A veces, esa falta inicial de claridad puede solventarse con la lectura del antecedente de hecho relativo a la liquidación de intereses y costas, si ésta, al concretar las cantidades finales liquidadas, contiene la deseada precisión. Ante la falta de precisión el Registrador exigirá al Juzgado que aclare lo que no ha podido comprobar: que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados, distinguiendo entre ordinarios y de demora, y de las costas causadas, no excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria, en los casos,

---

<sup>352</sup> No hay que olvidar la necesidad de respetar la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, la cual impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el Registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar «la competencia del Juzgado o Tribunal, la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, las formalidades extrínsecas del documento presentado y los obstáculos que surjan del Registro». Esta atribución competencial recogida en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario en desarrollo de las previsiones del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y no implica una invasión de las que corresponden a jueces y tribunales. Vid. RDGRN de 21 de noviembre de 2014 (BOE de 1 de diciembre).

por supuesto, en que ese límite sea de aplicación (cuando consten inscritos acreedores posteriores).

La Ley 13/2009 de 13 de noviembre introdujo la necesidad de que se haga constar documentalmente el pago del precio de remate. Aunque de su lectura pudiera llegar a inferirse que lo que ha de hacerse constar documentalmente sea el pago sólo del precio del remate, esto es, del precio que el ejecutante ofrece en subasta o por el que solicita la adjudicación, no parece que sea este el sentido concreto de la norma sino más bien otro: el de que el tercero a quien el ejecutante ceda el remate es el que debe acreditar ante el Secretario Judicial cuál es la cantidad total pagada por él al ejecutante. Así, puede ocurrir que falte toda justificación documental del pago, en cuyo caso, el Secretario debe considerar como no efectuada la cesión de remate, procediendo a dictar el Decreto de adjudicación a favor, no del cesionario, sino del ejecutante. Incluso, parece insuficiente una mera identificación de los medios de pago, por ejemplo, una simple manifestación del cedente o cesionario de que se ha satisfecho una determinada cantidad en metálico. Así, parece conveniente que se exhiba, además, el correspondiente recibo extendido por el ejecutante en el que conste la cantidad total percibida como consecuencia de la cesión de remate, con los distintos conceptos, si los hubiera (precio de adjudicación, sobreprecio por la cesión, o impuestos, por ejemplo) o bien los contratos de cesión de remate a fin de comprobar que el pago que se acredita se corresponde exactamente con lo establecido en ellos.

La razón de ello estaría en que la falta de control de lo verdaderamente pagado puede perjudicar directamente al interés del deudor y de los titulares de derechos distintos a él, afectados por la ejecución (como un hipotecante no deudor y los titulares registrales de asientos posteriores a la hipoteca)<sup>353</sup>. Para ellos, lo que

---

<sup>353</sup> De nuevo se advierte cómo el nivel de control exigido al Secretario judicial por la norma es superior al que resulta propio del Notario respecto de las escrituras que autoriza: no bastará, como en estas, con indicar cómo se ha pagado el precio, sino que parece que será preciso que se exhiba el documento original de pago, cuyo testimonio o referencia suficiente se podría incluso llegar a incorporar al decreto de adjudicación (cheque, pagaré, extracto bancario donde conste la transferencia, etc.).

deberá aplicarse al pago de la deuda hipotecaria, del importe reclamado en la ejecución, ha de ser todo lo que pague el cesionario al cedente-ejecutante. De esta manera se vuelve al tema del precio en la cesión de remate. Como ya se indicó anteriormente, la mayoría de los Juzgados exige que lo que se paga por el cesionario al cedente sea el propio precio de remate, ni más ni menos. Pero, esta idea parte de una premisa equivocada, considerando que todo el precio que se entrega por el cesionario al cedente debía estar exento de tributación y claro, si se pagaba más del precio de remate se había realizado un negocio con un precio que podía ser muy superior al fijado en el remate, exceso que escapaba a la obligación de tributar. Esto unido a la idea de que no se tomaba en consideración el exceso de precio para minorar la deuda hipotecaria, llevaba a la conclusión de no aceptar el pago de un precio que fuera superior al remate, ni tampoco uno inferior, que perjudicaba al deudor.

Pero es que ni una cosa ni otra, ni las cantidades pagadas dejan de tributar, ni debe dejarse de aplicar al pago de la deuda hipotecaria todo lo que pague el cesionario al cedente.

De este modo, si el cesionario ha pagado más de lo ofrecido por el ejecutante, parece que debería hacerse constar en el Decreto de adjudicación, junto al precio de adjudicación, esa otra cantidad que ha percibido la entidad acreedora, un sobreprecio que deberá descontarse, también, del total adeudado por el demandado.

Es posible, por otra parte, que el cesionario haya pagado menos de lo ofrecido por el ejecutante. En el Decreto se mantendrá que el precio de adjudicación es el ofrecido inicialmente por el ejecutante, que se descontará de la cantidad reclamada; y a continuación se declarará que el adjudicatario ha satisfecho al ejecutante por la cesión una cantidad menor, identificándola. Ese pago también tendrá que acreditarse documentalmente.

Y es posible, por último, que el cesionario no haya pagado nada por la cesión de remate al ejecutante. Lo que será exigible en este caso es esa manifestación ante el Secretario, y, deseable, su constancia en el Decreto. En este caso, se mantendrá

que el precio de adjudicación es el ofrecido inicialmente por el ejecutante y se descontará entero de la cantidad reclamada.

Por lo que respecta a la calificación, por el Registrador, en los Decretos de adjudicación, las cesiones de remate no suelen pasar de una referencia, más bien somera, a que el ejecutante ha cedido el remate. Como mucho, que se ha cumplido con el requisito de hacer constar documentalmente la cantidad pagada, pero se puede entender que lo hacen como consecuencia de la falta de expresividad del Decreto de adjudicación en cuanto a la cesión de remate, que les permite presumir que por esa cesión el cesionario pagó lo mismo que lo ofrecido por el ejecutante y nada hay que calificar.

El Secretario judicial no debería conformarse con un modelo genérico del que no resulten las peculiaridades de cada cesión, especialmente en los casos en los que el cesionario haya pagado menos o más que lo ofrecido por el ejecutante porque desde el punto de vista fiscal, tiene mucha importancia.

Otra cosa será anticipar cómo calificará el Registrador las vicisitudes de cada caso, dadas las limitaciones en la calificación de los documentos judiciales que resultan del art. 100 RH. No parece que pueda llegar a enjuiciar la procedencia o no de la aprobación de la adjudicación al cesionario pues la apreciación de su legalidad corresponde sólo al Secretario. Como mucho, lo que sí podría llegar a considerar que defectuoso es el Decreto si en la parte dispositiva del mismo se dice que se entiende recibida por el acreedor una determinada cantidad en pago del principal, costas e intereses objeto de cobertura hipotecaria y esa cantidad no se corresponde bien con el total del precio de adjudicación ofrecido por el ejecutante, en caso de que el cesionario hubiera pagado menos o nada por la cesión de remate; o bien con el total del precio de adjudicación más el sobreprecio pagado.

Ahora bien, en caso de discordancia entre ambas cantidades no parece que pueda alegarse nada más que la falta de congruencia de esa parte del texto del Decreto con los antecedentes del mismo. Una vez más, la invocación de otros fundamentos, entrando a valorar el perjuicio causado al deudor hipotecario y al



hipotecante no deudor o titulares registrales de asientos posteriores a la hipoteca, si los hubiera, aunque sería de justicia, no parece que pudiera realizarse<sup>354</sup>.

De ahí la necesidad de recordar al Secretario Judicial su gran protagonismo, por trascendental y exclusivo, en la fiscalización de los trámites de la cesión de remate.

Se plantean otras cuestiones sobre el alcance de la intervención del Secretario judicial en la cesión de remate. Por ejemplo, cuando comparece a los efectos de aceptarla, en nombre del cesionario, la misma persona que representa al ejecutante-cedente. El control sobre estos casos de doble representación debe ser riguroso por parte del fedatario judicial (alcance análogo al que se ejerce por parte de los notarios al autorizar las escrituras públicas), de modo que se compruebe en esos casos no sólo la autenticidad del documento representativo invocado, el hecho de su inscripción, en su caso, en el Registro Mercantil y la circunstancia de estar comprendida, entre las facultades conferidas, la que se ejercite, sino además, la salvedad de la autocontratación o exigencia de ratificación, en el caso de poderes, o el consentimiento adicional o autorización del órgano social que haya de darlo en el caso de los entes societarios.

En cuanto a la cesión de remate a favor de los fondos de titulización hipotecaria. Son agrupaciones de participaciones hipotecarias. La participación hipotecaria es un título representativo de una parte de un crédito hipotecario que acredita la participación de su titular en un determinado porcentaje de dicho crédito.

Al constituir, aquellos fondos, patrimonios separados y cerrados sin personalidad jurídica, que son administrados y representados por una sociedad gestora, la duda que se suscita, frente al Registro de la Propiedad, es la de si es posible la inscripción de un decreto de adjudicación del que resulte, simplemente, la aprobación de una cesión de remate a favor de un fondo de titulización

---

<sup>354</sup> Parece que no entraría en la actual línea de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En este sentido, la RDGRN de 21 de noviembre de 2014 (BOE de 12 de diciembre).

hipotecaria sin más, sin que de la documentación presentada se tenga más información al respecto que sus datos identificativos generales.

La respuesta negativa sería una consecuencia normal de la exigencia propia de las normas generales del derecho hipotecario con arreglo a las cuales no cabe inscribir bienes inmuebles ni derechos reales inmobiliarios a favor de entes que no tengan personalidad jurídica, sin que exista una norma, de carácter legal, que lo autorice; y en el caso de que, como ocurre con estos fondos, esa norma exista, sin que se haga de la misma una estricta interpretación<sup>355</sup>.

Es decir, con la cesión de remate a favor del fondo de titulización hipotecaria, el banco o entidad ejecutante le cede la finca porque esa finca concreta, que es objeto del procedimiento de ejecución, y que se le ha adjudicado en pago de su crédito, aparece hipotecada en garantía de un crédito que forma parte de la relación de créditos que la entidad ejecutante aportó al fondo cesionario. Esa aportación al fondo cesionario, es la que habrá de acreditarse mediante la aportación de la escritura de constitución del fondo cesionario o mediante la presentación de la participación hipotecaria o certificado de transmisión correspondiente.

Precisamente para anticiparse al Registrador y su nota de calificación, puede y debe el Secretario Judicial exigir, a los efectos de aprobar la cesión de remate, la escritura de constitución del fondo y averiguar si el crédito hipotecario que se está ejecutando fue aportado por la entidad cedente a dicho fondo. Y si esto fuera así, debería hacer constar en el Decreto de adjudicación:

---

<sup>355</sup> La norma que ha admitido, excepcionalmente, que puedan llegar a inscribirse fincas y derechos a favor de fondos de titulización, y no sólo hipotecaria, a pesar de tratarse de entes sin personalidad jurídica, es el nuevo párrafo del apartado 2 de la Disposición Adicional 5.ª de la Ley 3/1994, de 14 de abril, redactado por el Decreto 6/2010, de 9 de abril. La regulación de los fondos de esta naturaleza está contenida en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, y el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización. La regla general, en el derecho inmobiliario registral, es la de que sólo los entes con personalidad jurídica pueden ser considerados titulares registrales, a través de la inscripción que se practique a su favor. Así se desprende claramente de los arts. 9.4 LH y 11 RH.

- 1) Los datos de esa escritura de constitución del fondo, así como la alusión a que ésta se ha aportado al Juzgado.
- 2) Tomados de dicha escritura, los particulares de la aportación del crédito al fondo o, al menos, la referencia al documento de transmisión en el que se identifique el crédito objeto del procedimiento y la finca sobre la que recae.
- 3) Puede que fuera aconsejable reflejar también, además de los datos identificativos del fondo de titulación hipotecaria, los de la entidad gestora del mismo, especialmente en los casos en los que el fondo es de los que no ha sido inscrito en el Registro Mercantil, pues la inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad facilitará el conocimiento sobre algo esencial; a quien corresponden las facultades de administración y representación de un titular registral que carece de personalidad jurídica.

Una importante cuestión que se planteará para el Secretario judicial será la de cómo se justificará documentalmente, en forma adecuada, a los efectos del art. 647.3 LEC, el pago por parte del fondo cesionario del precio de remate a la entidad ejecutante. La particularidad en estos casos es que, como regla general, no habrá pago, ya que al constituirse el fondo, éste adquirió, generalmente, el 100% del préstamo hipotecario en cuestión, junto con otros más de los muchos que se cedieron por el banco o caja, y pagó por ello un precio global; para acreditar el pago del precio de la cesión de remate, bastará la remisión a la escritura de constitución del fondo y a la normativa aplicable de los que resultará que, al haberse adquirido por dicha escritura, el 100% del préstamo, corresponde al fondo el 100% del producto del remate del préstamo en cuestión. Parece conveniente, a estos efectos, que se pida y compruebe el contenido de la escritura de constitución de cada fondo, decidiendo el Secretario si aprueba la cesión de remate.

¿Y qué ocurre en el caso de fusión o sucesión universal de la entidad acreedora? Cuando, en un procedimiento de ejecución se produce una modificación estructural de la entidad acreedora de la que resulta que el crédito ejecutado ha pasado a pertenecer a la entidad resultante de dicha modificación estructural,

solicitándose la adjudicación al Secretario Judicial a favor de esta entidad, parece que deberá el fedatario judicial reparar en lo siguiente:

1.º) Debe exigirse que la documentación presentada para acreditar el traspaso en bloque o sucesión universal de que se trate sea fehaciente. Si se presentan escrituras de fusión por absorción o de segregación de la totalidad del negocio bancario, éstas deben ser aportadas mediante copias autorizadas.

2.º) Por tratarse de actos sujetos a inscripción en el Registro Mercantil, habrá de acreditarse que dichas escrituras han quedado debidamente inscritas en dicho registro<sup>356</sup>.

3.º) Habrá de examinarse el contenido de la escritura de que se trate y llegar a la convicción de que el crédito, en concreto, que es objeto de ejecución esté comprendido en el conjunto de relaciones jurídicas que se transmiten en bloque de una entidad a otra.

Esa comprobación será sencilla si el traspaso en bloque comprende la totalidad del negocio bancario y financiero de la entidad, lo que no requiere una mayor indagación, pero se complica si las entidades involucradas en la modificación estructural de que se trate, bien las entidades originarias, bien alguna entidad

---

<sup>356</sup> Como ha puesto de manifiesto la RDGRN de 20 de septiembre de 2011(BOE 22 de octubre), la fecha esencial que habrá de tomarse en consideración, porque determinará la eficacia de la fusión, será la de la inscripción de la concreta operación estructural en el Registro Mercantil competente. A nada deberá acceder, si lo que se le pide se lo solicitan antes de que la escritura de segregación del negocio bancario o de fusión todavía se hallara pendiente de inscripción en el Registro Mercantil. Literalmente, manifiesta esta resolución que “...en la escritura que motiva el presente recurso, se manifiesta que la escritura de fusión..., se encuentra en trámites de inscripción en el Registro Mercantil. En la diligencia de rectificación, se testimonian los datos de la escritura de fusión y el notario da fe de que ha sido inscrita en el Registro Mercantil, de la que resulta que la inscripción en el Registro Mercantil se produjo con posterioridad a la fecha de la escritura de venta. Es por tanto innecesario que se aporte la escritura de fusión, ya que se cumple plenamente el tracto sucesivo, pues la finca está inscrita en el Registro a favor de la sociedad absorbida que es la transmitente. Cuestión distinta hubiera sido que la venta se hubiera efectuado por la sociedad absorbente, una vez ya practicada la inscripción de la fusión. En estos casos, si hubiera sido necesaria, en virtud del principio de tracto sucesivo, la previa inscripción de la transmisión causada por la fusión y transmisión en bloque del patrimonio de la entidad titular registral de la finca a la que otorga la escritura”.

“puente” que se haya podido crear en ese proceso, retienen determinados activos, que se quedan sin traspasar en su patrimonio.

Si se es riguroso en la primera ocasión en que se examine una determinada fusión o segregación de negocio bancario, puede estar facilitándose enormemente la tramitación, en el futuro, de otros derechos comprendidos en la misma escritura presentada. De este modo, en las sucesivas actuaciones en que se plantee la misma sucesión, podría bastar al Secretario o al Registrador con remitirse a la misma documentación que se hubiera presentado, a cuyo examen habrá que volver en cada caso. Por lo demás, puede llamar la atención la insistencia de las entidades en tratar de constatar como adjudicataria a la nueva entidad y creo que no debe obrar precipitadamente.

El Secretario Judicial, no podrá considerar adjudicataria a la nueva entidad si, a la fecha de dictarse el decreto, no se ha inscrito todavía en el Registro Mercantil la escritura de fusión o segregación del negocio bancario. En este caso, la inscripción del decreto de adjudicación se practicará en la finca de que se trate, a nombre de la antigua entidad, y la sucesión en dicha titularidad se inscribirá después, con ocasión del otorgamiento, por la nueva entidad, de otros actos sobre la finca.

### **6.1.3. Adjudicación al acreedor; posibilidades del ejecutante, aprobación del remate a su favor.**

El ejecutante tiene dos posibilidades de adquirir el bien subastado: a través de la adjudicación en pago, o bien, como rematante<sup>357</sup>.

---

<sup>357</sup> Cfr. DÍEZ GARCÍA H. Recargas hipotecarias e hipotecas recargables. Edit. Reus. págs. 80 y 81. Se refiere a la adjudicación al acreedor como una decisión legislativa que pretende contrarrestar las voces favorables a la dación en pago, por considerarse esta medida como perjudicial, indudablemente por el efecto negativo que puede producir en los balances de las entidades financieras y por la desconfianza que produciría en los inversores una medida como esa.

El acreedor-ejecutante puede adjudicarse el bien subastado cuando, no habiendo posturas admisibles en la subasta, quiera hacer uso del derecho que la LEC establece en su beneficio y pida la adjudicación del bien, como forma subsidiaria del pago en dinero<sup>358</sup> o, bien, puede intervenir en la celebración de la subasta como cualquier otra persona, con el único privilegio de la exención de constituir el depósito que regula el art. 647.2 LEC.

En este caso la entrega del bien subastado al ejecutante como mejor postor no supone una adjudicación en pago de su crédito sino el resultado de una enajenación forzosa, previa consignación del crédito.

El tratamiento en uno y otro caso es diferente al ser la adjudicación en pago y el remate dos conceptos distintos, a pesar de ser complementarios.

### **6.1.3.a) Adjudicación en pago.**

La adjudicación en pago es un modo de realización forzosa, junto con la enajenación y la administración forzosas. En ella hay una transmisión directa al

---

<sup>358</sup> Cfr. AJPI Terrasa 14/2012 de 16 de octubre (Id Cendoj: 08279420072012200001), expone una clara explicación de la adjudicación del bien subastado al ejecutante., a saber: *“La adjudicación de bienes al ejecutante en el proceso es la forma de apremio consistente en la entrega al ejecutante de los bienes afectos a la ejecución (ya sea mediante embargo, o constitución de garantía real sobre los mismos) por un valor cierto o por la totalidad de la responsabilidad objeto de la ejecución. Históricamente, y en la legislación vigente, esta forma de apremio es subsidiaria de la subasta, porque sólo puede producirse si aquélla ha fracasado, por falta de postores, o por falta de postura admisible. Y se diferencia de la adjudicación para pago porque mediante ésta se entrega el bien al ejecutante no para que lo adquiera en propiedad, sino para que se cobre con su producto, sin que aquél salga del patrimonio responsable. Las raíces de esta institución son tanto históricas como puramente económicas. Pues es claro que si se opta por un procedimiento de apremio destinado a convertir en medio de pago los bienes del patrimonio responsable, una vez ofrecidos al mercado dichos bienes mediante cualquier forma de subasta, si no se formula postura admisible, debe preverse el destino de los bienes, y éste sólo puede ser la entrega al acreedor, o la liberación de los mismos. Es precisamente la necesidad de regular este fenómeno el que conduce a establecer unas normas que convierten a un bien que aparentemente carece de valor de cambio en medio de pago, predeterminando su valor, de manera que el ejecutante pueda ajustar su conducta a tal seguridad. Lo que a su vez tiene una fuerte relevancia para el desarrollo de la ejecución”*.

ejecutante del bien subastado, sin puja previa ni aprobación de remate alguno. Supone, pues, un derecho real del ejecutante, ante el fracaso de la subasta, que puede ejercitar en distintos momentos previstos legalmente:

- Cuando en la subasta solo se hicieran posturas superiores al 70 % del tipo de la subasta pero ofreciendo pagar a plazos con garantías suficientes, bancarias o hipotecarias del precio aplazado, el art. 670.3 LEC otorga al ejecutante la primera posibilidad de adjudicarse los bienes subastados por el 70% del tipo de la subasta.

- Cuando el ejecutado, en el plazo de 10 días, no haya presentado tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 70 %, el art. 670.4 II LEC da la posibilidad al ejecutante de adjudicarse los bienes por el 70% del tipo o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos siempre que esa cantidad sea superior a la mejor postura de la subasta ofrecida.

El problema, en este supuesto, estriba en determinar si puede aprobarse el remate a favor del propio ejecutante, siendo el mejor postor en la subasta celebrada, y no habiendo hecho uso de la facultad que le concede el art. 670.4, párrafo segundo, LEC. El párrafo segundo, no impone al ejecutante una obligación, sino un derecho que puede ejercer lógicamente, cuando el mejor postor sea un tercero y no él. Por tanto, si el ejecutante puede participar en la subasta (ningún precepto impide al ejecutante participar en la subasta, antes al contrario, su participación está expresamente prevista en el art. 647 LEC, referido a subastas de bienes muebles, al que se remite el art. 655.2 LEC, para las subastas de bienes inmuebles) y puede, en consecuencia, ser el mejor postor, no encuentro razón procesal alguna para que, al no haber utilizado el ejecutado la posibilidad que le concede el párrafo 1 del apartado del art. 670 LEC, ni haber utilizado, obviamente, el ejecutante la posibilidad que también le concede el siguiente párrafo del citado precepto, se aplique el párrafo siguiente aprobando el remate a favor del mejor postor, en este caso, el ejecutante.

- Cuando la subasta quede desierta o sin postores, el art. 671 LEC concede al ejecutante la posibilidad de pedir la adjudicación, en el plazo de veinte días. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la

adjudicación por el 50 % del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratase de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%.

Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el art. 654.3 LEC.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciera uso de esa facultad, el Secretario judicial procede al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado (art. 671 LEC).

Por tanto, la adjudicación en pago es una forma sustitutiva del cumplimiento específico que transmite al ejecutante la propiedad de los bienes y significa, procesalmente, que el acreedor puede intervenir en la subasta como cualquier otra persona con el único privilegio de la exención de constituir depósito (la entrega del bien, en este caso, es el resultado de una enajenación forzosa, previa consignación del precio), y cabe, que cuando, no haya posturas admisibles, en uso del derecho que la LEC establece pida la citada adjudicación en pago del bien como forma subsidiaria del pago en dinero<sup>359</sup>.

Es conveniente resaltar que si el acreedor quiere condonar parte de la deuda deberá hacerlo antes de la subasta, a fin de que el deudor sepa la cantidad que sigue debiendo y pueda intentar presentar tercero que cubra ese importe ya que en principio la deuda será solo la cubierta por la garantía hipotecaria.

El párrafo 2.º del apartado cuatro del art. 670 LEC fue modificado por el Real Decreto Ley 8/2011 de 28 de abril; aplicándose a toda subasta de inmuebles y no solo a los que salgan a subasta en una ejecución hipotecaria. El 60% del valor de

---

<sup>359</sup> Vid. Anuario de Derecho Civil, volumen 53, núm. 3-4 Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 2000. págs. 1739 y 1740. Por la virtualidad traslativa de la adjudicación en pago de deudas, el acreedor hipotecario se convierte en propietario de la finca hipotecada. La doctrina más autorizada insiste en que el primitivo deudor es reemplazado en el débito por el acreedor hipotecario que se subroga en la deuda, que le sucede en ella.



tasación es “*un límite equilibrado, impidiéndose cualquier adjudicación al acreedor inferior al 60% del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total, y ello con el fin de evitar el despojo del deudor*”.

Después la Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal introdujo una Disposición Adicional Sexta en la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificándose los arts. 671 y 670.4 LEC para distinguir las viviendas habituales de los deudores de las que no lo eran.

Para los citados bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70% del valor de tasación y el ejecutado no hubiere presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70% o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

Lo cierto es que la técnica legislativa puede calificarse de defectuosa ya que se mantiene la expresión: “*cantidad que se le deba por todos los conceptos*”, haciendo resurgir los antiguos debates sobre la interpretación de la misma, a lo que se incorpora la dificultad añadida de tener que acreditar en cada caso si el inmueble es o no vivienda habitual, pues no hay ningún mecanismo o incidente procesal que permita determinarla.

La Disposición Adicional sexta LEC, era aplicable a la ejecución hipotecaria ya que la remisión del art. 691.4 LEC a las normas de la subasta de bienes inmuebles no tenía excepciones, otra cosa es que por la ausencia de postores no tuviera ninguna utilidad práctica (además hay que tener en cuenta el escaso recorrido de esta disposición).

Para el supuesto que el actor se adjudique la finca por todos los conceptos, no habrá exigencia de cuantificar la cantidad exactamente debida al ejecutante. Si el acreedor acepta la extinción de la deuda objeto de ejecución, cualquiera que sea su importe, solicitando la adjudicación del bien en pago de la deuda por todos los conceptos será irrelevante qué cantidad en concreto se deba, y dado que no es preciso hacer ingreso o consignación de cantidad alguna, lo razonable es que el

auto (hoy decreto) aprobando la adjudicación se dicte sin dilación salvo que se suscite una verdadera necesidad de proceder a la determinación de lo exactamente debido<sup>360</sup>.

En todos estos supuestos, en los que el ejecutante, ante la ausencia de posturas mínimas o de postores en la subasta, se adjudica el bien objeto de la misma, la LEC parece eximir al Secretario Judicial de la aprobación del remate dictando, en su lugar, una resolución aprobatoria de la adjudicación al acreedor, similar al decreto de aprobación del remate a favor del ejecutante, y que no hay que confundir, tras la reforma operada por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, con el Decreto de adjudicación previsto en el art. 670.8 LEC, el cual viene precedido de la aprobación del remate y la consignación, cuando proceda, de la totalidad del precio ofrecido por el bien subastado, siendo éste último el transmisor de la propiedad, y su testimonio título bastante para la inscripción el Registro de la Propiedad, según lo establecido en el artículo 674 LEC.

Por tanto, en tres ocasiones se ha modificado la redacción del primer apartado del art. 671 LEC en los últimos cuatro años. Se procede seguidamente a analizar la razón de tantos cambios en tan poco tiempo:

La primera modificación normativa (adjudicación por una cantidad superior al 50%) respondió a la moda de las primeras ejecuciones hipotecarias fallidas (no se vendía el inmueble en la subasta) y se justificó en un supuesto beneficio para el

---

<sup>360</sup> Cfr. AAP Las Palmas de Gran Canaria, Secc. 4.<sup>a</sup> 917/2010 de 22 de abril (Id Cendoj: 35016370042010200105). “*El auto que aprueba la adjudicación en pago de la deuda por todos los conceptos no exige, a juicio de esta Sección, ni la cuantificación de la cantidad exactamente debida al ejecutante, ni la expresión de cuál sea en el mismo auto, dilatando innecesariamente el procedimiento. Si el acreedor acepta la extinción de la deuda objeto de ejecución, cualesquiera sea su importe, solicitando la adjudicación del bien en pago de la deuda por todos los conceptos será irrelevante qué cantidad en concreto se deba -siempre que, obviamente, se siga debiendo-, y dado que no es preciso hacer ingreso o consignación de cantidad alguna lo razonable es que el auto aprobando la adjudicación se dicte de inmediato y sin dilación salvo que se suscite una verdadera necesidad de proceder a la determinación de lo exactamente debido, bien por existir derechos de terceros afectados que precisarían esa determinación (por ejemplo con derecho de retracto), bien por justificación antes de que se dicte el auto del pago por el ejecutado de la cuantía líquida por la que se sigue la ejecución y la consignación de las cantidades despachadas en la ejecución para intereses y costas -sin perjuicio de la ulterior liquidación-, solicitando la liberación del bien*”.

ejecutado, pues la adjudicación por encima del 50% le era más favorable. Sin embargo, el problema no era de adjudicación ni de mayor beneficio para el deudor (ya que era más beneficioso y se satisfacía la deuda con la adjudicación por todos los conceptos, y esta previsión ya estaba contemplada en el art. 671 LEC antes de la reforma) sino que parecía estar en la propia valoración del inmueble. Efectivamente, existía una desproporción fácilmente constatable entre las escrituras de las hipotecas y los precios reales de mercado, resultado de una crisis económica que comenzaba a aflorar.

Lo cierto es que el art. 671 LEC no se limita a supuestos de subasta sin postores y no se excluye su aplicación por el hecho de que el ejecutante haya concurrido a la subasta. Puede considerarse que no existe óbice normativo alguno a que el ejecutante que no haya aprovechado su derecho de solicitar la adjudicación conforme al art. 670.4 LEC, pueda ejercitar el derecho que le confiere el art. 671 LEC sin que suponga ningún acto propio, sino aprovechar los derechos que la norma procesal le confiere.

La petición de adjudicación por el ejecutante puede realizarse en el mismo acto de la subasta, lo que se hará constar en el acta, iniciándose el cómputo del plazo al día siguiente (art. 133.1 LEC). Si el ejecutante no formula la petición dentro de ese plazo no hay previsión legal, ni consecuencia alguna, salvo la ejecución de la garantía real (por la celebración de la subasta). Además, el segundo párrafo del art. 671 LEC no es aplicable a la ejecución hipotecaria (no es posible el alzamiento del embargo ya que en la ejecución hipotecaria no existe ningún embargo, sólo realización de una garantía real).

Si el ejecutante deja transcurrir el plazo y no se adjudica el bien, se han dado varias soluciones: podría dictarse una resolución de impulso procesal por el Juzgado “recordando al ejecutante” que tiene pendiente la adjudicación del bien o admitir su petición cualquiera que sea el momento en que la realice <sup>361</sup> o incluso se ha apuntado otras posibilidades, como un alzamiento de la hipoteca a

---

<sup>361</sup> Cfr. AAP Las Palmas de Gran Canaria, Secc. 4.ª 917/2010, de 22 de abril (Id Cendoj: 35016370042010200105 Las Palmas de Gran Canaria).

instancia del ejecutado o una segunda hipoteca. Sin embargo, estas dos últimas posibilidades han sido objeto de crítica y rechazadas por la jurisprudencia menor<sup>362</sup>. La ejecución hipotecaria, por la garantía real, le concede al ejecutante una vía privilegiada para la satisfacción de su crédito, que se traduce en:

- la prioridad respecto de otros acreedores (embargos)
- la limitación de las causas de oposición del ejecutado
- la continuación de la ejecución si, subastados los bienes hipotecados su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito (art. 579 LEC). En consecuencia, el ejecutante que realiza la garantía real en la ejecución hipotecaria puede, en la parte del crédito no satisfecha, embargar en la ejecución dineraria. Satisfacción para la que será necesaria la venta del bien o bienes sujetos a la garantía real, en pública subasta y que finalizará con la adjudicación a un tercero o al propio ejecutante.

No cabe entender de otra forma este proceso ni hablar de una segunda subasta. Lo contrario vulnera el art. 579 LEC y además impide la adjudicación de la finca, habida cuenta la imposibilidad de determinar el importe satisfecho y, en su caso, el sobrante.

Ni la LH, ni la LEC autorizan peticiones de adjudicación parcial, limitándose las normas que regulan la ejecución hipotecaria al pago del crédito después de la venta (o de cualquier otro medio de realización) pero no se permite que después de la subasta ya cebrada queden las fincas pendientes de un destino que no se aclare. Y es que, en su aplicación, el art. 671 LEC, debe relacionarse con la ejecución hipotecaria y del mismo modo que no podrá levantarse ningún

---

<sup>362</sup> Cfr. AAP de Castellón, Sección 1.ª, de 4 de abril de 2011 (ROJ AAP CS 301/2011) señala que no podrá acordarse el sobreseimiento del procedimiento y continua diciendo que “*el archivo y la cancelación de la hipoteca no tiene cobertura en el artículo 671.2 LEC (sólo a instancia del deudor) de modo que la simple inactividad del acreedor no puede conllevar lo acordado por el Juzgado mientras subsista la deuda, puesto que en otro caso se estaría primando la actitud pasiva del deudor que tampoco realiza actividad alguna tendente al pago*”.

embargo, porque no se ha practicado, el ejecutante habrá realizado la garantía real con la venta en pública subasta de los bienes, lo que implica la adjudicación.

La segunda modificación operada por el Real Decreto 8/2011 de 1 de julio, estableció «*Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación*». Con ello se buscaba garantizar que, en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirían una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permitiría anular o reducir al máximo la deuda remanente y , además, que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizaría por un precio nunca inferior al 60% del valor de tasación.

Con ello se pretendía dar respuesta a la desproporción entre los precios de tasación pactados en las escrituras, los precios del mercado y la continuación de la ejecución hasta el completo pago de la deuda (art. 579 LEC). Esa desproporción lo que había ocasionado era la imposibilidad de muchos deudores de hacer frente al pago de la cuota mensual (por causa de la elevada tasa de desempleo) y la ejecución de la totalidad de la deuda garantizada por la hipoteca, que excedía, en muchos casos incluso del valor de tasación del bien inmueble que lo garantizaba.

La tercera modificación se produce por Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal que distingue las viviendas habituales de las que no lo son y que será objeto de estudio, más extenso, en otros apartados.

### **6.1.3.b) Intervención en la subasta.**

La otra posibilidad que tiene el ejecutante de adquirir el bien subastado es concurriendo a la subasta, interviniendo en ella como cualquier postor, es decir, haciendo las pujas que considere. Sin embargo, su participación en la misma tiene algunas diferencias de la del resto de los postores, señaladas en el art. 647.3 LEC:

- En el art. 647.3 2.º LEC, su asistencia queda condicionada a que existan otros licitadores y solo el ejecutante queda liberado de la necesidad de consignación previa para poder participar en la misma, al estar el proceso de ejecución dirigido precisamente a satisfacer su crédito con relación al ejecutado.

- En el art. 647.3.3.º LEC, se le atribuye la posibilidad de hacer posturas reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. En este supuesto se estaría ante una subasta en la que ha tomado parte el acreedor ejecutante, junto con otros licitadores, pujando por el bien hipotecado e incluso pudiendo ofrecer la mejor postura y otorgarse así la aprobación del remate a su favor.

Si fuere el ejecutante el que hiciere la mejor postura, igual o superior al 70% del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, el art. 670.2 LEC establece que una vez aprobado el remate, se procederá por el Secretario Judicial a la liquidación de lo que se deba por principal, intereses y costas y, notificada esta liquidación, el ejecutante consignará la diferencia, si la hubiere, en un plazo de veinte días. En definitiva, cuando sea el acreedor el licitador que ofrezca la mejor postura, el Secretario Judicial aprueba el remate a su favor el mismo día o al día siguiente, sin embargo, éste no consignará cantidad alguna hasta que se efectúe la liquidación de la deuda por la que se sigue la ejecución<sup>363</sup>.

Una vez efectuada esta, se notifica al acreedor y solo si el precio ofrecido por el bien subastado supera el importe resultante de la liquidación de la deuda debe ingresar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la diferencia. Si, por el contrario, la deuda es superior a la mejor postura ofrecida por el acreedor, este podrá continuar con la ejecución (ordinaria, se entiende) hasta que sea satisfecho

---

<sup>363</sup> En cuanto a la liquidación, hay que tener en cuenta el artículo 575.1 LEC, señalando que la ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada en la cantidad que pueda preverse para hacer frente a los intereses que se devenguen durante la ejecución y costas de ésta. Por su parte, el artículo 576.1 LEC referido a los intereses de mora procesal: *“Desde que fuera dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley”*.

por el total de su deuda. La ley utiliza el criterio de la compensación en vez de tener que pagar al acreedor el precio ofrecido por el remate y después abonarle el precio de su crédito.

Al tratarse de bien inmueble, el Secretario Judicial considerará en su liquidación, además del principal, los intereses y las costas. La LEC utiliza una inadecuada terminología al referirse a la liquidación, ya que el principal constará, normalmente, en la demanda y no necesita liquidación alguna; tampoco las costas, que serán motivo de tasación y no de liquidación. En definitiva, solo los intereses son objeto de liquidación<sup>364</sup>.

El hecho de que la liquidación de intereses y la tasación de costas pueda llevar consigo un retardo injustificado en la entrega de la posesión del bien subastado al acreedor adquirente ha llevado a una parte de la doctrina a considerar la siguiente posibilidad: el ejecutante podría consignar la totalidad del importe ofrecido por el bien subastado, descontando solamente el principal de la deuda por él reclamado, al no necesitar nunca liquidación, sin tener que esperar que se lleve a cabo la liquidación de intereses y la tasación de costas, al no suponer agravio alguno para el ejecutado o los terceros, ni producirse inobservancia de las normas procesales establecidas en el proceso de ejecución<sup>365</sup>. Todo ello sin perjuicio de que se proceda con posterioridad a la liquidación de intereses y a la tasación de costas, y una vez efectuado todo ello deba ser satisfecho el ejecutante, en la totalidad de la deuda de que es acreedor. Por tanto, la adjudicación al acreedor del bien subastado no debería esperar a la liquidación de intereses y tasación de costas de la ejecución, ya que si éstos son de cuantía inferior quedarán

---

<sup>364</sup> SERNA BOSCH DE LA, J. La subasta judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Barcelona, 2010. pág. 170; ANDINO AXPE, L. F. "La realización forzosa de bienes embargados en la nueva LEC. La liquidación de intereses". Diario LA LEY, n.º 5598, sección doctrina, 30 de julio de 2002; TELLEZ LAPEIRA, A. "Observaciones sobre el pago del precio de remate por el actor ejecutante en la subasta judicial o la crónica de un desorden", Diario LA LEY, sección doctrina, 2000, ref. 286, tomo 9, págs. 5 y ss.

<sup>365</sup> TELLEZ LAPEIRA, A. Observaciones sobre el pago del precio de remate por el actor ejecutante en la subasta judicial o la crónica de un desorden. Diario LA LEY, sección doctrina, 2000, ref. 286, tomo 9, págs. 5 y ss.

cubiertos con la adjudicación y si son superiores determinarán la subsistencia de un crédito a favor del ejecutante frente al ejecutado por la diferencia<sup>366</sup>.

Si la postura ofrecida por el ejecutante en la subasta fuere inferior al 70% del tipo de la subasta, el ejecutado podrá presentar un tercero que mejore dicha postura, no siendo así, y si la postura es superior al 50 % del tipo, se aprobará el remate a su favor; siendo inferior a dicho porcentaje el Secretario Judicial debe decidir si aprueba o no el mismo. En estos dos últimos casos, la LEC no supone que se tenga que hacer la liquidación antes de la consignación por el acreedor del resto del precio.

Si el acreedor ofrece la mejor postura, el mismo día o al día siguiente se aprueba el remate a su favor, se liquida la deuda y se le da un plazo de 20 días para que, en el supuesto de que el importe de lo adjudicado fuera mayor que la deuda, consigne la diferencia en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado, y a continuación, se dicta Decreto de adjudicación.

Si el ejecutante no consigna en plazo la diferencia entre el valor del remate y su crédito, la subasta caería en quiebra; pero a diferencia de lo que ocurriría con cualquier otro postor (que según preceptúa el art. 653 LEC perdería lo consignado), el ejecutante estaría exento de sanción al estar exento, a su vez, de la consignación.

Uno de los extremos que habrá de comprobar la calificación registral es el de que la adjudicación al mejor postor, o al ejecutante por falta de postores, respete el mínimo legal establecido; pero es que además, dados los cambios normativos que se han sucedido en la materia el problema se plantea en determinar cuál deberá ser la fecha determinante de la normativa aplicable: si la vigente cuando se inició el procedimiento o la vigente cuando se celebre la subasta.

A partir del 1 de enero de 2001, el art. 670 LEC establece que se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50% del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad

---

<sup>366</sup> CORDÓN MORENO, F. Comentarios a la ley de Enjuiciamiento..., ob. cit., pág. 506.



por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas<sup>367</sup>. Lo cierto es que se entiende que los procedimientos se rigen íntegramente, hasta su conclusión, por la normativa vigente al tiempo de iniciarlos, sin que les afecte ninguna modificación legislativa aprobada con posterioridad, salvo que así lo disponga de modo expreso la nueva norma en sus propias disposiciones transitorias, o que los interesados opten por desistir del antiguo procedimiento y acogerse al nuevo<sup>368</sup>.

Este principio clásico encuentra su apoyo en la redacción de la disposición transitoria cuarta del Código Civil<sup>369</sup>. Sin embargo, se estaría dando una aplicación prioritaria a las reglas y principios generales que derivan de una legislación predominantemente sustantiva, como es el Código Civil, y no a la específicamente procedimental, como es la LEC, la cual, en sus propias disposiciones transitorias, recoge más bien la idea contraria a la del Código Civil, es decir, que aunque se trate de procedimientos iniciados bajo una normativa, las actuaciones concretas que se desarrollen cuando ya esté vigente otra nueva deben

---

<sup>367</sup> Continúa el artículo diciendo que: “*Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el Secretario judicial responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. En este último caso, contra el decreto que apruebe el remate cabe recurso directo de revisión ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución*”.

<sup>368</sup> Vid. TORIBIOS FUENTES, F. Comentarios..., ob. cit., págs. 66 y 67. La ley procesal regula actos procesales, el proceso mismo no regula derechos y obligaciones materiales, por ello la sustanciación de un proceso se regula por las normas procesales vigentes en aquel momento, destacando la irretroactividad de las mismas. En la práctica un cambio de ley procesal puede dificultar el conocimiento de la ley vigente aplicable a un proceso iniciado antes de la entrada en vigor de la nueva ley. Ello pone de manifiesto la vinculación de este precepto con las normas de derecho transitorio contenidas en las disposiciones transitorias LEC, a cuya luz debe ser interpretado el art 2 de dicho cuerpo legal. El juego conjunto de estas normas permite interpretar la vigencia temporal del resto del articulado LEC.

<sup>369</sup> Dispone que: “*Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código. Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros*”.

en muchos casos regirse por ésta última. Esa idea está presente, de una u otra manera, en todas sus disposiciones transitorias, que son siete, pero de modo más específico para la cuestión que nos ocupa resulta relevante la disposición transitoria sexta<sup>370</sup>. Según ello, cuando la actuación ejecutiva concreta de la subasta de los bienes o de la adjudicación al ejecutante por falta de postores se produzca bajo la vigencia de alguna reforma del art. 671 LEC, se regirá por la reforma vigente en tal momento.

En consecuencia, las sucesivas redacciones legales del art. 671 LEC han de entenderse aplicables no sólo a los procedimientos que se inicien tras su entrada en vigor, sino también a las subastas que se celebren bajo su entrada en vigor aunque deriven de procedimientos iniciados con anterioridad<sup>371</sup>. Así resulta,

---

<sup>370</sup> “Los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta Ley se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante”.

<sup>371</sup> A partir del 8/1/2001, art 671 LEC: Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 % de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

A partir del 7/7/2011: RD-L 8/2011, de 1 de julio, art 671 LEC. Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60% de su valor de tasación.

A partir del 31/10/2011: Ley 37/2011, de 10 de octubre, art 671 LEC. Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60% de su valor de tasación.

Disposición adicional sexta. Adjudicación de bienes inmuebles. En el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la sección VI del capítulo IV del título IV del libro III y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50 % de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

A partir del 15/05/2013: Ley 1/2013 de 14 de mayo, art 671 LEC. Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación del bien. (...) Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%.

LEC art 671 LEC. (...) Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

para las dos reformas que carecen de disposiciones transitorias propias (Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio; y Ley 37/2011, de 10 de octubre) de la interpretación y argumentación que acaba de exponerse, basada en los principios inspiradores de las disposiciones transitorias de la propia LEC. Y para la reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, resulta, además, de su propia disposición transitoria cuarta, según la cual se prevé expresamente que se aplica también a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, "*respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar*" (previsión que no es innovadora ni modificadora, sino confirmatoria de los principios que inspiraron las disposiciones transitorias generales de la propia LEC).

#### **6.1.4. Transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada (arts. 640 y 641 LEC).**

Se abordan en este apartado dos formas de realización del bien diferentes de la tradicional subasta pública: el convenio de realización y la realización por persona o entidad especializada. Ambas se estudian poniendo el acento, exclusivamente, en sus posibilidades de acceso al Registro.

##### **6.1.4.a) El convenio de realización**

Se define el convenio de realización como el pacto entre las partes, o entre los interesados en el proceso, que es aprobado judicialmente y que tiene por objeto la venta del bien hipotecado (también pignorado o embargado) para la obtención de un mejor precio que el que pudiera obtenerse en la subasta<sup>372</sup>.

---

Según la disposición transitoria cuarta de esta Ley 1/2013 de 14 de mayo esta regulación se aplica también a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, "*respecto aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar*".

<sup>372</sup> Vid. MARTIN DIZ, F. La ejecución de la garantía hipotecaria....ob. cit. págs. 385 y ss. critica la laxitud de esta regulación legal, pues no contempla ni los tipos de formas de satisfacción del

El legislador pretende conseguir el mejor precio, las mejores condiciones de venta y una agilización del trámite (otorgándose una libertad formal casi absoluta), sin embargo, no existe costumbre de acudir a este medio de transmisión <sup>373</sup>. Ahondando en las razones que pueden llevar a ello, cuando, *a priori*, puede ser más beneficioso para todas las partes que la típica subasta, debemos partir de esa libertad formal casi absoluta. En realidad tal libertad adolece de escasa eficacia práctica, por lo complicado que puede llegar a ser conseguir un acuerdo de las partes cuando falta un mínimo guion al que ceñirse.

En segundo lugar, también existe la costumbre del ejecutante de acudir siempre a la subasta judicial. A ello contribuye, definitivamente, la falta de personación del ejecutado en el procedimiento, lo que también ocurre en la mayoría de los casos.

En tercer y último lugar, resaltar una razón que también puede ser un escollo a la hora de optar por el convenio de realización: la intervención de los Registradores de la Propiedad calificando el título (es decir el convenio) y revisando la ejecución a modo de una cuarta instancia.

Antes de entrar a valorar este último punto, decir que la LEC no establece el momento a partir del cual pudiera solicitarse el convenio de realización, sin embargo en los bienes susceptibles de inscripción registral, parece lógico pensar que después de haberse recibido la certificación de cargas del Registro ya que se exige para la aprobación del convenio la conformidad de los acreedores y los terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta, por lo que es requisito imprescindible conocer su existencia.

---

derecho, modo y condiciones de presentación de las formas de satisfacción del derecho del ejecutante, ni el ámbito de discrecionalidad del Juzgado para aceptar o denegar las propuestas presentadas.

<sup>373</sup> En más de 12 años de ejercicio como Secretario Judicial solo he asistido a un convenio pero en ejecución ordinaria, es decir, con respecto a una finca embargada, pero nunca en sede de ejecución hipotecaria.

Esto con respecto al momento a partir del cual puede solicitarse o *dies a quo*, pero en cuanto al *dies ad quem*, sería posible hasta el momento de la celebración de la subasta o incluso después, en el caso que aquella cayere en quiebra o quedare desierta por la no comparecencia de ningún postor, así como cuando se denegare la aprobación del remate.

Aunque el art. 640 LEC disponga que la diligencia de ordenación convocando a las partes para llegar a un convenio de realización no tendrá efectos suspensivos, puede entenderse más adecuado la suspensión de la subasta siempre, eso sí, que tal suspensión fuera solicitada por ambas partes, evitando así que la solicitud de una de las partes tenga como único objeto dilatar la ejecución.

Los que pueden pedir el convenio son ejecutante, ejecutado y quienes ostenten interés directo<sup>374</sup>, debiendo entenderse como tales aquellos contra los que no se

---

<sup>374</sup> El Colegio de Procuradores de Madrid, pieza fundamental en este tipo de realización explica claramente los pasos a seguir para conseguir la realización del bien, en su página web [www.icpm.es](http://www.icpm.es), de la siguiente manera: El ICPM dotará de mayor eficacia y rapidez a la ejecución actuando bajo el más estricto rigor jurídico y amparado por el artículo 640 mediante su intervención en el convenio de realización del bien objeto de apremio, suscrito por las partes, que se aprobará judicialmente a tenor de los siguientes pasos:

- Escrito del ejecutante, del ejecutado o tercero interesado solicitando comparecencia. Siendo preciso el consentimiento del ejecutado en todo caso, mediante escrito del ejecutante, del ejecutado o de un tercero interesado, se solicitará la comparecencia del artículo 640 con el fin de convenir el modo de realización más eficaz.

- El Juzgado correspondiente, mediante providencia, acordará la comparecencia solicitada, sin suspender el curso de la ejecución.

- En la comparecencia se convendrá por las partes, el modo de realización más conveniente para las mismas, suscribiéndose entre el ejecutante y ejecutado, respetando los derechos protegidos de terceros interesados, el Convenio de realización forzosa.

- El Convenio de Realización Forzosa será aprobado mediante Auto Judicial produciéndose así dos efectos importantísimos:

a) Paralización de la ejecución del bien.

b) Designación del ICPM como Entidad Especializada para la venta directa del bien objeto de apremio.

- Entre el representante del ICPM y el adjudicatario del bien se firmará un Documento de Adjudicación, detallándose las condiciones de realización: precio y aceptación del adquirente. Ello implica el necesario conocimiento de la situación registral por parte del adquirente que derive de la certificación de cargas, gravámenes y arrendamientos existentes, así como la situación comercial de la finca, entendiéndose por ella el estado físico, medioambiental y constructivo de la misma.

ha despachado ejecución pero que son propietarios de bienes afectos a la obligación por la que se procede (art. 583.3 LEC), entre los que se puede incluir al tercer poseedor del art. 662 LEC y al cónyuge del ejecutado en el caso de que el bien sobre el que se pretenda llegar a un acuerdo tenga carácter ganancial (art. 541 LEC)<sup>375</sup>.

También tendrían ese interés directo:

- Los titulares de créditos que figuren en el Registro con posterioridad a la carga que se ejecuta
- Los embargantes del sobrante.

---

- El Convenio de Realización deberá ser aprobado judicialmente, y para ello se presentará escrito ante el Juzgado correspondiente adjuntando:

a) El documento formalización.

b) Detalle de todas las actividades comerciales realizadas por el ICPM (dípticos, catálogos, mailing, gestión publicitaria), logrando una transparencia en la información que repercute en la mejor comercialización del bien.

- Si la transmisión del bien se produjo de acuerdo al artículo 642, directamente se aprobará judicialmente la enajenación, distribuyéndose el precio obtenido e inscribiéndose el bien a favor del adjudicatario mediante el correspondiente testimonio expedido a tal efecto por el Secretario Judicial.

<sup>375</sup> Cfr. RODERO LUNA B. C. Ejecución civil. Vía de apremio. [www.cej-mjusticia.es](http://www.cej-mjusticia.es). Considera que la legitimación de este *petitum* la tiene el ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución. Los requisitos para admitir la convocatoria son la conformidad del ejecutante y que el Secretario Judicial no encuentre motivos razonables para denegarla, por ello si se cumplen los requisitos, el Secretario judicial acordará la convocatoria de comparecencia, mediante diligencia de ordenación. A la comparecencia podrán asistir otras personas, invitadas por el ejecutante o ejecutado. En la comparecencia los asistentes podrán proponer cualquier forma de realización de los bienes sujetos a la ejecución, y presentar a persona que consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse por la subasta judicial, también cabrá proponer otras formas de satisfacción del derecho del ejecutante. Esta autora cita expresamente la obra; Ley de Enjuiciamiento civil comentada. Coordinadores MARINA MARTINEZ PANDO, J., LOSCERTALES FUERTES y FERRER GUTIERREZ, A. cuya opinión se basa en que la petición de convenio es vinculante; estará vedado impedirla o restringirla de cualquier manera...Salvo por supuesto, exista un motivo razonable, que por dicha preferencia, deberá siempre referirse a razones de orden público derivadas de la imposibilidad de aceptarlo sin vulnerar los derechos de terceros o de que el deudor pueda prestar el consentimiento libremente, pero que deberán ser valoradas de forma restrictiva.

- Los deudores solidarios del deudor contra los que no se haya dirigido la ejecución (su interés se basa en que la obtención del mejor precio posible les beneficia, porque en caso contrario, ante la insuficiencia de bienes del ejecutado, el acreedor se dirigirá contra ellos)<sup>376</sup>.

- Los socios o integrantes de la Agrupación de interés económico respecto de los bienes de dicha Agrupación (hay que tener en cuenta que el acreedor solo podrá dirigirse contra ellos si se acredita la insolvencia de la propia Agrupación)<sup>377</sup>.

Aunque la ley no exige el acuerdo de ambas partes (al art. 640 LEC se limita a exigir la conformidad del ejecutante), la práctica exige que se muestren de acuerdo el ejecutante y el ejecutado para convocar la comparecencia, ya que sin su asistencia a la misma, la de los dos, bien por sí o por procurador con poder especial, no podrá prosperar ningún convenio. Lo habitual en estos casos es que las partes, con carácter previo, ya hubieran llegado a un acuerdo y pretendieran homologarlo judicialmente por esta vía del convenio de realización. No es imaginable que sin ningún contacto anterior, pretenda alguna de las dos partes ir a la comparecencia del art. 640 LEC.

Para explicar la razón fundamental que entorpece en la práctica la opción del convenio de realización, es decir la intervención de los Registros de la Propiedad calificando el título (es decir el convenio) y revisando la ejecución a modo de una cuarta instancia, es necesario partir del imperativo legal que exige que a los terceros a quien pueda afectar el acuerdo o los acreedores o terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado su derecho en el Registro con posterioridad al

---

<sup>376</sup> Cfr. El art. 542.1 establece que el acreedor podrá dirigirse ejecutivamente contra todos o algunos de los deudores solidarios que figuren como condenados en el título ejecutivo de carácter judicial. El ejecutante no podrá iniciar la ejecución contra los deudores solidarios contra los que no se haya dirigido el juicio declarativo y no hayan sido condenados en la sentencia, si bien podría iniciarse contra ellos otro juicio declarativo al no operar los efectos negativos de la cosa juzgada SERRA DOMÍNGUEZ, M. "Comentario al art. 1252", Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, ob. cit, página 694. Cuando el Título Ejecutivo presente carácter extrajudicial, tan sólo podrá dirigirse la ejecución contra el deudor solidario que figure en ellos o en otro documento que acredite la solidaridad de la deuda (art. 542.2).

<sup>377</sup> El régimen legal de las Agrupación de Interés Económico se recoge en la Ley 12/1991 de 29 de abril.

gravamen que se ejecuta, consientan el convenio, no siendo necesario su asistencia a la convocatoria. A estos efectos se puede entender que cuando el art. 640.3 LEC exige para aprobar el convenio de realización la conformidad de los acreedores o terceros poseedores que hubieren inscrito o anotado sus derechos en el Registro con posterioridad al gravamen que se ejecuta se refiere tan sólo a los que figuran en la certificación de cargas, aun cuando no hayan asistido a la comparecencia. Por tanto, si con posterioridad hubieran inscrito o anotado sus derechos otros acreedores o terceros poseedores, no invalidaría el convenio el hecho de no haber mostrado su consentimiento al mismo, ya que conocieron por nota marginal la existencia del procedimiento. Esto lleva a la conclusión de que su conformidad tan solo se puede reputar necesaria si se hubieren personado en la ejecución<sup>378</sup>. Pero el problema no se plantea con relación a quien debe prestar el consentimiento sino más bien en el propio consentimiento, en la forma de prestarlo.

Las resoluciones de la DGRN, en este asunto, son contradictorias<sup>379</sup>, ya que en algunas deniega su acceso al Registro del convenio de realización y en otras lo permite.

---

<sup>378</sup> Vid. RIVAS TORRALBA, R. Aspectos registrales de la ejecución directa sobre inmuebles hipotecados. "Estudios de derecho judicial", número 53/2004, CGPJ, op. cit, pág. 102; ACHÓN BRUÑÉN, M. La ejecución dineraria. ob. cit. pág. 249.

<sup>379</sup> Vid. RDGRN de 19 de septiembre de 2003 (BOE 16 de octubre de 2003) deniega el acceso. Se trata, este caso, de un supuesto en el que se celebra la comparecencia prevista en el art. 640.2 LEC, se alcanza por las partes un acuerdo, se da traslado del convenio al acreedor que no se opone y se aprueba el convenio adjudicándose por un tercero la finca ejecutada. Se ordena la cancelación de cargas posteriores a la hipoteca ejecutada y el Registrador califica negativamente.

Sin embargo, es distinto el caso analizado por la Resolución DGRN de 13 de junio de 2005 (BOE 9 de agosto de 2005), en el que la finca aparece inscrita en el Registro a favor de unos cónyuges como bien ganancial; una vez divorciados los titulares y en ejecución del procedimiento de divorcio, se embarga la finca para garantizar una cantidad que uno debía al otro. En virtud del art. 640.3 LEC, declarada la rebeldía del deudor se autoriza al otro la realización del bien y se aprueba el convenio de venta entre éste y un tercero. También en éste último caso la calificación del Registrador es negativa. La fundamentación de esta negativa se basa en considerar que la conformidad que requiere el art. 640.3 II LEC debe entenderse como una actividad positiva del acreedor posterior, no siendo suficiente la simple notificación del convenio entre ejecutante y ejecutado.



Siendo varios, todos los anotantes posteriores deben prestar su conformidad, ya que si no fuera así se les privaría de la posibilidad que en todo caso tienen de optar por pagar o por esperar a que el bien se realice y cobrarse el sobrante (si solo se les notificara entendiéndolo la conformidad como equivalente a la pasividad los anotantes posteriores podrían ver canceladas sus anotaciones sin saber si el valor de la finca, era suficiente o no para cubrir su crédito).

La DGRN confirmó las resoluciones referidas a las ejecuciones hipotecarias y revocó la relativa al bien ganancial, siendo interesante para este trabajo las primeras, me centraré en ellas: Las RDGRN de 19 de septiembre de 2003(BOE de 16 de octubre) y de 16 de febrero de 2009 (BOE de 25 de marzo) sostienen que el interés de los titulares de cargas posteriores en la realización del bien a ejecutar por la afección del remanente, determina la necesaria conformidad de los mismos a los convenios que prescindan de la subasta y, por tanto, su omisión impide la cancelación de los asientos en tanto no conste la conformidad o, a falta de esta, la correspondiente resolución judicial recaída en juicio declarativo.

Por tanto, el término “conformidad” solo puede entenderse como prestación del consentimiento de forma expresa, sin que baste con la notificación de que existe un convenio entre el demandante y el ejecutado y la pasividad del tercero. A esta conclusión se llega desde una interpretación conjunta del art. 82 LH y la propia LEC<sup>380</sup>, ya que la primera exige una actitud positiva o no pasiva y la segunda no admite como forma alternativa o supletoria la notificación sin oposición.

Sin embargo, estas resoluciones son criticables, así Martínez de Santos <sup>381</sup> inicia la crítica considerando que no existe un “derecho al sobrante” de los acreedores posteriores, solo un “derecho a satisfacer sus créditos” siempre que hubiere exceso después de pagar al ejecutado el principal, los intereses y las costas. De hecho la previsión realizada por el art. 659.3 LEC, puede entenderse superada, es decir, esta cede, frente al medio de venta de la subasta de bienes hipotecados del

---

<sup>380</sup> No solo el art. 640 LEC, sino también toda la normativa referente a las notificaciones, arts. 166 y ss. LEC.

<sup>381</sup> Sobre la ejecución hipotecaria inmobiliaria. Ediciones Foro Jurídico. Valencia, 2013. Página 304 y 305.

art. 691 LEC (entiende éste autor que por el principio de especialidad, ya que el primer artículo está incluido dentro de los preceptos generales que regulan la subasta de bienes inmuebles y el segundo dentro de los que regulan las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados y pignorados).

Por eso, si nada asegura al tercer acreedor la celebración de la propia subasta, difícilmente puede reconocérsele un derecho al sobrante.

Sin embargo, la RDGRN de 16 de febrero de 2009 (BOE de 25 de marzo), garantiza lo que viene a denominar “*el derecho al cobro sobre el hipotético exceso de valor del inmueble respecto del crédito del actor*”. El aseguramiento de tal derecho o expectativa de derecho no deja de ser sorprendente, que parece ser lo que defiende ésta Dirección confirmando la calificación negativa del Registrador. Esta misma Resolución se refiere a “*los trámites sustanciales previstos en protección de los legítimos intereses de los titulares de derechos que habrán de extinguirse cuando el procedimiento concluya*”. Cabe preguntarse cuáles son esos trámites esenciales, es decir, las normas procesales que los regulan.

Con respecto a los acreedores posteriores, serán aquellos que aparezcan en la certificación de cargas aquellos que habiendo inscrito o anotado su derecho después de librada tal certificación se hayan personado en el procedimiento y se conozca su existencia por el órgano judicial que a su vez conoce del procedimiento de ejecución hipotecaria<sup>382</sup>.

Sin embargo, el art. 640 LEC nada dice sobre los acreedores registrales que puedan tener derecho a ese hipotético sobrante y es precisamente eso lo que puede llevar al Registrador a entender que no hay límites a la protección de aquéllos.

También cabría plantearse si la calificación registral, realizada de esta manera, del documento judicial en cuestión es contrario al art. 100 RH, ya que la Resolución de la DGRN de 16 de febrero de 2009<sup>383</sup>, afirma que deben evitarse

---

<sup>382</sup> RIVAS TORRALBA, R. Aspectos registrales..., ob. cit, páginas 1065 y 1066.

<sup>383</sup> BOE de 25 de marzo.

en el Registro las consecuencias de la indefensión procesal de los titulares inscritos<sup>384</sup>. Con ello impide la aprobación del convenio al Secretario judicial porque deniega la cancelación de las cargas y por tanto impide que el convenio de realización previsto legalmente tenga eficacia.

De tal manera que para proteger al tercer acreedor, suple su inactividad e impide el resultado que prevé el legislador de realización del bien inmueble hipotecado, siendo además que tal previsión está hecha desde la perspectiva de poder aumentar el precio del inmueble lo que favorecería al deudor hipotecario. Pues bien, todo esto se ve frustrado por la calificación registral.

Afirma Rivas Torralba <sup>385</sup> que la calificación registral podrá analizar la cancelación de asientos anteriores al gravamen que se ejecuta, pero en modo alguno alcanzar los demás trámites del procedimiento. Así, ya que la Ley no permite al órgano judicial la búsqueda de terceros que no aparecen en la certificación de cargas, ni los ampara cuando permanecen ajenos al procedimiento, es difícil entender la fundamentación de la Resolución de 13 de junio de 2005, la cual basa su rechazo a la inscripción en no conceder transcendencia jurídica a los consentimientos tácitos.

En el convenio de realización se puede entender que el interés singular de cada uno de los afectados deja de ser tal y ello porque cede ante el interés común de todos ellos de realizar el bien alcanzando un resultado satisfactorio para todos. Ese resultado favorable a todos se concreta en obtener una reducción de

---

<sup>384</sup> La RDGRN de 16 de febrero de 2009 (BOE de 25 de marzo), señala que en el caso de la ejecución directa sobre bienes hipotecados en el que se sustituye la subasta por el convenio de realización, no pueden extenderse analógicamente las reglas de la ejecución por subasta, que prevé las notificaciones a los titulares de cargas posteriores, sino aplicar las propias donde está exigida la conformidad del acreedor posterior. Norma razonable además, pues está en juego el derecho al cobro de este acreedor sobre el hipotético exceso de valor del inmueble respecto del crédito del actor.

<sup>385</sup> Vid. RIVAS TORRALBA, R. Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución. Centro de estudios registrales, Colegio de registradores de la Propiedad y mercantiles de España, 2001, pág. 103.

intereses, costas y gastos de la ejecución, en la garantía de un remate consensuado o en la adjudicación<sup>386</sup>.

Por tanto, no hay que proteger ninguna “expectativa”<sup>387</sup>, porque nada garantiza la participación de los acreedores en la subasta o la existencia de sobrante, ni derechos en un procedimiento en el que no hay contradicción y los medios de defensa del ejecutado están limitados. Por el contrario lo que debe primar es conseguir el objeto de la ejecución que es la realización del valor de la finca, satisfaciendo el interés de todos los afectados por la ejecución. La LEC regula la notificación en el art. 689 y el aviso registral en el art. 688.2, advirtiendo una y otra de una ejecución hipotecaria en trámite y por tanto, que como consecuencia de ésta puede producirse la venta de la finca por cualquiera de los medios que prevé la ley, siendo uno de ellos el convenio de realización.

Frente a la realización del bien el acreedor posterior puede permanecer inactivo con lo que no tendrá derecho a nada, ni siquiera al sobrante, o puede personarse en el procedimiento e intentar satisfacer su crédito.

Lo que es difícil de entender es que el Registrador supla la inactividad del acreedor, exigiendo una conformidad expresa de éste al convenio, cuando el término conformidad al que alude el art. 640.3.II LEC debería entenderse como tácita, siendo así cuando el acreedor no muestra una oposición expresa al convenio<sup>388</sup>. Lo cierto es que parece que las resoluciones registrales que han

---

<sup>386</sup> Vid. ROBLEDOS VILLAR, A. La introducción de las formas especiales de realización forzosa (Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil). Actualidad civil-La Ley, número 24, junio de 2000. págs.12-18.

<sup>387</sup> Término utilizado por la DGRN en R de 16 de febrero de 2009 (BOE de 25 de marzo).

<sup>388</sup> Al hilo de esta crítica puede mencionarse las resoluciones dictadas en materia concursal por las AAPP, matizando la exigencia de venta de los bienes en pública subasta, vid, AAP Barcelona, 137/08, Sección 15.ª de 26 de marzo de 2008(ROJ: AAP B 2089/2008). El rigor formal de la subasta puede dilatar excesivamente la venta, acarrea numerosos gastos adicionales y la experiencia enseña que no es el mejor medio para obtener un buen resultado económico. Además, entiende el auto, ahora la antigua normativa concursal debería integrarse con la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en concreto con las normas de realización de bienes en la ejecución singular, que admite otras formas alternativas a la subasta judicial, sea por acuerdo entre las partes o interesados, sea mediante la venta por persona o entidad especializada (art. 636 LEC). Siendo normas generales sobre el apremio en la ejecución judicial, podrían aplicarse integrando la arcaica normativa concursal.

impedido el acceso al Registro de la Propiedad de los convenios de realización interpretan el art. 640 LEC de una forma aislada sin tener en cuenta esa integración aludida.

Si la propuesta de convenio satisface el crédito hipotecario del ejecutante y los terceros acreedores no se manifiestan ante el órgano judicial encargado de la ejecución (por ejemplo solicitando embargo de sobrante conforme art. 611 LEC) no existen obstáculos legales para su aprobación.

Si se entendiera que existen tales obstáculos se producirían dos consecuencias:

- La primera con respecto a los terceros, porque supone darles un protagonismo que no tienen en otras formas de realización del bien como es la subasta. Esto puede entenderse favorable a ellos pero sin duda es pernicioso para el acreedor ejecutante que ve como estaría condicionada la aprobación de un convenio que pudiera satisfacer su derecho al consentimiento de terceros. Además, no se entiende esa distinta protección de una forma de realización a otra<sup>389</sup>.

- La segunda con respecto al deudor hipotecario. Se le perjudica claramente, ya que se le impide conseguir la liberación de su deuda, y la razón es la protección de un derecho que no está recogido en ningún sitio, como es el “derecho al sobrante”. Lo único que recoge la Ley es el derecho que tienen los acreedores posteriores a satisfacer su crédito si hubiere exceso después de pagar al ejecutante principal, intereses y costas. En todo caso, no existe relación entre el procedimiento de ejecución hipotecaria y el pretendido derecho al sobrante, por lo que el tercer acreedor no solo no tiene asegurado ese remanente, sino, ni tan siquiera la celebración de la subasta.

---

<sup>389</sup> CORDÓN MORENO, F. El proceso de ejecución. ob.cit., pág. 125.

#### **6.1.4.b). La realización por persona o entidad especializada.**

Ya hemos visto en el apartado anterior que el proceso de ejecución tiene normas que facilitan el acuerdo entre las partes sobre el bien hipotecado y los medios de venta, pero por una incomprensible exégesis del principio dispositivo se ha transformado la tutela del derecho en una actividad privada del acreedor. Sin embargo, el único legitimado para llevar adelante la ejecución es el órgano judicial.

Lo cierto es que en el auto despachando ejecución, en la práctica, no se indica a las partes las distintas posibilidades que existen de realización. Esto, junto con la costumbre existente de acudir a la subasta como medio de venta, reduce las posibilidades de acudir al convenio previsto en el art. 640 LEC (estudiado en el apartado anterior) y a la realización por persona o entidad especializada prevista en el art. 641 LEC.

La imposición de la realización por persona o entidad especializada se abrió camino en los procesos sobre capacidad de las personas y en los procesos concursales, aunque sin olvidar los procedimientos de liquidación en ejecución social y las subastas realizadas por la Administración de Hacienda y la Seguridad Social<sup>390</sup>. En los procesos de incapacidad, buscando las mejores condiciones

---

<sup>390</sup> Como destaca SALINAS MOLINA, F.: Ejecución dineraria en “Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”, 2000, núm. 28, pág. 138, “*esta forma de realización de bienes ya se había establecido en la LPL/1990, (.) como el primero de los procedimientos de liquidación a utilizar en la ejecución social*”, previéndose expresamente en su art. 261.a el recurso a la “*venta en entidad autorizada administrativamente con tal fin, si así lo acordara el órgano judicial, cualquiera que fuere el valor de los bienes*”. Con relación a las subastas realizadas por la Administración de Hacienda, GONZÁLEZ LÓPEZ, M. y SÁNCHEZ MARÍN, J.M.: La subasta por persona o entidad especializada: visión práctica, edit. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 47, se hacen eco de “*las normas que regulan el Procedimiento de Recaudación de Vía de Apremio*” contenidas en el *Reglamento General de Recaudación, donde se regulan las subastas a través de Empresas o profesionales especializados (Cfr. Art. 149 del citado Reglamento, Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre)*, y en las disposiciones sobre “*Enajenación por subasta*” del *Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social (Cfr. art. 146)*”. En esta línea, vid. también CAICEDO FERNÁNDEZ-VEGA, F.J.: Las subastas de Hacienda, en “*Las nuevas subastas públicas. Cómo comprar en una subasta*”, coordinado por M. J. Cacho, Gesinar Servicios Inmobiliarios, Madrid, 2001, págs.114 y 115. En cuanto a las subastas efectuadas por empresas especializadas en el seno de la Seguridad Social, FIDALGO BLANCO, J.: Las subastas de la

posibles en beneficio del incapaz, se destacan los inconvenientes de la venta en pública subasta, como son, la lentitud del proceso contrario totalmente a la pronta necesidad de liquidez pretendida en estos procesos; no suponer una mayor garantía para el incapaz; gastos derivados de la publicación de edictos y la necesidad de garantizar un precio de venta más adecuado a las condiciones de mercado.<sup>391</sup>

En los procesos concursales, los Juzgados Mercantiles, por remisión a la normativa procesal civil, admiten la realización del bien de tres formas distintas, además de la venta directa que prevé el art. 155.4 LC, a saber:

- A través del convenio de realización del art. 640 LEC.
- A través de la realización por persona o entidad especializada del art. 641 LEC.
- A través de la pública subasta de los arts. 655 y ss., y 691 y ss. LEC.

Por tanto, cualquiera de los cuatro cauces pueden ser válidos para convertir en dinero los bienes afectos a la garantía real, bien de manera sucesiva o alternativa. Solo ponderando, por un lado, los intereses de los intervinientes en el proceso concursal (masa de acreedores, concursada y ejecutante) y de otro, las circunstancias del bien afecto, la fase en que se halle el proceso, costas y gastos de éste, podrán proponer las partes y el Juez determinar la vía de apremio más adecuada.<sup>392</sup>

Las ventajas de la realización especializada son:<sup>393</sup>

---

Seguridad Social, en “Las nuevas subastas públicas. Cómo comprar en una subasta”, coordinado por M. J. Cacho, Gesinar Servicios Inmobiliarios, Madrid, 2001, p. 103, destaca el art. 151 del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social, en virtud del cual resulta factible encomendar la subasta a empresas o profesionales especializados que además de estar al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, no tengan impedimento alguno para contratar con la Administración.

<sup>391</sup> AAP Barcelona, Sección 18.ª, de 23 de abril de 2004, ROJ: AAP B 1800/2004 y AAP Barcelona, Sección 18.ª, 11 de marzo de 2008, LA LEY 28009/2008.

<sup>392</sup> AJM n.º 6 MADRID, 13 de julio de 2010 (ROJ: AJM 12/2010).

<sup>393</sup> AJM n.º 1 CADIZ, 23 de abril de 2008 (ROJ: AJM 70/2008).

- la neutralidad de la venta;
- el conocimiento de los especialistas sobre los mejores mercados; y
- los precios reales de mercado.

El art. 641 LEC regula el encargo a una persona o entidad especializada ajena a las partes para que venda el inmueble hipotecado con sujeción a las reglas del mercado dentro de un plazo<sup>394</sup>.

El procedimiento debe iniciarse con la petición por parte del ejecutante o del ejecutado con el consentimiento del primero, por eso me parece discutible la afirmación, mantenida por algún autor<sup>395</sup> de que nada impide que sea el Juzgado el que en el auto despachando ejecución se indique a las partes que el medio de venta elegido será el encargo a un tercero, (a no ser que en la demanda ejecutiva ya hubiera optado el ejecutante por esta vía).

En la solicitud se debe acreditar que la persona o entidad designada cumple los requisitos legales para operar en el mercado que se trate.

Lo cierto es que hoy día no existen los subasteros tal y como se entendían hace unos años, que aparecían y participaban en todas las subastas en busca del encargo hecho con el particular con el que habían contratado previamente, sino que, en la mayoría de los casos, negocian con las propias entidades financieras ejecutantes paquetes de inmuebles. Así, no falta el supuesto de los subasteros que vienen a ser representantes (sin constar en el acto de la subasta como tales) de las inmobiliarias de las propias entidades ejecutantes.

---

<sup>394</sup> CERRATO GURI, E. La ejecución civil privada: realización por persona o entidad especializada [www.tesisred.net](http://www.tesisred.net) pág. 169 y 170, en su tesis defiende que nada se infiere del articulado procesal que nos permita definir el alcance de los términos con los que el mismo legislador identifica a los sujetos que pueden llevar a cabo la realización, solo podemos indicar que debe tratarse de un sujeto (público o privado) que preste sus servicios en el campo de la intermediación con calificación o titulación y experiencia demostrable. Siendo esto así, apreciamos que indistintamente dicha función podrá cumplirse bien por una persona, bien por una entidad.

<sup>395</sup> MARTÍNEZ DE SANTOS, A. Sobre la ejecución..., ob. cit. pág. 350.



Y siendo así, podría ser incluso más beneficioso para ambas partes (ejecutante y ejecutado) que las propias inmobiliarias de las entidades financieras las que llevaran a cabo la venta en el seno de la propia ejecución hipotecaria. El beneficio sería muy importante para el ejecutado, ya que evitaría su propia ruina y la de los fiadores adaptando los precios a los reales de mercado pero también para el ejecutante.

La apresurada reforma de la Ley Hipotecaria no ha venido a solucionar los problemas que pretendía atajar, sino como mucho mantener la situación predominante de las entidades financieras ejecutantes en éste proceso de ejecución. Podrían haber sido otras las soluciones a adoptar <sup>396</sup>, incluso manteniendo la misma regulación aunque fomentando otras formas de realización de los bienes.

Volviendo al procedimiento, la solicitud que realice el ejecutado deberá ir acompañada del consentimiento del ejecutante, sino fuera así, es subsanable tal omisión, bastará requerirse dicha conformidad posteriormente con traslado de la petición.

En cualquier caso, es imprescindible que el Secretario Judicial valore las circunstancias del bien hipotecado, es decir, que éstas aconsejen tal forma de realización, por lo que cabe interpretar que la mera solicitud no obliga al Secretario, que goza de libertad para valorar las circunstancias, lo mismo que

---

<sup>396</sup> V. gr. el *appointment of a receiver-manager*, figura inglesa, es un remedio o práctica en virtud del cual se designa (judicial o extrajudicialmente) a un sujeto para que asuma facultades de recepción, conservación y negociación de los bienes en relaciones jurídico-privadas, no necesariamente circunscritas al ámbito judicial; o la variante que supone la designación judicial del *receiver* en el *company law*, únicamente en aquellas situaciones en las que el órgano judicial, a su entera discrecionalidad, lo considere oportuno.

Otra figura a tener en cuenta sería la *delega*, que es una institución propia del ordenamiento jurídico italiano a través de la cual el órgano judicial faculta la realización forzosa de los bienes embargados (muebles o inmuebles), ya sea a través de subasta o por medio de venta sin subasta, a profesionales –concretamente, notarios, abogados y economistas que deberán acreditar su preparación y experiencia en este contexto–, lo que permite privatizar la tramitación de esta fase del procedimiento de apremio sin provocar una sustracción de funciones judiciales, propiamente dicha. Y ello con la finalidad última de agilizar y dotar de mayor efectividad al proceso de ejecución.

para decidir sobre la figura o entidad a quien vaya a confiarse la realización o sobre el monto de la caución.

La solicitud puede presentarse en cualquier momento desde el despacho de la ejecución, lo que evitaría la inmediata convocatoria a subasta advirtiendo la intención de las partes de acudir a otra vía distinta de aquella.

En relación a que lo planteado va referido a las ejecuciones hipotecarias, resulta de aplicación el apartado 3 del art. 641 LEC, en cuyo caso se ordena que las condiciones de la venta y la determinación de la persona o entidad especializada se realicen previa comparecencia a la que serán convocadas las partes y todos aquellos que consten en el proceso y pudieran estar interesados.

En cuanto a los conceptos de parte e interesado, lo que se intenta es dar audiencia a cualquier sujeto cuyo derecho pueda verse afectado por la venta. No concreta el legislador, por lo que deben entenderse tales términos en un sentido amplio: así deberán ser citados el ejecutado, los fiadores, los avalistas, el ejecutante y con él, en caso de acumulación, los demás ejecutantes que hayan venido a la ejecución principal conforme el apartado 4 del art. 555 LEC, el tercer poseedor. También pueden tener consideración de interesados en el proceso los acreedores que hubieren anotado sus derechos con posterioridad al libramiento de la certificación de titularidad y cargas, el reembargante del art. 610, el embargante del sobrante del art 611 LEC, e incluso los arrendatarios y los ocupantes de hecho del art. 661 LEC.

En realidad se deja en manos del órgano judicial la decisión sobre quién ha ser llamado a la comparecencia, pero viendo lo extensa que puede llegar a ser la lista de los posibles interesados es aconsejable realizar una interpretación prudente del precepto y limitar la convocatoria a quien pudiera ser realmente perjudicado en su derecho, más allá del mero interesado. Esta interpretación resulta más coherente con la finalidad del trámite establecido para la realización del bien a través de persona o entidad especializada.

Una vez convocada la comparecencia, el Secretario Judicial deberá resolver lo procedente “a la vista de las manifestaciones de quien asistan” a la misma, por tanto no es necesario que asistan todos los realmente convocados<sup>397</sup>.

El objeto de ésta es determinar la persona o entidad a quien ha de confiarse la realización y sus condiciones, informando a todos los interesados pero éstos no pueden intervenir de igual modo que el ejecutante y el ejecutado, quedando obligados por la petición del ejecutante o la conformidad de éste a la petición del ejecutado.

Como se señaló con anterioridad, el Secretario Judicial también goza aquí de plena libertad para decidir lo que entienda oportuno en cuanto a las condiciones de la venta ya que aunque el apartado primero del art. 641 LEC haga referencia a las condiciones de mercado y a las reglas y usos de la casa o entidad que subaste o enajene, siempre deberán ser tales condiciones y reglas compatibles con el fin de la ejecución y con la protección de los intereses de las partes, tanto del ejecutante como del ejecutado. Por tanto, deberá el Secretario ponderar la propuesta realizada en la comparecencia y decidir si todos los intereses están suficientemente garantizados con aquélla.

Aunque el precepto se refiere a diligencia de ordenación como la resolución que debe dictarse para acordar la venta, lo cierto es que podría entenderse más adecuado el decreto como forma de resolución, ya que obligaría a fundamentar las razones que llevan a decidir que sea una determinada persona o entidad y no otra a la que vaya confiarse la realización del inmueble, el bien inmueble objeto de venta, las condiciones que deben regir tal realización, la caución y plazo para prestarla, el tipo mínimo y el plazo para cumplir el encargo. Esta interpretación cobra más fuerza en los casos en que el Secretario Judicial acuerde todo o alguno de los aspectos anteriores en contra del parecer de los asistentes a la

---

<sup>397</sup> Vid. CERRATO GURI, E. La ejecución civil privada... ob. cit. quien considera que aunque se indica que a la comparecencia “serán convocadas las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados”. Es decir, tanto las partes como los terceros que acrediten su interés necesariamente tendrán que ser convocados. Ahora bien, conviene en este punto matizar que la mera citación no siempre llevará implícita la asistencia a la celebración de la comparecencia.

comparecencia. En estos casos es más que deseable que fundamente su decisión pero no está de más que tal decisión sea fundamentada en cualquier caso.

También existe libertad para el Secretario a la hora de decidir el monto de la caución, así como el plazo para prestarse. Lo importante a la hora de decidir sobre estos dos extremos es no apartarse de la ley pero permitiendo la aplicación del art. 641.2 LEC.

Debería aceptarse cualquier modalidad de garantía que respete la finalidad de responder del cumplimiento del encargo, poniéndose como límite cauciones desproporcionadas (podrían ser consideradas como tales las que excedan del tipo mínimo señalado por la ley, es decir 70%).

Si se observa el art. 641.5 LEC, el efecto inmediato de la resolución acordando la venta es la suspensión de la ejecución en curso, aunque no diga expresamente esto el precepto porque es la única forma de llevar a cabo el mandato que contiene la resolución, concediéndose a la persona o entidad seis meses ampliable como máximo en seis meses más para llevar a cabo la venta.

Consumada la realización, la persona o entidad deberá ingresar en la Cuenta de Depósitos y consignaciones la cantidad obtenida, descontados ya los gastos y la cantidad que corresponda a aquella por su intervención (tanto los gastos como los honorarios han de haber sido fijados en la diligencia de ordenación o decreto que acuerda la venta). Una vez comprobada la operación, es decir que la misma se ajustó a las condiciones fijadas y para ello se solicitará las justificaciones oportunas sobre la realización y sus circunstancias; el Secretario judicial la aprobará, devolviéndose la caución que hubiese sido prestada.

Según el art. 641.5 LEC, cuando, transcurridos seis meses desde el encargo, la realización no se hubiera llevado a cabo, el Secretario Judicial dictará Decreto revocando el encargo, salvo que se justifique por la persona o entidad que la realización no ha sido posible en el plazo indicado por motivos que no le sean imputables y que, por haber desaparecido ya dichos motivos o por ser previsible su pronta desaparición, el encargo podrá cumplimentarse dentro del plazo que

se ofrezca, que según este precepto no podrá exceder de los siguientes seis meses. Transcurrido éste último plazo sin que se hubiere cumplido el encargo, el Secretario Judicial revocará definitivamente éste.

Vale la pena analizar el imperativo legal expuesto en la frase anterior. El buen fin de la ejecución que debe guiar la actuación del Secretario lleva a pensar que lo que se debe intentar conseguir con esta forma de realización, es la venta del inmueble al mejor precio. Partiendo de esta premisa la decisión del Secretario estará condicionada por la situación del mercado y no por unos límites temporales totalmente cerrados. Algún autor ha considerado que si se fijara un tope máximo al devengo de intereses sería muy probable que las ventas no se dilataran y no se agotara por tanto el límite temporal de los seis o en su caso de los doce meses<sup>398</sup>.

En relación con las enajenaciones de los bienes inmuebles hipotecados, deberán ser aprobadas previa comprobación de que la transmisión del bien se produjo con conocimiento por parte del adquirente, de la situación registral que resulte de la certificación de cargas (art. 642.2 LEC). Parece que el mandato solo se refiere a la comprobación de que en la venta se dieron esas circunstancias, sin trámite procesal alguno. Lo que si debe recordarse es que tales comprobaciones deben ser especialmente rigurosas para aprobar la realización de bienes hipotecados.

---

<sup>398</sup> Vid. MARTÍNEZ DE SANTOS, A. Sobre la ejecución..., ob. cit., pág. 354. Considera que el legislador permite esta posibilidad al permitir al Secretario verificar la manera de realizar la venta o de solicitar las justificaciones oportunas sobre la realización y sus circunstancias. Por ello no hay obstáculo para que atendiendo a la finalidad de la ejecución y los intereses del ejecutante, se apruebe la venta aunque se realice fuera de plazo (como también podría revocar el encargo cuando la enajenación no se hubiera efectuado según las condiciones, aunque se hubiera realizado dentro del plazo).

## **8.2. VALOR DE ADJUDICACIÓN Y LÍMITES DE LA GARANTÍA.**

La ley no obliga al ejecutante a sacar a subasta todos los bienes inmuebles que sirven de garantía. En realidad la quiebra del sistema se produce cuando el demandante postula el despacho de ejecución hipotecaria contra todos los bienes hipotecados, sin atender a la deuda ni a la garantía hipotecaria, provocando dificultades en los porcentajes de adjudicación y un posible sobrante que no se había previsto cuando se interpuso la demanda.

Como ya se indicó con anterioridad, la Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal introdujo la DA Sexta en la Ley de Enjuiciamiento Civil retoca el art. 671 LEC para distinguir las viviendas habituales de los deudores de las que no lo sean.

En consecuencia, en el caso de subasta sin postores, el acreedor podrá pedir la adjudicación de bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor por cantidad igual o superior al 50% del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Por ello, la sorprendente desaparición de la mención expresa a la adjudicación por la cantidad debida “por todos los conceptos”, podía entenderse comprendida en el precepto en virtud de lo establecido por la Disposición adicional 6.<sup>a</sup> LEC.

Los supuestos ahora vigentes con la Ley 1/2013 de 14 de mayo son:

Si no es vivienda habitual del deudor: el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50% del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Si se tratare de vivienda habitual, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor de tasación o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%.

Lo relevante es determinar en qué momento debe resolverse sobre la calificación de la vivienda como habitual, que en todo caso debería ser antes de la subasta y

publicarse en el correspondiente edicto. Así, no cabe entrar a discutir ese extremo en el momento de la puja o de la opción por la adjudicación.

En cuanto a los porcentajes, hay de advertir que la continuación de la ejecución hipotecaria en una ordinaria por los trámites previstos en el art. 579 LEC puede llevarnos al estudio del valor de adjudicación, porque el propio legislador en la Exposición de Motivos del RD-Ley de 8/2011 de 1 de julio, pone de manifiesto que las ejecuciones hipotecarias, muchas veces, dan lugar a situaciones abusivas y de ahí que en caso de adjudicación a favor del acreedor se impida que la misma sea inferior a un determinado porcentaje<sup>399</sup>.

Por ello, la adjudicación por un importe inferior al límite legalmente establecido no puede quedar a la libre determinación del acreedor pues a ello se opondría:

- en lo referido al cumplimiento de la obligación de la que surge la deuda, el contrato de préstamo, y
- en lo que se refiere a la venta que subyace en el sistema de subastas, los principios extraíbles de los arts. 1256 y 1449 CC<sup>400</sup>.

Pone un ejemplo, muy ilustrativo, Martínez de Santos<sup>401</sup>: inmueble de 80 metros en zona de clase media, con préstamo de 200.000 euros a veinte años, con interés variable y precio de tasación del inmueble de 200.000 euros. Se despacha ejecución por 180.000 euros de deuda y la subasta es desierta.

Según el art. 671 LEC el ejecutante puede adjudicarse el bien:

- 1) Por todo lo debido más intereses y costas (180.000 euros más intereses y costas).

---

<sup>399</sup> SAP, Córdoba, Sección 2.ª, 20 de marzo de 2013 (ROJ: CO 474/2013).

<sup>400</sup> SAP, Córdoba, Sección 2.ª, 20 de marzo de 2013 (ROJ: CO 474/2013).

<sup>401</sup> MARTÍNEZ DE SANTOS, A. Los diferentes resultados de la subasta y su relación con la adjudicación del inmueble en la ejecución hipotecaria; Práctica de Tribunales, 11 de febrero 2014, Editorial La Ley.

2) Por una cantidad superior al 50% del valor de tasación (si fijamos el límite en el 60% serían 120.000 euros).

3) O solo por el 50% del valor de tasación (100.000 euros).

En los supuestos 2 y 3 se dejaría pendiente de pago parte del principal, intereses y costas y habría lugar a una nueva ejecución, en la que se aplicaría, sin límite, el art. 1911 CC.

En tales circunstancias el importe de la adjudicación tiene que estar objetivamente relacionado con el valor real del bien adjudicado y si no es así nada impide que el ejecutado, ante el intento del acreedor de actuar ex art. 579 la responsabilidad personal nacida del préstamo, pueda deducir oposición de conformidad con los arts. 557 y 558 LEC, aduciendo pago y, en su caso, pluspetición.

Esto supone que nunca será posible una adjudicación por debajo del 50% del valor de tasación y que en otro caso haya que acudir a la adjudicación por todos los conceptos.

Si se compara la fecha en que se realiza la única tasación del valor de mercado del inmueble en relación con aquélla en que el ejecutante se lo adjudica, la revalorización puede llegar a ser más del doble de aquel valor y con esa adjudicación sería muy probable la satisfacción del principal (que incluye capital, intereses remuneratorios e intereses de demora) además de los intereses y costas del proceso de ejecución.

Reconocerle mayor cantidad sencillamente por la aplicación de una norma sustitutiva de la determinación de un valor real de mercado, supone un evidente enriquecimiento injusto<sup>402</sup>, con el consiguiente empobrecimiento de unas

---

<sup>402</sup> El enriquecimiento injusto ha sido finalmente reconocido por la STS, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2015, ya que el Alto Tribunal había rechazado reiteradamente la aplicación del principio de interdicción del enriquecimiento injusto, como criterio para impedir que el deudor tuviere que hacer frente a la cuantía del préstamo no cubierta con la adjudicación del inmueble al acreedor, considerando que el deudor siempre pudo presentar mejor postor y que no existe enriquecimiento injusto cuando se actúa conforme al procedimiento establecido en la Ley. La doctrina del



personas que, no pudiendo seguir soportando un préstamo bancario, pierden lo entregado hasta entonces y a su vez, pierden el bien inmueble que suponía su garantía, con un precio de mercado muy superior al importe de lo adeudado<sup>403</sup>.

Los ejecutantes, que, por la realidad social de hoy día, son los bancos, intentan adaptar el precio del inmueble al real del mercado en los porcentajes de adjudicación, especialmente para las hipotecas concedidas en los años de sobrevaloración del inmueble y salvo en el caso de la vivienda habitual, evitan que la puja supere el principal debido. Pero, aun así la desproporción es tan grande que incluso cuando la adjudicación es del 50% pueden verse obligados a consignar alguna cantidad por sobrante.

Por otra parte, siendo normalmente los bancos los adjudicatarios del inmueble, parece que ha perdido su razón de ser la celeridad en el procedimiento de ejecución hipotecaria, de tal manera que podría valorarse renunciar a esa celeridad acudiendo a una ejecución ordinaria de título judicial en la que sería

---

enriquecimiento sin causa se había tomado en consideración por parte del TS, tan solo en casos en los que se había beneficiado el ejecutante del mayor valor que el inmueble tenía en el momento de la adjudicación, respecto al valor de tasación, por el hecho de que el inmueble se había ejecutado con una mejora (por ejemplo, una edificación) que no era objeto de hipoteca (art. 110.1.º LH). Vid. ALVAREZ OLALLA P. Ejecuciones hipotecarias y enriquecimiento injusto. 14 de mayo de 2015. [www.hayderecho.com](http://www.hayderecho.com) (consultado el 9 de setiembre de 2015). En realidad el TS, admite la aplicación del principio del enriquecimiento injusto, al amparo de la reforma operada por el legislador del art. 579.2 LEC, según redacción dada por Ley 1/2013 de 14 de mayo. El precepto, además de establecer una quita a favor del deudor hipotecario si se compromete a pagar determinado importe de la cantidad pendiente tras la adjudicación, en un tiempo determinado (el 65% de la deuda restante en cinco años o el 80% en 10 años); favorece al ejecutado con una quita de la deuda pendiente, permitiéndole *participar en la plusvalía* que para el ejecutante pueda generar la venta del inmueble, si esta se produce en los 10 años siguientes a la adjudicación. En ese caso, la deuda pendiente en el momento de la enajenación se reducirá en un 50 % de la plusvalía obtenida por dicha venta. El TS parece pues dar a entender que el enriquecimiento deberá apreciarse teniendo precisamente lo establecido en el precepto, es decir, el enriquecimiento se apreciará según los parámetros del art. 579.2 LEC, y no de otro modo. Hay que señalar que nada obsta a que, en el caso enjuiciado, dicha enajenación se produzca en el futuro, y sea de aplicación el precepto, permitiendo al deudor liberarse del 50% de la deuda que quede por pagar, pues así lo permite la Disposición Transitoria 4.ª de la Ley 1/2013.

<sup>403</sup> SAP, Córdoba, Sección 2.ª, 20 de marzo de 2013 (ROJ: CO 474/2013).

posible realizar una segunda valoración del inmueble, esta vez, a precio real de mercado.

El problema surge cuando se trata de saber si el importe total del crédito del actor desde la perspectiva del art. 132 LH ha de limitarse al crédito garantizado por hipoteca (algo que no es discutible) y si esa cantidad que se le deba por todos los conceptos es solo la cantidad garantizada con hipoteca o la totalidad de la que se debe por todos los conceptos (incluidos los parciales de obligaciones derivados del préstamo que no se encuentren cubiertos por la garantía hipotecaria).

Cuando el art. 671 LEC se refiere a la adjudicación por cantidad que se deba por todos los conceptos, no está contemplando la inmediata extinción de los créditos objeto de la ejecución por todos los conceptos sino solo que el valor por el que se adjudica el inmueble es “cantidad que se le deba por todos los conceptos”. Con ese valor habrá de procederse al pago de lo que se le debe no solo al ejecutante sino también al resto de acreedores que puedan tener derecho preferente para el cobro sobre ese valor (según el art. 692 LEC, ese valor “*se destinara al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución*” pero solo en el caso de que no existan acreedores titulares de derechos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y de que además el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra<sup>404</sup>).

Si no se está en ninguno de los supuestos anteriores (acreedores posteriores con derecho inscrito o anotado ni se halla el deudor en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra) no tendrá que hacer el acreedor que solicitó la adjudicación a su favor, consignación alguna, pero si estamos en alguno de esos supuestos:

- Sólo podrá quedar eximido de consignar el valor de adjudicación respecto a las responsabilidades garantizadas con la hipoteca que se ejecuta, debiendo consignar el resto en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores, si los hubiere.

---

<sup>404</sup> SAP, Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.ª, 26 de abril de 2013 (ROJ: SAP GC 947/2013).

- O consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado (como si se tratara de parte del precio de remate) para su incorporación ulterior a la masa activa del concursado, quebrado o suspenso si el deudor se encontrare en esta situación.

La conclusión es que, cuando con el valor de adjudicación no se puede hacer pago y extinción de la deuda del acreedor ejecutante por todos los conceptos, por existir acreedores posteriores o encontrarse en situación de concurso de acreedores, dicho valor de adjudicación en el exceso de lo garantizado por la hipoteca ha de tener el mismo tratamiento que el precio de remate (el tratamiento que le da el artículo 132 LH en concordancia con el art. 692 LEC), sometiéndose, en su utilización para el pago de los restantes créditos del deudor, al orden de pagos establecido en ese art. 692 LEC.

Y es que si la adjudicación hubiera sido por el 50% del valor de tasación (porque excede el crédito que el ejecutante ejercita en el proceso ese 50% del valor de tasación) también sería necesario que el acreedor consignara la diferencia entre la deuda cubierta por la garantía hipotecaria y ese 50% del valor de tasación, sin que pudiera aplicarse ese exceso al pago de los créditos objeto de ejecución no garantizados con la hipoteca sino al pago de los créditos por el orden establecido por el art. 692 LEC<sup>405</sup>.

### **6.3. REQUISITOS (ART. 132 LH): FUNCIÓN CALIFICADORA DEL REGISTRADOR.**

En relación con el art. 132.1.º LH, cabe realizar las consideraciones siguientes.

---

<sup>405</sup> SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.ª, 26 de abril de 2013 (ROJ: SAP GC 947/2013).

### **6.3.1. Requerimiento de pago.**

El primer punto que hay que analizar es que debe entenderse por requerimiento de pago. No puede considerarse citación ni emplazamiento al deudor, hipotecante no deudor o tercer poseedor, ya que no se trata de que comparezca y se persone, constituyéndose así en parte en el procedimiento ejecutivo. Por tanto, el requisito se cumple poniendo en su conocimiento la iniciación del apremio sobre el bien hipotecado. Prueba de ello es que si se acredita en la demanda ejecutiva que se ha realizado un previo requerimiento extrajudicial, mediante acta notarial, el requerimiento judicial no habrá de practicarse.<sup>406</sup> También debe ser demandado y por tanto, requerido de pago el subrogado en el préstamo hipotecario (adquirente de la finca).

Igualmente, debe ser requerido de pago el tercer poseedor no inscrito, siempre que su existencia le conste al ejecutante. Puede plantearse que esto no tiene sentido en un procedimiento de base registral, esto es, establecer la obligación de requerir de pago a alguien que no aparece en el Registro, bajo sanción de nulidad<sup>407</sup>, pero tendría mucho menos sentido atender únicamente a los datos registrales cuando conste que el ejecutante tenía conocimiento de la existencia de un adquirente no inscrito.

En cualquier caso, ello forma parte del procedimiento judicial sin que el Registrador pueda calificar tal extremo (si es tercer poseedor el que al tiempo de expedirse certificación de cargas, aparece como comprador de la finca y subrogado en la obligación personal garantizada).

---

<sup>406</sup> El requerimiento debe haberse practicado con al menos diez días de antelación, en el domicilio que resulte vigente en el registro, personalmente al ejecutado o a cualquiera de las personas que especifica el art. 686.2 LEC. Es decir, el requerimiento debe entenderse que se refiere a la obligatoriedad que se haga personalmente por el notario y no mediante remisión por correo certificado con acuse de recibo.

<sup>407</sup> Así lo establecen la STC 147/1988 de 14 de julio y la SSTS 3092/1993 de 18 de mayo (Id Cendoj: 28079110011993101274. Sala de lo Civil) y 8275/1999 de 20 de diciembre (Id Cendoj: 28079110011999101218 Sala de lo Civil).

El segundo punto plantea también dos problemas con respecto a este punto primero del art. 132 LH, que son:

- El primer problema tiene que ver con el carácter ganancial de la finca hipotecada, ya que sería discutible si debe ser también requerido de pago el cónyuge del deudor (siempre que deudor sea solo uno de ellos, ya que si lo fueran los dos no se plantearía ninguna discusión, los dos deberían ser requeridos de pago).

A pesar de que el Tribunal Supremo mantuvo, en un principio y hasta la reforma del Código Civil operada por Ley de 13 de mayo de 1981, que no era necesario el requerimiento al cónyuge porque el prestado para la constitución de hipoteca implicaba un consentimiento para los actos posteriores, la doctrina considera necesario el requerimiento al cónyuge porque si el dominio o el derecho que se ejecuta consta inscrito con carácter ganancial será necesario ese requerimiento para otorgarle, al menos, el mismo tratamiento que al hipotecante no deudor (si no es deudor por la deuda ganancial) y si es deudor por dicha deuda deberá al menos ser notificado<sup>408</sup>.

Además es importante tener en cuenta que el requerimiento debe expresar el nombre y apellido del cónyuge, sin ser suficiente la referencia a que ha sido requerido el cónyuge del deudor hipotecario, ya que puede tratarse de nupcias posteriores y por tanto no ser el cónyuge en el momento de constituirse la hipoteca.

- El segundo problema que se plantea es sobre el lugar donde practicar el requerimiento. Según el art. 686.1 LEC deberá hacerse *“en el domicilio que resulte*

---

<sup>408</sup> Vid. ADÁN GARCÍA, M. A. La ejecución directa de los bienes hipotecados. Un procedimiento de base registral.” *Manuales de formación continuada*, número 50/2009, Madrid, CGPJ, págs. 921 y 922. MÁS BADÍA, M. A. La tercería de domino ante el embargo de bienes gananciales. *Tirant lo Blanch* 1999, págs. 303 y 304, se hace eco de la doctrina de la DGRN respecto de la necesidad de que el carácter ganancial de la deuda quede patente en la documentación presentada al Registrador para su calificación, y que conforme al art. 144 RH en el mandamiento conste la notificación al cónyuge no deudor, titular registral de los bienes, antes del otorgamiento de la liquidación. Aunque considera la autora que ello solo tiene sentido en las deudas privativas pero no en las gananciales.

*vigente en el Registro*”. Lo que viene a significar tal afirmación es la necesidad de que conste en el testimonio del decreto de adjudicación el concreto domicilio en que se practicó el requerimiento de pago, sea éste el que consta vigente en el Registro u otro, pero en todo caso donde se lleva a efecto tal requerimiento.

El régimen sobre las notificaciones personales del deudor en el domicilio señalado constituye un trámite esencial, que no puede ser suplido por ningún otro medio de comunicación y cuya infracción determina no sólo la nulidad del trámite, sino la de todo el procedimiento y la propia ejecución, ya que está vinculado al respeto del principio constitucional de tutela judicial efectiva<sup>409</sup>.

Sin embargo, se han admitido otras formas de requerimiento, como el practicado en el domicilio real, cuando no puede ser localizado el deudor en el domicilio pactado o el realizado por edictos cuando el domicilio pactado no existe en realidad (no hay que olvidar que aunque lo habitual es fijar en la escritura como domicilio a efectos de notificaciones la propia finca hipotecada, puede fijarse cualquier otro) ya que el art. 686.3 LEC lo permite como remedio supletorio.

Con ello se garantiza que el deudor pueda satisfacer el importe de lo adeudado con anterioridad a la ejecución, intervenir para oponerse a cualquier irregularidad del procedimiento, personarse en la subasta para pujar o para provocar la subida de la puja y contribuir en definitiva a realizar mejor el crédito del acreedor, lo que aminorará la responsabilidad universal del art. 1911 CC del deudor<sup>410</sup>.

El cambio de domicilio es posible, pero siempre con arreglo a las previsiones del art. 683 LEC (109). Sin duda, el Registrador debería denegar la nota marginal si ya hubiera sido expedida la certificación de dominio y cargas, es decir, si ya

---

<sup>409</sup> En este sentido, la STS 141/2008 de 21 de enero (Id. Cendoj: 28079110012008100027 Sala de lo Civil) declaró que las notificaciones intentadas en un domicilio distinto del legalmente previsto, que era el de la vivienda hipotecada, carecían de validez, lo que comportaba la nulidad de todas las actuaciones del proceso de ejecución.

<sup>410</sup> Cfr. RIVAS TORRALBA, R. Aspectos registrales del proceso de ejecución..., ob. cit., págs. 614 con cita de la RDGRN de 8 de febrero de 2011 (BOE 22 de marzo de 2011) y STS de 19 de julio de 1994 y de 1 de junio de 1995.

hubiera dado comienzo la ejecución hipotecaria, salvo que se le hiciera constar que se ha puesto en conocimiento del juzgado encargado de la ejecución dicho cambio<sup>411</sup>.

Sin embargo, el art. 226.1.<sup>a</sup> RH<sup>412</sup> es compatible con el art. 683 LEC y si se tiene en cuenta, debería comunicarse el cambio de domicilio al acreedor en todo caso como requisito previo a la consignación registral del cambio de domicilio<sup>413</sup>. El deudor y el hipotecante no deudor podrán cambiar el domicilio que hubieren designado para la práctica de requerimientos y notificaciones, sujetándose a las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup>) No será necesario el consentimiento del acreedor, siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquier otra que esté enclavada en el término en que radiquen las fincas y que sirva para determinar la competencia del Juzgado.

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

2.º) Los cambios de domicilio a que hace referencia el apartado anterior se harán constar en acta notarial y, en el Registro correspondiente, por nota al margen de la inscripción de la hipoteca. Bastará indicar en el decreto de adjudicación la forma en que se ha requerido de pago a los ejecutados, si ha sido personalmente o por edictos y en el primero de los supuestos, la identificación del requerido (conforme art. 161.3 LEC).

---

<sup>411</sup> Cfr. RIVAS TORRALBA, R. Aspectos registrales del proceso de ejecución..., ob cit. pág. 615.

<sup>412</sup> Si el ejercicio de la acción se sujetare al procedimiento judicial sumario, se observará lo dispuesto en los artículos 130 y siguientes de la Ley, teniendo, además, en cuenta las reglas que se expresan a continuación: 1.<sup>a</sup>) El cambio de domicilio del deudor, en los casos previstos en el citado artículo 130, deberá ser puesto en conocimiento del acreedor hipotecario. Tanto este conocimiento como la conformidad necesaria no producirán efecto alguno para la tramitación del procedimiento sumario si no se hubiesen hecho constar por nota al margen de la inscripción o inscripciones correspondientes.

<sup>413</sup> Así lo entiende DÍAZ FRAILE Ejecución judicial sobre bienes hipotecados, CER del CNRP, Madrid, 2000, pág. 176.

3.º) Otras cuestiones derivadas de este primer apartado del art. 132 LH han sido resueltas por la DGRN<sup>414</sup>.

- En relación a si debe requerirse de pago al adquirente de la finca que es objeto de la ejecución, que inscribe su adquisición antes de expedirse la nota marginal, la DGRN parte del análisis de los arts. 118,126, 127 y 132 LH por un lado y de los arts. 685, 686, 687 y 689 LEC, por otro, para concluir que el tercer poseedor con inscripción de su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas es el tercer poseedor que se ha subrogado en las responsabilidades derivadas de la hipoteca y en la obligación personal con ella garantizada con consentimiento expreso o tácito del acreedor o el tercer poseedor que ha acreditado al acreedor la adquisición del bien. Fuera de estos dos casos, los demás titulares registrales solo deben ser notificados de la existencia del procedimiento para que puedan intervenir en la ejecución o satisfacer antes del remate el crédito.

- En relación a si debe ser el juzgado el que notifique la existencia del procedimiento al actual titular registral de la finca, la DGRN da un respuesta partiendo del análisis de los arts. 132 LH y 689, 659 y 662 LEC, resultando que esa notificación debe realizarse por el Registrador.

### **6.3.2. Notificación de la existencia del procedimiento.**

Con relación al punto 2.º del art. 132 LH, cabe señalar que la LEC distingue las comunicaciones registrales y judiciales de la existencia de la ejecución, así como quienes deben ser sus destinatarios.

1.º) Con respecto al tercer poseedor: La RDGRN de 23 de julio de 2011<sup>415</sup> afirma que la notificación de la existencia del procedimiento al tercer poseedor debe realizarse por el Registrador y no por el Juzgado. Esta afirmación es coherente con el principio general de notificación por el Registrador que se corresponde con lo que, para las ejecuciones ordinarias, prevé el art. 659 LEC. y como es

---

<sup>414</sup> RDGRN de 23 de julio de 2011 (BOE de 29 de septiembre de 2011)

<sup>415</sup> (BOE de 29 de septiembre de 2011).



sabido, la ejecución sobre bienes hipotecados participa de las mismas reglas que la ejecución ordinaria salvo las especialidades que expresamente se prevén para ella. También es coherente con los distintos apartados del art. 689 LEC, no previendo el apartado 2 la facultad de intervención a los titulares de cargas o derechos reales que si contempla, para el tercer poseedor, el art. 662 LEC.

Sin embargo, la argumentación de la DGRN puede ser criticada por varios motivos; primero porque existen instrucciones de la propia Dirección <sup>416</sup>en que se utiliza el término comunicación en vez de notificación como si fueran sinónimos, cuando no lo son. El art. 689 LEC se refiere a la notificación de la existencia del procedimiento y no de comunicación de su existencia, relacionándola con la falta de requerimiento de pago (así el Juzgado comprobará si el tercer poseedor ha sido requerido, y en caso negativo le notificará la existencia de la ejecución).

Por tanto, ya que es el Registrador, según la DGRN, el que debe realizar la notificación al tercer poseedor, debe saber si ha sido o no requerido de pago. Pero ¿cómo puede conocer esto el Registrador? Afirma Martínez Santos <sup>417</sup> que puede suponerse que, en la práctica, se “comunicará” por el Registrador en todos los casos, a todo tercer poseedor, pero no es esto lo que dispone el art. 689.1 LEC.

Como crítica a la DGRN puede decirse que la ley distingue claramente cuándo se comunica y cuando se notifica y por quién. Ya hace expresa mención al Registrador el art. 659 LEC y sin embargo, nada dice el art. 689.1 LEC respecto de la intervención del Registro en los supuestos de existencia de tercer poseedor.

2.º) Con relación a los acreedores posteriores a la hipoteca ejecutada: Dispone el art.689.2 LEC que cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo

---

<sup>416</sup> Instrucción de la DGRN de 12 de diciembre de 2000 (BOE de 22 de diciembre): Las comunicaciones a titulares de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta, a que se refiere el art. 689 en relación con el 659 de la nueva LEC, las realizará el Registrador de la Propiedad tratándose de ejecuciones iniciadas con arreglo a la citada Ley (cfr. Disposición transitoria séptima de la Ley 1/2000).

<sup>417</sup> En este sentido, MARTÍNEZ DE SANTOS, A. Sobre la ejecución..., ob. cit. pág. 170.

dispuesto en el art. 659 LEC. Así, se obliga al Registrador a comunicar la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro.

3.º) Con respecto a los arrendatarios y los ocupantes de hecho: El art.661.1 LEC establece que se les notificará la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten ante el tribunal los títulos que justifiquen su situación. Este precepto trata de solventar el problema de la ocupación de terceras personas de los bienes inmuebles hipotecados. El conflicto de derechos del ejecutante y del ocupante fue resuelto por la doctrina tradicional en el sentido que la ejecución acababa con cualquier situación posesoria, pero el Tribunal Constitucional en pronunciamientos relativos, casi todos ellos, al antiguo procedimiento judicial sumario del art. 131 LH<sup>418</sup> concluyó que los órganos judiciales debían examinar caso por caso para determinar si la situación posesoria debía o no subsistir.

En este segundo punto, el art. 132 de la L.H ofrece una antinomia entre los arts. 674 LEC y 132 de la L.H. porque se dispone que el Secretario judicial recoja, en el Decreto, un hecho que resulta de una actividad extraprocesal y que, por tanto, ignora. Esta exigencia ha sido muy criticada<sup>419</sup> porque las notificaciones a que refiere este apartado 2.º han de ser efectuadas por el Registrador, de ahí la dificultad que para el Secretario judicial tiene hacer constar en el mandamiento un dato que, en puridad, desconoce, sin que la ley se preocupe de poner a su disposición algún mecanismo que le permita tener conocimiento de la efectiva realización de tales comunicaciones.

---

<sup>418</sup> STC 6/1992 de 16 de enero, 21/1995 y 158/1997 de 2 de octubre).

<sup>419</sup> Vid. RIVAS TORRALBA, R. Aspectos registrales de la ejecución directa sobre inmuebles hipotecados, en “estudios de de derecho judicial”, número 53/2004, CGPJ, 2004, páginas 1072 y 1073 y RODRÍGUEZ PARADA, A.I. Registro de la propiedad y proceso de ejecución, en “Cuadernos digitales de formación” número 19/2009. Madrid, CGPJ, 2009, páginas 297 y 298. Resulta paradójico, señala esta última autora que el art. 692.3 LEC establezca que, en el mandamiento de cancelación de cargas el Juzgado haya de expresar que se hicieron esas notificaciones (que el propio juzgado no ha hecho) y que el art. 132.2.º LH imponga al Registrador que califique si consta en el mandamiento la realización de tales notificaciones, con lo que impone que califique su propia actuación.

En la práctica, el mandamiento suele limitarse a expresar que en la certificación de cargas que obra en las actuaciones consta que fueron remitidas las correspondientes notificaciones. Aunque muchas veces ni siquiera se hace mención a éste punto y el Registrador no califica negativamente por este motivo.

La anteriormente mencionada resolución de la DGRN de 23 de julio de 2011<sup>420</sup> dice que el art. 660.2 LEC carece de aplicación en el ámbito de la ejecución directa sobre bienes hipotecados, es decir, que la ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que éstas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución, por las siguientes razones:

- El art. 132.2.º LH impone al Registrador la obligación de calificar las notificaciones.
- La remisión que hace el art. 689 LEC lo es al art. 659 LEC, y no al 660 LEC.
- Y la diferencia que existe entre hipoteca, en que los terceros, sean adquirentes o titulares de derechos o cargas solo pueden conocer la ejecución mediante nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas; y anotación de embargo, ya que en la ejecución ordinaria basta para este conocimiento la práctica de la anotación preventiva.

La respuesta negativa también se mantiene por la doctrina aunque utilizando un razonamiento distinto, concretamente porque la falta de notificaciones no impide la inscripción de la adjudicación pero sí de la cancelación de cargas no notificadas que seguirán subsistentes, en todo caso bajo la responsabilidad del Registrador que omitió la notificación.<sup>421</sup>

Pero si esto se pone en relación con la necesidad de calificar conjuntamente el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación, que impone el art. 133

---

<sup>420</sup> BOE de 29 de septiembre de 2011

<sup>421</sup> Vid. AVILA NAVARRO, P. La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, RCDI, n.º 657, enero 2000, pág. 650.

LH no tiene mucho sentido ese planteamiento. Por otra parte el problema queda zanjado con la conclusión a la que llega la mencionada Resolución de 23 de julio de 2011: “*El art. 660.2 LEC carece de aplicación en el ámbito de la ejecución directa sobre bienes hipotecados*”.

Las consecuencias, por tanto, de la omisión de las notificaciones a los titulares de cargas posteriores serán:

- La nulidad del proceso de ejecución
- Se califique negativamente tanto la inscripción de la adjudicación como la cancelación de los asientos posteriores (aunque podría calificarse positivamente, a pesar de la falta de notificación, en el supuesto de asientos que hubieran caducado)<sup>422</sup>.

Las consecuencias deben ser tan duras porque la dureza del procedimiento de ejecución hipotecaria se contrarresta con un rigor formal en garantía de los derechos, tanto del deudor como de terceros; forma parte de dicho rigor la notificación a los acreedores posteriores<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> Cfr. RDGRN de 23 de abril de 1969 (BOE 19 de mayo).

<sup>423</sup> Vid. STC. Sala Segunda 6/2008, de 21 de enero (BOE de 15 de febrero), que al respecto asegura”... *El art. 689.2 LEC 2000 se remite para la comunicación del procedimiento a los acreedores posteriores a la hipoteca que garantiza el crédito del actor al art. 659, que dispone en su apartado 1, en lo que aquí interesa, que “[E]l registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares del derecho que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro*”. Así pues, el precepto transcrito impone la obligación de comunicar la existencia del procedimiento a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al derecho del ejecutante, esto es, no exige en su tenor que se trate de derechos inscritos, sino que es suficiente que éstos “aparezcan en asientos posteriores”, sin requerir en ningún caso que se trate de asientos de inscripción, excluyendo, por tanto, los asientos de presentación”.

En el mismo sentido, Vid. STS 5908/2004 de 23 de septiembre (Id Cendoj: 28079110012004100864 Sala de lo Civil), que anula el procedimiento de ejecución hipotecaria por la realización incorrecta de la notificación a un anotante de embargo, al hacerse por edictos cuando constaba su domicilio en el Registro.

### **6.3.3. Límite de la cobertura hipotecaria.**

Este mandato solo tiene sentido cuando hay terceros ya que si la única carga inscrita es la hipoteca, el acreedor hace suyo el precio del remate hasta el pago total de la deuda. Dicho de otro modo, la limitación hipotecaria juega frente a terceros pero no frente al deudor (arts. 114,118 y 146 LH)<sup>424</sup>.

El art. 131.3.º LH, hay que ponerlo en relación con el art. 692.1 LEC. Por tanto no cabe que los excesos de lo reclamado por algún concepto (sea principal, intereses o costas) en la medida en que superen su respectiva cobertura hipotecaria, sea satisfecho con cargo al excedente de la cobertura por otro concepto respecto de lo reclamado por el mismo<sup>425</sup>.

El precepto habla de principal, intereses y costas, pero en la práctica, las hipotecas garantizan también otros conceptos, así puede establecerse cobertura hipotecaria de otros gastos, como el seguro del inmueble o los gastos de comunidad, o cobertura para comisiones, a todos estos conceptos o cualesquiera otros que consten inscritos se aplicará esta norma de compartimentos estancos.

---

<sup>424</sup> Vid. ADÁN GARCÍA, M.E. La ejecución..., ob. cit., págs. 925 y 926. También ha mantenido este criterio la DGRN en su Resolución de 27 de julio de 1988, declarando que dada la naturaleza del procedimiento judicial sumario, solo la parte del crédito del actor que está garantizada por la hipoteca ejecutada puede ser pagada con cargo al precio de remate, en base a que la culminación de la ejecución hipotecaria no implica necesariamente la extinción de las cargas y gravámenes posteriores y no preferentes a las del actor, ya que éstas pasan a recaer directamente sobre el exceso del precio del remate respecto del crédito hipotecario, de forma que la necesaria protección de los derechos inscritos impone que no se opere su cancelación en tanto no se hayan adoptado las precauciones necesarias para garantizar la efectividad de la vinculación del remanente, lo que impide su destino al pago del importe del crédito del actor en la parte no garantizada. Lo anterior es congruente con el carácter de la hipoteca como derecho de inscripción constitutiva, de forma que el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados solo podrá ejercitarse “sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo”.

<sup>425</sup> La RDGRN de 24 de octubre de 2000 (BOE 13 de diciembre) así lo establece. Mantiene que del mandamiento de cancelación de cargas debe resultar que del precio del remate no se ha entregado al actor cantidades superiores a las garantizadas hipotecariamente, y sin que los excesos de lo reclamado por algún concepto, en la medida en que excedan de su respectiva cobertura hipotecaria, puedan ser satisfechas con cargo al excedente de la cobertura de otro concepto respecto de lo reclamado por el mismo, debiendo constar el depósito del exceso en el establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores.

La DGRN se ha planteado cómo aplicar esta regla cuando se trata de un crédito garantizado con varias fincas, resolviendo que no es necesario que en la demanda ejecutiva se determine la cantidad que por cada concepto se reclama de cada finca, sino que corresponderá al Secretario judicial determinarlo en la aplicación del remate en coherencia con el principio de integridad del pago del art. 1169 CC<sup>426</sup>. Le bastaría al actor con fijar en la demanda el importe total adeudado por cada uno de los conceptos.

#### **6.3.4. Valor igual o inferior al importe total del crédito.**

Es importante analizar la referencia que realiza el precepto al “*importe total del crédito del actor*”. Debe entenderse en el sentido que el valor de lo vendido o adjudicado sea igual o inferior al importe total de “principal, intereses y costas”, es decir, por el que se despachó ejecución (principal) y por el que luego se liquidó (intereses y costas).

Si existe sobrante, el apartado 4.º del art. 131 LH, parece que tutela su destino registral, pero lo cierto es que solo se trata de una exigencia formal que queda cubierta con la sola afirmación de la efectiva existencia de sobrante y de su depósito genérico en establecimiento adecuado. Sin embargo, no hay ninguna

---

<sup>426</sup> La RDGRN de 24 de octubre de 2000 (BOE de 13 de diciembre) señala que es doctrina de este Centro Directivo la siguiente: *del mandamiento de cancelación de cargas es necesario que resulte que del precio del remate no se ha entregado al actor cantidades superiores a las garantizadas hipotecariamente, y sin que los excesos de lo reclamado por algún concepto –principal, intereses, costas, etc- en la medida en que excedan de su respectiva cobertura hipotecaria, puedan ser satisfechos con cargo al excedente de la cobertura de otro concepto respecto de lo reclamado por el mismo, debiendo constar el depósito del exceso en el establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores. Ahora bien, de lo anterior no se deduce que, siendo varias las fincas hipotecadas, el actor deba de hacer constar en la demanda lo que reclama respecto de cada finca y por cada concepto, pues le basta con precisar el importe total adeudado por cada uno de ellos, siendo el Juez (hoy Secretario) el que deberá observar las anteriores exigencias en la aplicación del remate. Lo cual es coherente con el principio de la integridad del pago (art. 1169 del C.C.).*

regla procesal por lo que escapa a la calificación registral las decisiones ulteriores que se adopten sobre la efectiva distribución del sobrante<sup>427</sup>.

Hay un supuesto bastante frecuente consistente en que la segunda inscripción de hipoteca (incluso una tercera o cuarta) garantiza otro crédito del mismo ejecutante. En este caso debería cuantificarse el sobrante, pero sería inútil la consignación y ello a pesar de que si hacemos una interpretación literal del art. 670 LEC sería obligatoria dicha consignación. Sin embargo, debe hacerse una interpretación más pragmática y cercana a la realidad, ayudando a ello los arts. 672 y 692 LEC. Así, lo práctico sería minorar la deuda de los siguientes créditos a favor del mismo ejecutante.

Evidentemente la consignación tendrá sentido cuando haya otros acreedores con derecho al sobrante o deba entregarse al ejecutado, pero aquel desaparece cuando el segundo acreedor es el mismo ejecutante y por una cantidad que supera a la fijada como sobrante, lo que puede acreditarse con una liquidación intervenida notarialmente. En este caso habrá que entender que el exceso podrá aplicarse a la satisfacción del segundo y del tercer crédito inscrito a favor del ejecutante sobre el bien hipotecado (y no obligar a consignar el importe por el ejecutante para luego devolverlo a él mismo).

En definitiva, si el precio obtenido supera la suma que deba ser entregada al acreedor, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Una vez que el derecho de éstos esté satisfecho, se entrega el remanente al propietario de la finca en virtud del art.692.1 LEC, salvo que existiera anotado en el procedimiento una orden de retención del remanente en base a otra ejecución ordinaria o procedimiento concursal (art. 692.2 LEC).

Quien se considere con derecho al remanente podrá promover el incidente del art. 672.2 LEC.

---

<sup>427</sup> RIVAS TORRALBA, R. Aspectos registrales del proceso de..., ob cit. pág. 621.

Con respecto a los acreedores que han anotado su derecho después de la certificación de cargas, conforme al art. 659.2 LEC, parece que pueden optar al sobrante si se personaron en las actuaciones y éste parece ser el criterio de la DGRN en sus resoluciones <sup>428</sup>, sin embargo, podría criticarse este planteamiento desde la perspectiva de que el ejecutante debe percibir todo el importe adeudado sin aplicarse el límite de cobertura hipotecaria fijada, cuando los terceros tengan anotados sus derechos con posterioridad a la expedición de certificación de cargas, porque no tienen la condición de terceros protegidos por ese límite (de la cobertura hipotecaria) <sup>429</sup>. Se basa esta consideración en no dar el mismo tratamiento a quien anota su derecho cuando ya consta el inicio de la ejecución hipotecaria, por constar nota de expedición de cargas, que a quien lo ha hecho con anterioridad.

Sin embargo, la DGRN <sup>430</sup> parece equiparar a ambos, siempre que los primeros se personen en el procedimiento.

Si fueren varias las fincas que estuvieren hipotecadas, en garantía de un solo crédito se entiende que el acreedor puede instar la ejecución de una sola de ellas para reclamar el pago de la totalidad del crédito <sup>431</sup>. En este caso lo importante es salvaguardar el principio de concreción, distribuyendo la responsabilidad hipotecaria que debe constar en la escritura de hipoteca y en la certificación de cargas.

Esa distribución se debe tener en cuenta a la hora de requerir de pago a los terceros poseedores, determinar lo que éstos deben pagar para evitar la ejecución y aplicar el precio de remate.

---

<sup>428</sup> Vid. RR de 12 de abril de 2000 (BOE 15 de mayo), 23 de septiembre de 2002 (BOE 30 de octubre) y 20 de diciembre de 2002 (BOE 6 de febrero de 2003).

<sup>429</sup> Vid. FRANCO ARIAS, J. (Comentarios a la nueva LEC..., ob. cit., t. III, pág. 3350, nota 1) ya que el límite tiene sentido para quien adquiere de buena fe creyendo que el crédito con garantía hipotecaria está siendo satisfecho ya que no consta registralmente el inicio del proceso.

<sup>430</sup> Vid. RR de 12 de abril de 2000 (BOE 15 de mayo), 23 de septiembre de 2002 (BOE 30 de octubre) y 20 de diciembre de 2002 (BOE 6 de febrero de 2003).

<sup>431</sup> Cfr. RDGRN de 13 de enero de 2003 (BOE 27 de febrero).



Para que el mandamiento de cancelación sea calificado positivamente por el Registrador deberá hacerse constar que el valor de lo adjudicado ha sido:

- igual o inferior al importe del crédito, en cuyo caso tendrá que librarse la certificación a la que se refiere el art 654.3 LEC, al que me referiré más ampliamente en otro punto de este trabajo.

- o superior, en cuyo caso se hará constar que se ha retenido el remanente a disposición de los interesados, conforme a los arts. 692.3 y 674.2 LEC. Se cumple con esta obligación haciendo referencia genérica a que existe ese sobrante, sin necesidad de especificar cuánto, y que se ha consignado en un sitio adecuado, normalmente la cuenta de depósitos y consignaciones del propio juzgado, pero nada obsta que sea en otro lugar que cumpla con el requisito exigido por la ley de ser “adecuado”.

Es interesante en este punto el reconocimiento que, finalmente, ha realizado el Centro Directivo en cuanto al eventual derecho de remate, porque éste no debe ser objeto de protección registral, es decir, que la cancelación de los derechos posteriores a la hipoteca se producirán en todo caso, independientemente de la distribución del sobrante<sup>432</sup>.

Fuera de los supuestos calificables incluidos en el art. 132 LH, existen otros supuestos que también deben ser objeto de calificación, a saber:

1) Supuestos en que la finca hipotecada no ha estado inscrita a favor del demandado.( R. de 20 de diciembre de 2010)<sup>433</sup>.

2) La omisión de la certificación de cargas constituye un defecto que impide la inscripción (R. de 20 de diciembre de 2010)<sup>434</sup>.

---

<sup>432</sup> Vid. STS 6347/2003 de 15 de octubre (Id Cendoj: 28079110012003102739 Sala de lo Civil), que trata el destino del sobrante como una cuestión totalmente extraña al Registro. Así como también la STS 2958/2010 de 9 de junio (Id Cendoj: 2807911001201010035 Sala de lo Civil) en este sentido (demanda por la declaración de error judicial).

<sup>433</sup> BOE 21 de febrero de 2011.

<sup>434</sup> BOE 21 de febrero de 2011.

3) Podrá constar en un solo documento el mandamiento de cancelación de cargas y el testimonio del decreto de remate o adjudicación en el que se consigne, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 132 LH y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación (art. 133 LH). Resulta así reconocido que el control registral alcanza a la observancia de todos los requisitos establecidos en ese artículo, que son los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria.

Lo cierto es que es irrelevante que el título conste en un solo documento o en dos (decreto y mandamiento), lo trascendente es que deben presentarse juntos para su calificación e inscripción una vez adquieran firmeza.<sup>435</sup>

4) La infracción del art. 1459 CC, es decir, la prohibición de adquirir por compra a determinadas personas, es calificable por el Registrador, lo mismo que la prohibición de los administradores concursales que establece el art. 151.1 de la L.C. de adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso.

5) La calificación de la competencia territorial es conflictiva, porque la postura contraria fue defendida primero por la DGRN<sup>436</sup> para corregirla después<sup>437</sup> confirmando una calificación denegatoria del despacho del testimonio de auto de adjudicación y mandamiento para la práctica de cancelaciones por falta de competencia territorial del juzgado de primera instancia.

Lo cierto es que es bastante criticable esta última postura de la DGRN, primero porque las diferencias entre falta de competencia territorial y falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional es evidente y la Dirección no parece tenerla en cuenta. Evidentemente, la falta de competencia territorial, según el art. 238 de la LOPJ, no es causa de nulidad de pleno derecho de las actuaciones judiciales.

---

<sup>435</sup> ADÁN GARCÍA, M. E. La ejecución directa de los bienes hipotecados..., ob. cit., págs. 916 y 917.

<sup>436</sup> Vid. RDGRN de 20 de mayo de 2002 (BOE 8 de julio) considerando que el Registrador no puede revisar la decisión del Juez al apreciar su propia competencia.

<sup>437</sup> Vid. RDGRN de 24 de mayo de 2007 (BOE 16 de junio), alegando los arts. 18 y 100 de LH y 100 RH, y que la calificación registral debe comprender el cumplimiento de los trámites del procedimiento de ejecución hipotecaria. Lo cierto es que la fundamentación de esta resolución es bastante escueta.

Segundo, y más importante a efectos prácticos, el registro sigue publicando la existencia de un crédito hipotecario que ya quedó extinguido por pago y advertiría de la existencia de un procedimiento hipotecario que ya ha concluido porque se mantendrá vigente la nota de certificación de cargas.

O si se decidiera cancelar, los titulares de anotaciones de embargo posteriores a la inscripción de la hipoteca podrían iniciar su propio proceso de ejecución que daría lugar a inscribir a otro adjudicatario. El primero tendría que interponer demanda de juicio ordinario por venta judicial de cosa ajena, solicitando su declaración de nulidad. Las resoluciones judiciales posteriores a la de la DGRN quitan la razón, al menos en parte, al centro directivo, lo que no es de extrañar dada la cantidad de problemas que acarrearía mantener ese criterio<sup>438</sup>, además de incumplir lo establecido en el art. 546 LEC. Resumiendo, no puede denegarse la inscripción de los documentos judiciales basándose en la incompetencia territorial de la autoridad judicial que los ha emitido, porque esas actuaciones judiciales no son nulas de pleno derecho.

6) Deben ser calificados, en el caso de que el deudor se encuentre en situación de concurso, los decretos y mandamientos, denegando por regla general la inscripción de aquellos que no procedan del juzgado mercantil competente, salvo en los supuestos expresamente exceptuados por la LC.

7) El decreto de adjudicación en que exista contradicción entre la valoración en que se tasa la finca ejecutada y la cantidad que consta fijada como valor del bien subastado, no es susceptible de calificación registral ya que no se encuentra

---

<sup>438</sup> Vid. SAP de Almería 776/2008 de 16 de octubre (Id Cendoj: 04013370032008100491Sección 3.ª) que revoca, en parte, la RDGRN de 24 de mayo de 2007, porque se refiere a un supuesto en que se ha producido un cambio de término municipal en que radica la finca hipotecada. En este caso, el juzgado acepta su competencia constando en la demanda ejecutiva que la finca pertenece a un determinado término municipal, que pertenece al partido del juzgado de primera instancia. A partir de este momento el órgano judicial es el competente, ya que ni siquiera éste puede declararse después incompetente, pero la certificación de cargas informa que pertenece a otro término municipal, de otro partido se entiende. Esto no puede afectar a la competencia fijada y aceptada por las partes (debieron presentar declinatoria), así lo impone el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* y el mandato establecido en el art. 546 LEC.

amparado por el art. 132 LH. Así se establece por la R. de 19 de julio de 2007<sup>439</sup>, ya que esa resolución tiene su origen en un acto procesal que emana de quien tiene facultades para dictarlo, por lo que será susceptible de los recursos procesales que la ley determine pero nunca de calificación registral<sup>440</sup>.

8) En cuanto a la notificación al deudor del lugar, día y hora de la subasta, hay que realizarla como establece el art. 691.2 LEC, es decir, con veinte días de antelación, en el domicilio que conste en el registro o en su caso en la forma en que se haya practicado el requerimiento conforme a lo previsto en el art. 686 LEC. Es este un requisito esencial, cuya falta produce nulidad de actuaciones (también lo es la falta de notificación al tercer poseedor), pero no corresponde su calificación al registrador. En el Decreto bastará con hacer constar de manera genérica que se han cumplido los requisitos legalmente previstos, sin que pueda el registrador revisar la legalidad de los trámites procesales que no sean los directamente encaminados a hacer efectivo el derecho de intervención conferido a los titulares registrales y ello en virtud del art. 100 RH<sup>441</sup>.

9) La omisión de anuncios de la subasta tiene como resultado la nulidad de ésta, al igual que son defectos insubsanables cualesquiera errores en los anuncios que causen indefensión a los ejecutados (v.gr: error acerca de la fecha de la subasta, omisión de una de las fincas a subastar, descripción incompleta o defectuosa de la finca), salvo que tal error haya sido subsanado publicando nuevos edictos

---

<sup>439</sup> BOE 7 de agosto.

<sup>440</sup> Esta resolución refiere pronunciamientos del TS en cuanto a la consideración como requisito ineludible del tipo de la subasta, pero se trata de cuestiones que únicamente podrán dilucidarse en sede judicial (sobre la base de la aplicabilidad o no de los arts. 657 y 666 LEC). En este sentido, la STS 450/2007 de 7 de febrero (Id Cendoj: 28079110012007100098 Sala de lo Civi)l, rechazó la pretensión de nulidad de un procedimiento en que se había hecho constar en los anuncios de la subasta un tipo superior que el fijado en la escritura, porque *“aunque la correcta indicación del tipo de la subasta se erija en requisito de ineludible cumplimiento y aunque deba predicarse la existencia de indefensión ínsita en el incumplimiento de las exigencias legales”*, deben examinarse las circunstancias del caso concreto y en éste los que instan la nulidad solo intervienen como cesionarios del remate, por lo que el tipo no les afectó.

<sup>441</sup> Así se estableció por la DGRN de 29 de diciembre de 1998 (BOE 30 de enero 1999).

rectificando esos errores o salvando aquellas omisiones, respetando de nuevo el plazo de 20 días para la subasta.

Ninguno de estos defectos va a ser calificado por el Registrador porque en realidad no llegaría a su conocimiento. Piénsese en el absurdo de hacer constar en la resolución (Decreto de adjudicación), que no se han cumplido con los requisitos que la ley exige en la publicación de los edictos. Aunque ninguna de las partes hubiera instado la nulidad, entiendo debería promoverse de oficio, por lo que en la práctica lo normal es que no llegue a conocimiento del Registrador, es decir, cuando se dicte el definitivo Decreto de adjudicación tales errores deberán haber sido subsanados, declarándose la nulidad de las actuaciones y retrotrayéndose el procedimiento al momento procesal oportuno.

Pero incluso en el hipotético y extraño caso de que el decreto de adjudicación llegara en esas condiciones al Registro (reconociendo el incumplimiento de tales requisitos), el Registrador no podría denegar la inscripción porque no puede calificar más que aquello para lo que tiene facultades, entre las cuales no se encuentran los trámites procesales.

#### **8.4. RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.**

El vigente procedimiento judicial de revisión directa de las calificaciones negativas del Registrador, tiene su origen en la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, que culmina una serie de modificaciones en esta materia, a saber:

- La primera se inicia con la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que cambió el anterior sistema de recurso ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia y posterior ante la DGRN por un sistema de revisión por los Juzgados civiles de las resoluciones de la DGRN. Esto tiene como consecuencia la inclusión de los arts. 322 a 329 LH bajo la rúbrica “Recursos contra la calificación”. Esta primera modificación tiene dos

consecuencias, por un lado cumple con la exigencia de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE y el control judicial de la actuación de la administración del art. 106 CE, y por otra, se atribuye la revisión de la actividad de la administración a la Jurisdicción civil y no a la Contencioso-Administrativa, por lo que la resolución de la DGRN no se considera un acto administrativo “estricto sensu”<sup>442</sup>.

- La segunda con la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

- La tercera con la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Así se llega a la Ley 24/2005 de 18 de noviembre vigente que pretende agilizar el sistema de los recursos frente a las resoluciones de los Registradores<sup>443</sup> con la introducción de la impugnación judicial directa de las calificaciones negativas del Registrador y el carácter potestativo del hasta entonces preceptivo recurso ante la DGRN para acceder a la vía jurisdiccional. Así se ahonda en las dos exigencias constitucionales de los arts. 24.2 y 106 de la CE que fue el fundamento de la primera modificación de la Ley 24/2001.

---

<sup>442</sup>Vid. SUAREZ- QUIÑONES Y FERNÁNDEZ J.C La tramitación procesal de los juicios verbales del art. 328 de la Ley Hipotecaria tras la Ley 24/2005 de 18 de noviembre. La revisión judicial de la calificación registral. (Dtores MARTINEZ TRISTAN, G. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.) CGPJ. Centro de Documentación Judicial 2007 (pág. 31). Este autor entiende que la no consideración de las resoluciones como actos administrativos *estricto sensu* se basa en la materia que constituye su contenido que no es administrativa sino de derecho civil, ya que los efectos de la calificación se producen en el ámbito del derecho privado.

<sup>443</sup> En su Exposición de Motivos de dice expresamente: “*se incluyen dos diferentes tipos de reformas, respecto del sistema de seguridad jurídica preventiva, ambas íntimamente conectadas, y que permitirán incrementar su eficacia. De un lado, se mejora el régimen de recursos frente a la calificación dado que la experiencia habida hasta el momento ha puesto de manifiesto las disfunciones de su régimen jurídico. Entre otros aspectos, se aclara y concreta la imposibilidad de que el registrador pueda recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación; por idéntica razón, se mantiene y aclara la vinculación de todos los registradores a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando resuelve recursos frente a la calificación. Estas medidas tienen como consecuencia inmediata la agilización del sistema de los recursos, con el consiguiente impulso en el ámbito de la eficiencia administrativa y el correlativo en la productividad del país*”.

Por tanto, en la actualidad, ante una calificación negativa del Registrador, existen dos juicios verbales previstos en el at. 328 LH:

- El proceso especial de revisión judicial directa de la calificación negativa del Registrador, y
- El proceso especial de revisión judicial de las resoluciones de la DGRN dictadas en impugnación de calificaciones negativas del Registrador.

Los dos tienen trámites del proceso verbal civil y trámites específicos que son los recogidos en el art. 328 LH.

En conclusión, la calificación registral puede revisarse tanto ante la DGRN como directamente en vía judicial, y el Registrador deberá acatar la resolución definitiva.

Si la resolución de la DGRN ordena la inscripción (en todo caso el Registrador que calificó negativamente se encuentra vinculado por la resolución del Centro Directivo ) no podrá procederse a la misma inmediatamente porque ésta no tiene el carácter de definitiva, habrá que esperar en primer lugar a que transcurra el plazo para presentar la demanda del juicio verbal, y si se tiene constancia de que se ha interpuesto la referida demanda, entonces debe suspenderse la ejecución de la resolución hasta que el juez dicte sentencia confirmándola o revocándola.

La inmediata ejecutividad de la resolución de la DRGN, antes de que la cuestión sea revisada en vía judicial o transcurra el plazo para interponer la demanda, puede tener consecuencias irreversibles, porque la sentencia que se dictara podría devenir inejecutable (por esa razón en el proceso civil no puede inscribirse la sentencia en tanto o sea firme, siendo susceptible únicamente de anotación preventiva, en virtud del art. 524.4 LEC).

Es curioso porque si aplicamos las normas del Derecho Administrativo, la resolución de la DGRN sería inmediatamente ejecutiva<sup>444</sup>, es decir, produciría efectos desde la fecha en que fuera dictada por el Centro Directivo. Sin embargo, la aplicación de normas de derecho administrativo en éste punto no produce un resultado satisfactorio, porque entraría en juego el art. 34 LH, lo que impediría que la resolución judicial definitiva pudiera ejecutarse. De ahí que el ámbito civil sea de aplicación una norma totalmente contraria al art. 57 de la Ley 30/1992, que es el mencionado art. 524.4 LEC. Por eso, aunque la resolución de la DGRN es un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo, no debe considerarse de aplicación dicho art. 57, porque además ello supondría que el propio acto administrativo tuviera más fuerza que la propia sentencia dictada en el procedimiento de juicio verbal.

Además, en la legislación hipotecaria, la preservación del derecho de quien solicita la inscripción, inicialmente denegada, hace innecesaria tal prevención porque ya existe la prórroga del asiento de presentación, que mantiene los efectos de prioridad registral del título.

Por todo lo anterior, entiendo que el legislador en la Ley 24/2005 de 18 de noviembre, suprime la ejecución provisional de las resoluciones de la DGRN, ya que potenciar el inmediato efecto ejecutivo de éstas antes del control judicial era, cuanto menos, criticable.

Finalmente, la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del TS, de 14 de enero de 2015 fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: *“La demanda contra la calificación del Registrador formulada en juicio verbal directo se deberá dirigir contra el Registrador responsable de dicha calificación”*. Acepta así la tesis del Abogado del Estado, relativa a que cuando el particular interpone recurso directo contra la nota calificadora, no puede intervenir la DGRN en la relación jurídico procesal al haber actuado el Registrador con independencia en su función, pues

---

<sup>444</sup> El art. 57 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que” 1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”.



este no puede pedir instrucciones a la DGRN. El abogado del Estado, en representación de la DGRN, plantea en su recurso ante el TS como cuestión única el problema referido a la legitimación para soportar las consecuencias de una demanda formulada a través del juicio verbal para recurrir la calificación registral negativa del registrador. La sentencia subraya que la LH diferencia la impugnación judicial directa contra la calificación del registrador y la impugnación potestativa ante la DGRN, cuya resolución también es recurrible en vía judicial<sup>445</sup>.

Cuando el particular interpone recurso directo contra la nota calificadora, no puede intervenir la DGRN en la relación jurídico procesal, pues es el Registrador el único legitimado ya que califica los documentos bajo su exclusiva responsabilidad y defiende los intereses de terceros como garante de la legalidad registral. Solo cuando el particular interpone recurso gubernativo ante la DGRN, esta ha de pronunciarse, naciendo un acto administrativo, que hace que en este caso sí haya que integrar a la DGRN en la relación jurídico procesal.

## **6.5. CONSECUENCIA REGISTRAL DE LA AUSENCIA DE CADA UNO DE ELLOS.**

### **6.5.1. Demanda y requerimiento.**

Si el Registrador no tiene en cuenta que alguna de las personas que deben ser demandadas en el procedimiento de ejecución hipotecaria no lo han sido o igualmente han sido demandadas pero no requeridas de pago y califica

---

<sup>445</sup> Como desarrolla el TS, en el FJ 2.º, esta diferenciación es determinante para resolver la legitimación de la DGRN porque, en el primer caso, el registrador es el único legitimado para soportar la acción que se deduzca contra su calificación puesto que califica los documentos bajo su exclusiva responsabilidad y defiende los intereses de terceros como garante de la legalidad registral y, en el segundo, la legitimación corresponde a la Administración en la que se encuadra la DGRN, única y exclusivamente en los supuestos en los que exista un acto expreso o presunto.

positivamente el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, su responsabilidad civil es evidente.

Por ello, la consecuencia registral de que no conste en el testimonio que los deudores hipotecarios y demás personas que deban serlo han sido demandados y requeridos es la calificación negativa de tales títulos.

En el Decreto de adjudicación es habitual que conste que ha sido presentada demanda de ejecución y que ha sido dictado auto despachando ejecución seguido del correspondiente Decreto tal y como ordena la LEC, pero no es tan habitual hacer constar que los ejecutados han sido requeridos de pago, sobre todo porque en numerosas ocasiones tal requerimiento se realiza por edictos ante la imposibilidad de localizarlos, incluso tras realizar la tarea de averiguación que el Tribunal Constitucional<sup>446</sup> ha encomendado a los órganos judiciales.

No es que el Registrador valore la forma en que se ha realizado ese requerimiento (excede de sus facultades), pero si debe constatar que se ha producido.

### **6.5.2. Notificación.**

La notificación de la existencia del procedimiento a titulares de derechos posteriores a la inscripción de la escritura de constitución de hipoteca pero anteriores a la nota marginal es una labor que compete al propio Registrador. Si no la llevó a cabo en su momento la consecuencia registral será la calificación negativa del testimonio del decreto y del mandamiento de cancelación de cargas, ya que ambos títulos son calificados al mismo tiempo. Por tanto, el Registrador debe realizar una calificación de sus propios actos.

Esta es la consecuencia registral de la omisión del requisito de notificación a los titulares de derechos inscritos en el registro en el periodo comprendido entre inscripción de escritura y expedición de nota marginal de dominio y cargas,

---

<sup>446</sup> Vid. SS. TC 131/2014, de 21 de julio de 2014; 122/2013 de 20 de mayo; 104/2008 de 15 de septiembre; 28/2010 de 27 de abril y 137/2014 de 8 de septiembre.

porque a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la nota no se les otorga dicha protección.

Estos últimos, al inscribir su derecho, ya tenían conocimiento de que existía un procedimiento de ejecución hipotecaria abierto.

### **6.5.3. Consignación del precio y pago al acreedor (sin exceder del límite de la cobertura hipotecaria).**

El Registrador también debe controlar el cumplimiento de este requisito tan importante como es que ha sido consignado el precio resultante de la realización del bien (cualquiera que sea la forma en que se haya realizado; mediante subasta, adjudicación en pago, convenio de realización, persona o entidad especializada)<sup>447</sup>. La función calificadora se refiere a que en el documento presentado consten tales extremos, porque ya ha existido un control anterior en sede judicial, el realizado por el Secretario judicial, que dará fe de ello en el Decreto de adjudicación. En conclusión, el control que el art. 132.3.º LH impone al Registrador, es, la comprobación de que en el documento judicial que se le presenta, se hace constar cumplido el requisito de la consignación.

Tiene mucha importancia el límite de la cobertura hipotecaria que solo juega frente a terceros (entendiendo por tales los que inscribieron su derecho antes de que se expediera la nota marginal de certificación de cargas), pero no juega frente al deudor. Ello supone que tal límite de cobertura no se tendrá en cuenta si no hay cargas inscritas posteriores a la inscripción de la hipoteca que se está ejecutando. En este caso el Registrador no tendrá que realizar ninguna labor calificadora porque la totalidad de las cantidades obtenidas con la realización del bien se destinarán al pago del acreedor del crédito garantizado con hipoteca, sin aplicar los límites de cobertura. También la labor del Juzgado será más sencilla,

---

<sup>447</sup> El art. 132.3.º LH así lo exige.

porque no tendrá en cuenta tales límites, ni tendrá que repartir el sobrante que exceda de los mismos entre los acreedores posteriores a la hipoteca ejecutada.

#### **6.5.4. Valor del bien, igual o inferior al crédito.**

Las cantidades obtenidas por la realización del bien pueden ser inferiores, iguales o incluso superiores a las cantidades por las cuales se despachó ejecución.

En su función calificadora, al Registrador solo le interesa le sea acreditado que el valor obtenido con la realización del bien ha sido igual o inferior al crédito. Si existe sobrante o exceso se hará constar en el título simplemente que lo ha habido, esto será suficiente para que la calificación del Registrador sea positiva.

El término que utiliza la ley es muy amplio “crédito”, pero en el mismo debe comprenderse el principal, los intereses (tanto los remuneratorios como los moratorios o de demora) y las costas, debiendo comprobar el Registrador que la cantidad obtenida es igual o inferior a la suma de los conceptos anteriores. Por eso es conveniente fijar en los hechos del Decreto de adjudicación, tales cantidades desglosadas, para que el Registrador pueda realizar conveniente su labor, sino se especifica de esta manera se corre el riesgo de que el título sea calificado negativamente, no tanto por la omisión del requisito, sino por imposibilidad de comprobación.

## 7. LA CERTIFICACIÓN EXIGIDA POR EL ART. 654.3 LEC.

El art. 654.3 LEC contiene la novedad, introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, regulando las normas de la imputación del pago, que no imputación de pagos<sup>448</sup>, ya que en la ejecución hipotecaria, el único pago es la realización del bien inmueble sobre el que recae la garantía; para aquellos supuestos en que no se alcance a cubrir la cantidad reclamada en el procedimiento.

Las siguientes cuestiones que plantea el precepto son:

1) Según la literalidad del precepto, se aplica a los supuestos en que “*la ejecución resultase insuficiente*”, pero el concepto de ejecución no parece el más adecuado. En principio, teniendo en cuenta la ubicación de la norma, lo lógico es que se esté refiriendo a la subasta de los bienes embargados. En el mismo sentido se inclinaría la interpretación conjunta de los otros párrafos del precepto, que se refieren al remate. Sin embargo, la propia denominación del precepto, que reitera el concepto de insuficiencia de la ejecución<sup>449</sup>, parece pensar en una especie de

---

<sup>448</sup> Cfr. ROGEL VIDE, C. Favor debitoris: Análisis crítico. Editorial Reus. Barcelona, 2010, pág. 86, el cual, criticando a BELTRÁN DE HEREDIA, BERCOVITZ, CRISTOBAL MONTES y PASCUAL ESTEVILL, E., considera que, al margen de las apariencias, en el art. 1173.3.º LEC se contienen reglas generales sobre el cumplimiento de las reglas del pago, pero no de la imputación de varios pagos a varias deudas o a una sola, de tal manera que diferencia claramente la imputación de pagos (varios), de la imputación del pago (único). Esto es lo que realmente ocurre en la ejecución hipotecaria, donde el único pago es la realización del bien inmueble sobre el que recae la garantía.

<sup>449</sup> Se denomina “*Pago al ejecutante, destino del remanente, imputación de pagos y certificación de deuda pendiente en caso de insuficiencia de la ejecución*”.

“punto final” de la ejecución, lo que por otro lado sería coherente con la expedición de la certificación a que hace referencia el último inciso del párrafo.

2) Cabría plantearse si la norma sólo es aplicable en el caso de una subasta con postores, en la que existe propiamente remate, o también es aplicable en aquellos supuestos en que, por no existir los mismos, es el acreedor quien solicita la adjudicación del bien en una determinada cuantía. Si se considera que no sólo se aplicará el precepto a los supuestos de remate en una subasta sino, también, cuando en la totalidad del procedimiento de ejecución no se obtenga la satisfacción total del crédito del actor, lo más coherente será entender por tanto que el precepto será de aplicación también a los supuestos de adjudicación por el acreedor<sup>450</sup>.

3) Y ¿qué cantidades son las que no deben alcanzarse por el valor de lo obtenido para que entre en juego la norma? El precepto se refiere a *“toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución”*. La cantidad por la que se despachó ejecución<sup>451</sup> es la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses remuneratorios y moratorios vencidos, así como una cantidad presupuestada para los intereses que se devenguen durante la ejecución y las costas, que como máximo ha de ser un 30% según el art. 575 LEC.

La interpretación que puede considerarse más coherente es la que entiende que se refiere a la suma de las cantidades inicialmente reclamadas por principal, así como la totalidad de intereses (ya sean remuneratorios o de demora y ya sean líquidos a la interposición de la demanda o devengados durante la ejecución) y las costas del procedimiento.

---

<sup>450</sup> En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el art. 651 LEC regula la subasta de bienes muebles sin postores y el 671 LEC la de bienes inmuebles. En ambos casos, el acreedor podrá pedir en estos supuestos de ausencia de postores en la subasta, la adjudicación por un determinado porcentaje del *“valor de tasación”* (art. 651) o del *“valor por el que el bien hubiera salido a subasta”* (art. 671).

<sup>451</sup> Contenido obligatorio del auto conteniendo la orden general de ejecución y de despacho de la misma, conforme al art. 551.2.3.º LEC.

En relación con este último punto, también podría plantearse si se refiere a las costas *realmente* devengadas (es decir, honorarios de Letrado y Procurador calculados conforme a las Normas Orientadoras de los Colegios Profesionales de los primeros y conforme al Arancel de los segundos) o al concepto de costas *exigibles* que se contiene en el art. 575 bis LEC para los supuestos de ejecución de vivienda habitual y que se limitan al 5% de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva. Las costas son las costas aprobadas con el correspondiente Decreto, en el cual ya se habrá corregido la propuesta presentada limitándola 5% de la cantidad reclamada en la demanda.

4) Por lo que respecta al orden de imputación que se introduce en el precepto: La imputación de pagos se define como el acto jurídico dirigido a aplicar el pago realizado a una de las deudas existentes de la misma especie cuando entre el acreedor y el deudor existen varias de ellas<sup>452</sup>. Se trata de una institución del Derecho sustantivo, que remite a la voluntad de las partes y, en su defecto, fija algunas normas supletorias.

En materia procesal, excluida de la disposición de las partes, rige la LEC que, por lo que respecta a las ejecuciones hipotecarias, contiene en el art. 692 según la cual el precio del remate se destina al pago del capital, los intereses y las costas en último lugar. Dicho precepto no ha sido derogado por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, por lo que es de entender que en materia de ejecución hipotecaria, precisamente la que pretendía mejorarse con la reforma contenida en dicha Ley, la nueva disposición sobre la imputación del pago no es de aplicación. Si la reforma de la ejecución hipotecaria quiere cambiar el orden de la imputación de pagos, no se comprende por qué se modifica el art. 654.3 LEC (subastas de muebles) en vez del art. 672 LEC (subastas de inmuebles) o, más propiamente el art. 692 LEC (subastas hipotecarias), puesto que es el que regula el orden de imputación de pagos para el crédito hipotecario y aplicación del sobrante, como

---

<sup>452</sup> INFANTE RUIZ, F. J., Artículo 1172, en Código Civil Comentado (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Volumen III, Madrid, 2011, pág. 408.

especialidad de la ejecución hipotecaria, en este sentido es criticable la pérdida de la singularidad de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria<sup>453</sup>.

A pesar de ello, se está aplicando, en la praxis judicial, a los deudores hipotecarios.

5) En cuanto al orden concreto que se establece en el nuevo precepto, resulta contrario a la norma sustantiva contenida en el art. 1173 CC, según el cual si una deuda produce interés, no se podrá entender pagado el capital sin haberse satisfecho antes los intereses<sup>454</sup>. Lo que el art. 654.3 LEC establece es que, lo primero que se satisfarán serán los intereses remuneratorios, después el principal y quedarán para el final los intereses moratorios y costas.

Esta norma no cumple la finalidad que se pretende pues difícilmente protegerá al deudor pagar antes los intereses (aunque sean los remuneratorios) que un capital que a su vez sigue generando intereses. En realidad, la norma más protectora del deudor es la contenida en el art. 692 LEC<sup>455</sup>, pues se entenderá satisfecha en primer lugar la deuda por principal, lo que provocará que se dejen de devengar ulteriores intereses (aunque esto se corrige con la prohibición de la capitalización de intereses).

6) Finalmente, el art. 654.3 LEC ordena al Tribunal expedir certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos especificando la que corresponde a cada concepto: principal, intereses remuneratorios, intereses moratorios y costas, resultando difícil de comprender la finalidad que persigue esta norma. En principio, lo que trataría es de fijar el

---

<sup>453</sup> Esta crítica ya ha sido realizada por algunos autores en varias ocasiones, con motivo de las múltiples reformas legislativas que han afectado a esta materia, véase MARTIN DIZ, F. La ejecución de la garantía..., ob cit. págs. 651 y ss., donde considera que gran parte de la satisfacción de los operadores jurídicos con el procedimiento de realización de bienes hipotecados, tiene su origen en la especialidad del mismo, a su singular diseño legal. Este carácter individualizado comenzó a desaparecer ya con la LEC del año 2000, que cambió el procedimiento tal y como existía en los arts. 131 y ss. LH.

<sup>454</sup> Aunque la jurisprudencia del TS entiende que esta norma tiene como única virtualidad la de limitar la voluntad del deudor de realizar una imputación al capital antes que a los intereses, lo que llevaría en la práctica a la improductividad del crédito con intereses.

<sup>455</sup> Coherente, a su vez, con el Código Civil.



saldo de ulteriores reclamaciones, pero eso ya se conseguía con las resoluciones judiciales que ponían fin a la liquidación de intereses y tasación de costas.

La certificación que introduce la ley sólo puede tener utilidad en caso de un ulterior procedimiento judicial que partiría de esta fijación judicial del saldo. Pero, en realidad, ese procedimiento judicial ulterior no existe: si se está ante una ejecución hipotecaria y no se ha satisfecho totalmente la deuda reclamada, el art. 579 LEC permite al ejecutante proseguir la ejecución con arreglo al procedimiento ordinario de ejecución; y si se estuviera ante un procedimiento de ejecución ordinaria, éste no terminaría hasta la completa satisfacción del acreedor ejecutante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 570 LEC.

En el primer caso existe un procedimiento ulterior, pero el Decreto que ponía fin al procedimiento de ejecución hipotecaria servía, ya antes de la reforma legislativa, de título judicial para iniciar la ejecución ordinaria ulterior, o bien, podía iniciarse una ejecución de título no judicial por la cantidad de deuda que hubiera quedado sin cubrir, y en el segundo caso, directamente no existe un procedimiento ulterior donde utilizar esa certificación.

Podría pensarse que la introducción de normas de imputación de pagos en la LEC por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, no resulta de aplicación al deudor hipotecario debido a la ubicación del precepto donde se regula (dentro de la sección relativa a la subasta de bienes muebles) , pero ésta es una opinión que no puede mantenerse, ya que en todo caso la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca se sujeta en su ejercicio a lo dispuesto en este título (título IV, ejecución dineraria), con las especialidades que se establecen en el presente capítulo, dice el art 681 LEC. En cualquier caso, lo que sí parece claro es que el orden de imputación que se introduce es más perjudicial para el deudor que el que viene establecido en el art. 692 LEC. Y también queda claro, en el aspecto procesal, que en todo procedimiento de ejecución hipotecaria deben tasarse costas y liquidarse intereses (antes de la reforma solo era imprescindible cuando la cantidad por la que se adjudicaba la finca cubría la deuda, pero no cuando no lo hacía).

En otro orden de cosas, la certificación exigida por el art.654.3 LEC puede incluirse en el Decreto de adjudicación, aunque nada impediría expedir una certificación, a parte, que acompañara a la mencionada resolución y al preceptivo mandamiento de cancelación de cargas.

Siempre que no se haya cubierto la deuda con la ejecución y el bien hipotecado tenga la consideración de vivienda habitual, deberá entrar en juego el art. 579.2 b LEC, en cuanto se refiere al importe que se continúa adeudando al ejecutante (si éste resultara ser adjudicatario), y las obligaciones que para éste último nacen en los supuestos de enajenación recogidos en el precepto.

Por tanto, la realización posterior de la finca por el ejecutante adjudicatario queda sujeta a lo dispuesto por el art. 579.2 b LEC, con obligación por su parte de comunicarlo al Juzgado de Primera Instancia que haya tramitado la ejecución. Esta circunstancia debe resultar del Decreto de adjudicación para su inscripción en el Registro, por tanto, la omisión de la anterior obligación podría ser la causa de una calificación negativa por parte del Registrador del Decreto presentado, y ello con base al propio precepto 579.2.b, cuando dispone expresamente que *“El Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior”*.

Por ello, en caso de, adjudicación al ejecutante, por cantidad que no cubra la deuda, de inmueble que tenga la consideración de vivienda habitual, deberá hacerse constar, en el Decreto de adjudicación, la obligación que tiene la entidad de comunicar al Juzgado la enajenación del bien que realice dentro del plazo de 10 años desde la firmeza de dicha resolución porque la deuda se verá reducida en un 50% de la plusvalía de la venta y deberá expedirse mandamiento al Registrador para que practique asiento de inscripción que recoja la anterior obligación del ejecutante.

Aunque la reforma LEC, en materia de ejecución hipotecaria, no contempla la dación en pago, si explora dicha posibilidad a través del precepto analizado, ya

que permite una reducción de la deuda, pero sobre todo en el apartado a)<sup>456</sup> de éste mismo artículo se contempla la posibilidad de saldar la deuda si se consigna el 65% en 5 años o el 80% en 10 años, desde la firmeza del decreto. Ello podría suponer un paso previo a reconocer finalmente la dación en pago en futuras reformas legislativas.

---

<sup>456</sup> 2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:

a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.



## 8. MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN.

El art. 134 LH describe la consecuencia final del proceso de ejecución hipotecaria<sup>457</sup>. En el mandamiento que se expida para la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del ejecutante, y en su caso, de las inscripciones y anotaciones posteriores, a las que se hace referencia en el punto siguiente, se expresará además de lo dispuesto en el art. 674 LEC, que se han hecho las notificaciones a que se refiere el art. 689 LEC (todo ello en virtud del art. 692.3 LEC). El mandamiento es un acto de comunicación procesal, dirigido en este caso al Registrador, de cuya actuación depende la ejecución de una resolución judicial (en este caso un Decreto).

Sin embargo, no puede considerarse un título formal en el sentido del art. 3 de la L.H. (esto es confirmado por el art. 257.1.º de la misma ley), ya que no contiene por sí mismo el título material del art. 2 LH que sería susceptible de modificar el contenido del Registro. La propia DGRN ha manifestado en numerosas resoluciones que el mandamiento en sí mismo no es una resolución judicial sino solamente un acto de comunicación<sup>458</sup>.

El art. 674 LEC establece que para la inscripción en el Registro de la Propiedad, será título bastante el testimonio del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la

---

<sup>457</sup> *La cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ella, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento.*

<sup>458</sup> Vid. RDGRN de 15 de diciembre de 2010 (BOE 27 de enero de 2011); de 6 de junio de 2006 (BOE de 17 de julio de 2006).

transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria. El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo. Todo ello a los efectos previstos en el art. 134 LH.

En la práctica, en el Decreto de adjudicación se recogen todos los extremos necesarios para la inscripción y la cancelación registral, y ello porque es la resolución procesal que pone fin al procedimiento de ejecución hipotecaria y a pesar de que el art. 670 LEC mantenga la, tan criticada, duplicidad de decretos aprobando el remate primero y adjudicando después. Lo que es indudable es la necesidad de que el Decreto que aprueba el remate o la adjudicación sean firmes para que sean títulos inscribibles. El concepto de firmeza de toda resolución judicial es el definido por el art. 207.2 LEC<sup>459</sup>.

En el testimonio deberá indicarse el Juzgado ejecutor, la localidad, la fecha de la resolución, el número del procedimiento, la identificación del ejecutante, del ejecutado, el adjudicatario del bien, su régimen económico matrimonial, nacionalidad, identificación registral de la finca, el cumplimiento de las notificaciones y la declaración sobre el estado posesorio de la finca (arts. 9 y 51 LH).

La DGRN en su resolución de 22 de marzo de 2010<sup>460</sup>, declaró que la falta del nombre y apellidos del Secretario judicial en el documento constituye un obstáculo del cual debe resultar la suspensión de la inscripción, pues es requisito necesario para su práctica la identificación del funcionario autorizante del título inscribible.

---

<sup>459</sup> Vid. RDGRN de abril de 2005 (BOE 3 de junio de 2005) de 2 de marzo de 2006 (BOE de 6 de abril de 2006), de 9 de abril de 2007 (BOE de 7 de mayo de 2007), y de 23 de septiembre de 2010 (BOE de 15 de noviembre de 2010).

<sup>460</sup> BOE 10 de mayo de 2010

El mandamiento debe expedirse a instancia del adquirente y depende del rematante su presentación en el Registro de la Propiedad.

### **8.1. INSCRIPCIONES Y ANOTACIONES INCLUIDAS.**

Como se ha visto en el punto anterior, el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, pero también la cancelación de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento (art. 134 LH)<sup>461</sup>.

La regla general, por tanto, es la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y la de las cargas posteriores incluyendo las anotaciones preventivas de embargo, el derecho de uso sobre la vivienda familiar y el derecho de arrendamiento.

Veamos el análisis de la cancelación de estas tres cargas posteriores.

#### **8.1.1. Anotaciones preventivas de embargo.**

Deberán cancelarse las anotaciones de embargo por créditos salariales, ya que no pueden considerarse una hipoteca legal tácita<sup>462</sup>.

La circunstancia de que una anotación de embargo, posterior al asiento del derecho del ejecutante, garantice un crédito salarial privilegiado, no es motivo suficiente para denegar la cancelación de la anotación. Además la ejecución de

---

<sup>461</sup> Párrafo primero del artículo 134 redactado por el apartado cuatro del artículo tercero de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

<sup>462</sup> Cfr. RDGRN de 28 de junio de 2005, BOE de 9 de septiembre de 2005.

créditos salariales privilegiados contemplado en el art. 32.1 del E.T. no puede conllevar la cancelación de cargas inscritas o anotadas con anterioridad.

En todo caso el acreedor podría acudir a una tercería de mejor derecho, y si ésta fuera declarada, gozar de preferencia al cobro, sin perjuicio que la ejecución de la anotación anterior permitiera la cancelación de los asientos posteriores, o en otras palabras, no se alteraría nunca el rango registral aunque fuera declarada la preferencia al cobro<sup>463</sup>.

Tanto el art 134 LH como las Resoluciones de la DGRN parecen poner, en la actualidad, de manera definitiva a la polémica de si debían o no subsistir asientos posteriores a la hipoteca ejecutada cuando aseguren créditos que tengan preferencia al cobro sobre el del ejecutante.

### **8.1.2. Supuestos de arrendamientos: incidente del art. 675 LEC.**

El debate siempre se ha centrado en una cuestión, si debe subsistir el arrendamiento concertado después de la constitución de hipoteca. Han existido

---

<sup>463</sup> La RDGRN de 3 de marzo de 2011 (BOE 21 de julio) sostiene este criterio de inalterabilidad del rango registral. También lo mantiene RIVAS TORRALBA R. en su trabajo Preferencia de cobro y rango hipotecario, incluido en la publicación del CGPJ sobre Preferencias de créditos, Manuales de Formación continuada 2, Madrid 1999, págs. 4921 y ss.



tesis a favor de la extinción del arrendamiento<sup>464</sup>, así como tesis a favor de su subsistencia<sup>465</sup>.

Son muchos los supuestos que pueden darse dependiendo de la ley a que estén sujetos<sup>466</sup>. Los arrendamientos urbanos sujetos a la LAU derogada, inscritos o no,

---

<sup>464</sup> Tesis de la Extinción defendida por la STS 22 de mayo de 1963. En dicho supuesto se planteó si la cancelación de un asiento registral no afecta a la sustantividad de un derecho. El TS aplica el principio de prioridad registral fundado en la regla *prior in tempore potior in iure*, por lo que la hipoteca opera al modo de una condición resolutoria. El adjudicatario debe recibir los bienes judicialmente enajenados libres de toda carga o limitación que no sea anterior o preferente a su crédito, esto es, en el estado que tenían al ser inscrita la hipoteca, pues la prelación hipotecaria en su efectividad ejecutiva provoca la liberación o extinción, cancelándolos, de todos los derechos reales, gravámenes o anotaciones posteriores por disponerlos así la regla 17 del artículo 131 LH. La ejecución hipotecaria debía producir el lanzamiento del arrendatario sin perjuicio de que éste pudiera acudir al proceso declarativo que correspondiera para instar la tutela de su derecho.

<sup>465</sup> Tesis de la subsistencia defendida en STS, Sala de lo Civil, 18 de febrero de 1968. Se suele aducir como manifestación de la doctrina minoritaria que admitía la subsistencia del arrendamiento, aunque referido a un arrendamiento especial sujeto a la LAU. En esta sentencia se manifiesta que *“cuando el cambio de propiedad se opera por vía de compraventa, la norma general contenida en el art. 1571 es que el comprador de una finca arrendada tiene derecho a dar por terminado el arrendamiento pero la LAU no sigue este sistema, sino el supuesto de subsistencia de la relación arrendaticia a pesar de los cambios de la propiedad, sin tener en cuenta si esta figura o no inscrita en el Registro, se sujeta a régimen especial y diferente estatuido en el artículo 57 conforme al cual, llegado el día de vencimiento de plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones”*.

El cambio de orientación del TS se produjo a partir de la sentencia de 9 de junio de 1990. Se trataba de un arrendamiento rústico, posterior a la inscripción de la hipoteca y no inscrito en el Registro de la Propiedad, sujeto a la Ley 83/1980 de 31 de diciembre. Se afirma como doctrina del TS que: - En el régimen CC todos los arrendamientos se extinguen por resolución del derecho del arrendador. Este régimen no es aplicable a los arrendamientos rústicos o urbanos en los que se ha de estar a la subsistencia de la relación arrendaticia, sin tener en cuenta si existe o no inscripción registral. -Más concretamente en la legislación de arrendamientos urbanos y en el artículo 57 de la LAU supone un derecho positivo excepcional cuya finalidad es proteger al máximo al arrendatario, lo que no puede quedar enervado por la regla 17 del artículo 131 LH. Ponencia de Carretero Peña en “JORNADAS SOBRE EJECUCION HIPOTECARIA”, celebradas en Valencia, el día 26 de enero de 2012 (ww.sisej.com).

<sup>466</sup> PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. El nuevo contrato de arrendamiento urbano. Edit. Complutense 1.ª ed. Mayo 1995 pág. 95. El supuesto de la ejecución hipotecaria daba lugar a situaciones conflictivas cuando la hipoteca recaía sobre un inmueble arrendado. Si el arrendamiento era anterior a la hipoteca se mantenía al arrendatario, a pesar de la ejecución hipotecaria, en la vivienda arrendada, conforme al art. 131 LH, en cambio el problema se presentaba cuando la hipoteca era anterior al arrendamiento, ya que la cuestión era si debía

anteriores o posteriores a la inscripción de la hipoteca no se extinguen, salvo que se apreciara simulación o fraude (en el correspondiente procedimiento declarativo), sin embargo los sujetos a la vigente LAU subsistirían durante el plazo mínimo legal si fueran posteriores a la hipoteca ejecutada y los inscritos antes de la hipoteca subsistirían por el tiempo pactado.

Para el caso de arrendamientos para uso distinto del de vivienda, nada dispone al respecto la LAU. Esto permitiría aplicar la regla general de cancelación de cargas posteriores o aplicar las disposiciones del C.C. en caso de ausencia de pacto. En este punto, la mayoría de los autores se muestran a favor de acudir a la aplicación supletoria CC, esto parece lo más razonable (concretamente dependerá de la voluntad del adjudicatario a falta de pacto que es lo que establece el art. 1571 CC)<sup>467</sup>.

En el caso de arrendamientos rústicos, si fueran los sujetos a la LAR derogada, puede entenderse que debe subsistir. Solo se produciría la cancelación si constare la voluntad del nuevo propietario/adjudicatario de resolver el contrato de arrendamiento <sup>468</sup> Si estuvieran sujetos a la nueva LAR subsistirá el arrendamiento si éste figura inscrito durante el plazo de duración pactado en el contrato. <sup>469</sup>

---

subsistir el arrendamiento una vez finalizada la ejecución. La STC 6/1992 de 16 de enero, reconoció que al no tener permitido el arrendatario participar en la ejecución hipotecaria, con arreglo al antiguo procedimiento del art. 131 LH, se estaba produciendo una indefensión de éste, atentándose, por tanto, contra el derecho a la tutela judicial efectiva del at. 24.1 CE.

<sup>467</sup> Vid. MONTSERRAT VALERO, A. El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, Aranzadi, pág. 348; BAENA RUIZ, E. Las partes en el proceso del art. 131 LH. Especial referencia al ejecutado y a su régimen jurídico. Intervención de terceros. N.º 23 de los Estudios de Derecho judicial, CGPJ 1999, pág. 127; AZOFRA F. Y SONJA MALKKI La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, RCDI n.º 688, marzo-abril 2005, pág. 525 y RIVAS TORRALBA, R. Aspectos Registrales....ob. cit., pág. 466.

<sup>468</sup> Cfr.: RDGRN de 24 de febrero de 2000 (BOE 23 de marzo) entiende que la adjudicación judicial en estos casos no produce de forma automática la extinción del arrendamiento, sino que el adquirente puede optar entre la extinción o la subsistencia del arriendo.

<sup>469</sup> RIVAS TORRALBA, R. Aspectos Registrales del proceso de ejecución, ob. cit, páginas 466 a 469.

El adjudicatario debe aceptar la subsistencia de todas las cargas o gravámenes anteriores, subrogándose en todas las responsabilidades derivadas de ellos (según los arts. 670.5, 667.3.º y 669.2 LEC). Las consecuencias son las mismas que para la ejecución ordinaria. Dentro de esas cargas, es importante hacer referencia a los arrendamientos vigentes porque se haya declarado judicialmente la suficiencia de los títulos presentados.

Respecto de los arrendamientos sujetos a la LAU de 1964 (aquellos celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1995), puede resultar claro que la ejecución hipotecaria no producía la extinción de los arrendamientos concertados antes de la constitución de la hipoteca, conforme art. 57 de la LAU 1964 y la jurisprudencia<sup>470</sup>; en cuanto a los arrendamientos posteriores a la hipoteca, subsistían también salvo que se hubiesen celebrado de forma fraudulenta para los derechos del adquirente. El escenario cambia con la LAU que entró en vigor el 1 de enero de 1995, y que, posteriormente, vuelve a modificarse con la reforma introducida en la LAU a través de la Ley 4/2013 de 4 de junio de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que entró en vigor el 5 de junio de 2013. Así, la situación del arrendatario o inquilino de la vivienda dependerá de la fecha en la que suscribiera su contrato de arrendamiento, pues si el contrato es de fecha posterior al 1 de enero de 1995 y anterior al 5 de junio de 2013, la cuestión se regula en el art. 13 de la LAU vigente durante ese período. Si la fecha del contrato es posterior al 5 de junio de 2013, la cuestión se rige por la nueva redacción de dicho art. 13, a saber:

- Si el contrato de arrendamiento es de fecha posterior al 1 de enero de 1995 y anterior al 5 de junio de 2013, el arrendatario o inquilino podrá permanecer en la vivienda durante cinco años y siempre y cuando el contrato se realizara de buena fe.

---

<sup>470</sup> Contratos TRLAU 64 anteriores al RDL. 2/85: Subsiste el arrendamiento: art. 57 TRLAU 1964 (SSTS 1032/1991 de 23 de febrero -Id Cendoj: 28079110011991100799 Sala de lo Civil-; 2370/1991 de 6 de mayo -Id Cendoj: 28079110011991100433 Sala de lo Civil-; 2782/1996 de 9 de mayo Id Cendoj: 28079110011996102173 Sala de lo Civil)- .

Si se hubiera pactado una duración del arrendamiento superior a cinco años, sólo podrá continuar el arrendatario en el arriendo por más de cinco años, si el contrato de arrendamiento hubiera tenido acceso al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. Lo que quiere decir que, solamente si el contrato de arrendamiento se ha inscrito con anterioridad a la hipoteca, el arrendatario podrá continuar en el arriendo.

Esto no es habitual, ya que la hipoteca suele inscribirse con ocasión de la compra de la vivienda, esto es, antes de arrendar la vivienda. Además conlleva un coste, aunque no elevado, y no es una exigencia legal.

También es poco habitual que el contrato de arrendamiento se inscriba en el Registro de la propiedad, porque conlleva un coste (no muy elevado por otra parte) y es perfectamente lícito un contrato de arrendamiento no inscrito (aunque no goce de la protección que otorga la publicidad registral).

- En caso de que el contrato de arrendamiento de vivienda es de fecha posterior al 5 de junio de 2013, si durante la duración del contrato de arrendamiento queda resuelto el derecho del propietario por razón de la ejecución hipotecaria, el contrato de arrendamiento queda extinguido.

Parece que la regulación del nuevo art. 13 LAU es bastante taxativa, no obstante, y al igual que sucedía en la antigua regulación, se respetará el plazo convenido de arrendamiento en el contrato siempre y cuando éste haya tenido acceso al Registro con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del arrendado, es decir que se haya inscrito con anterioridad a la hipoteca.

Los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se someten de forma imperativa a lo dispuesto en los títulos I y IV de la LAU, rigiéndose por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la LAU y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

Por tanto, el Título II y, por ende, el referido art. 13 LAU no le sería de aplicación, pues ambos están dedicados a los arrendamientos de vivienda. No obstante, no existe ningún artículo como al art. 13 LAU que sea aplicable a los arrendamientos distintos del de vivienda, por lo que en caso de arrendamiento y ejecución hipotecaria, surgen dudas en cuál sería la solución.

Podrían darse dos soluciones con respecto a esta cuestión.

Una solución sería considerar de aplicación el art. 1.571 CC<sup>471</sup>, como norma supletoria, en defecto de la voluntad de las partes, ya que, los títulos I y IV de la LAU nada regulan al respecto. La consecuencia de ello sería que los arrendamientos de inmuebles de uso distinto de vivienda no inscritos o los inscritos con posterioridad a la hipoteca carecen de preferencia frente al acreedor hipotecario, y a instancia de dicho acreedor hipotecario, se extinguirán a la fecha de la venta del inmueble en subasta, pues la transmisión de dicho bien inmueble provoca la extinción del derecho. Por tanto, es el acreedor hipotecario, el que decide si el arrendatario se queda o se va.

Otra solución podría basarse en el contenido del art. 29 LAU<sup>472</sup>, por el que el adquirente de la finca arrendada queda subrogado en los derechos y obligaciones

---

<sup>471</sup> Así, ROCA-SASTRE, R. M.<sup>a</sup> y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Derecho hipotecario; Hipotecas. Ejecución hipotecaria, Tomo IX, Bosch Casa Editorial, S.A., 8.<sup>a</sup> edición, Barcelona, p. 448; FÍNEZ, J.M., Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos (F. Pantaleón Prieto), Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995; PUENTE DE ALFARO, F. DE LA, El arrendamiento frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: artículos 13, 14 y 29 de la LAU; Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1996; págs. 218 y 219; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. (coord.), Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 3 vols., Barcelona: Iurgium Editores-Atelier, 2000, págs. 3046-3047; RIVERA FERNÁNDEZ, M., La ejecución de la hipoteca inmobiliaria. Dilex, S.L., Madrid, 2004, p. 513; en el marco de la LAU de 1964, LASARTE ALVAREZ, C., Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria. Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1992, págs. 28-29; REDONDO GARCÍA, F. La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2002, p. 114; POVEDA BERNAL, M.I., La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, págs. 456-457 (en relación con el art. 13 LAU).

<sup>472</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Editorial Aranzadi, S.A., Segunda Edición, Pamplona, 1997, pp. 665 y 666; FUENTES LOJO, J.V.,

del arrendador, salvo que en el adquirente concurren los requisitos del art. 34 LH, lo cual parte de entender que el artículo 29 LAU, engloba no sólo los casos de venta voluntaria, sino también otras formas de transmitir la propiedad, como pudiera ser una adjudicación motivada por una ejecución hipotecaria, de forma que dicho art. 29 LAU, sería aplicable a los supuestos de venta forzosa del inmueble. Por tanto, el adjudicatario quedaría subrogado en la posición del arrendador (el arrendamiento seguiría vigente), incluso en los contratos de arrendamiento no inscritos en el Registro de la propiedad o inscritos con posterioridad a la hipoteca, salvo que el adjudicatario tenga la condición de tercero hipotecario de buena fe del art. 34 LH, algo que no es habitual porque el banco va a conocer la existencia del arrendamiento.

Sin embargo, no parece muy acertada esta teoría basándonos en el espíritu de la reforma introducida en la LAU a través de la Ley 4/2013 de 4 de junio de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, aunque como su propio nombre indica, solo hace referencia al alquiler de viviendas no al alquiler de inmuebles para uso distinto del de viviendas. Sería aconsejable, en cualquier caso, una modificación legal en este punto que despejara las dudas que hoy día existen al respecto.

De todas maneras el arrendatario debería solicitar del Registro de la Propiedad en el que se encuentre inscrito el inmueble que pretende arrendar, una nota simple. Con ello se aseguraría no solo de que el arrendador es el titular, sino también el estado de cargas y si tiene anotados embargos, en evitación de tener que asumir las consecuencias de una eventual ejecución por deudas. Pero, si ante estos datos el arrendatario decide arrendar, una vez llegado el momento de la ejecución hipotecaria, lo cierto es que cuenta con una protección procesal que antes no existía.

---

Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos. Tomo I, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1996, p.177; LEON CASTRO, J. y COSSIO, M. DE, "Arrendamientos Urbanos", Granada, 1995, p. 254; GULLÓN BALLESTEROS, A., Notas sobre el Arrendamiento para usos distintos del de vivienda en la nueva LAU de 1994, Revista SEPIN, 14 de enero de 1995, p. 6; MARTÍN CONTRERAS, L., Ley de Arrendamientos Urbanos, Bosch, Barcelona, 2004, p. 317.

La LEC introdujo el incidente de los arts. 675 y 661 LEC, que fue valorado positivamente al resolver un problema tradicional<sup>473</sup> que existía en la ejecuciones de sentencias de entrega de bien inmueble cuando al comparecer la comisión judicial para llevar a efecto el lanzamiento se encontraba viviendo en el mismo a personas distintas del ejecutado que alegaban su derecho a permanecer en el inmueble al no haber sido partes en el procedimiento judicial.

El propio Tribunal Constitucional analizó la situación de indefensión de los ocupantes de los inmuebles objeto de ejecución y adjudicación<sup>474</sup> lo que provocó que el legislador, en el año 2000, pusiera coto a ciertas corruptelas que se producían cuando el demandado de forma sorpresiva introducía en el inmueble a un tercero con la apariencia de una relación contractual con el poseedor, lo que, al no haber sido parte en el procedimiento, generaba un problema técnico procesal a la hora de ejecutar la resolución judicial.

La LEC se refiere a los ocupantes, procurando tener noticia de su existencia en la ejecución<sup>475</sup>, llamándoles al proceso para que aporten sus títulos, regulando un incidente para desalojar inmediatamente a quienes se consideren ocupantes de mero hecho o sin título suficiente, introduciendo una seguridad jurídica para todos los implicados que antes no existía. Además, crear el incidente del art. 675 LEC para que se resuelva en la propia ejecución da celeridad al procedimiento, o más bien, permite resolver en el mismo procedimiento todos los incidentes

---

<sup>473</sup> Con la vigencia LEC 1881 se producían reiteradas situaciones de fraude en la ejecución de sentencias de entrega de bienes inmuebles cuando el día del lanzamiento aparecían ocupantes en el inmueble, sin embargo nada se había comunicado ni a los propietarios en caso de desahucios, ni a la entidad bancaria acreedora del derecho en caso de acción hipotecaria.

<sup>474</sup> STC 69/1995 de 9 de mayo.

<sup>475</sup> La LEC introdujo el incidente de los arts. 675 y 661 LEC, que fue valorado positivamente al resolver un problema tradicional que existía en la ejecuciones de sentencias de entrega de bien inmueble cuando al comparecer la comisión judicial para llevar a efecto el lanzamiento se encontraba viviendo en el mismo a personas distintas del ejecutado que alegaban su derecho a permanecer en el inmueble al no haber sido partes en el procedimiento judicial. La propia Exposición de Motivos de la nueva LEC se refiere a los ocupantes, procurando tener noticia de su existencia en la ejecución, llamándoles al proceso para que aporten sus títulos, regulando un incidente para desalojar inmediatamente a quienes se consideren ocupantes de mero hecho o sin título suficiente.

relacionados con la ejecución, por lo que no debe acudir a un procedimiento aparte, que presumiblemente sería un verbal, para dilucidar una controversia que afecta, de manera directa, al procedimiento de ejecución.

Existe la exigencia legal de que el ejecutado haga constar si el inmueble está ocupado o no, pero la noticia no solo puede proceder de él, también del ejecutante o del propio ocupante. Existen dos posibilidades:

- Que llegado el momento de dación de posesión tras la adjudicación ya se hubiere resuelto con anterioridad a la subasta si el ocupante tiene o no derecho a permanecer en el inmueble, en cuyo caso el adquirente puede pedir el lanzamiento.

- Que no se hubiere resuelto con anterioridad, en cuyo caso hay que convocar a una vista en el plazo de diez días, en la que podrán alegar y probar lo que consideren oportuno en cuanto a su situación. El Tribunal resolverá, mediante auto, sin ulterior recurso sobre el lanzamiento, que acordará en todo caso si el ocupante no compareciere sin justa causa. El auto que resuelve dejará a salvo los derechos del interesado, que podrán ejercitarse en el juicio que corresponda, es decir, carece de efecto de cosa juzgada material. Este incidente tiene mucha importancia con respecto a la publicidad en la subasta, porque al publicar el edicto se debe distinguir si se ha resuelto el mismo. Efectivamente, al hacer público el edicto, si se ha resuelto con anterioridad sobre el incidente, se hará constar la situación posesoria y si el ocupante tiene derecho a permanecer en el inmueble tras la adjudicación, dado que no vale lo mismo un inmueble con ocupante que sin él.

La STC 158/1997 de 2 de octubre <sup>476</sup> analiza el caso de un supuesto arrendamiento fingido concertado tras préstamo hipotecario para dificultar la

---

<sup>476</sup> “Y sin entrar en consideración alguna acerca de un eventual otorgamiento del alegado contrato arrendaticio en fraude de ley (cuestión de legalidad sobre la cual los órganos de la jurisdicción no han emitido juicio), la consideración de que la ahora demandante pudo intervenir en las diligencias de ejecución lleva a esa consecuencia. Su impugnación se dirigió contra la diligencia que ordenó el desalojo e implícitamente contra la providencia que acordó el requerimiento y el Auto de la audiencia que, habiendo revocado el del Juez, así lo resolvió. Mas, como de las actuaciones resulta, aquel



ejecución hipotecaria. Se trata de un supuesto de fraude en el que ante la existencia de crédito hipotecario se procede a fingir un arrendamiento para evitar la ejecución hipotecaria. Debe tenerse en cuenta al respecto la protección que ofrece para los titulares con derecho real inscrito el artículo 41 LH.<sup>477</sup> El artículo regula la protección del titular, que se debe ejercitar en el juicio verbal regulado en la LEC contra quien, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio.

El adjudicatario en subasta, desde el momento en que recibe el testimonio del decreto de adjudicación y procede a su inscripción, goza de tal protección, por lo que, a partir de este momento, ya no es posible la alegación de la existencia de ocupantes, es decir, no cabría admitir la celebración del incidente previsto en el art. 675 LEC.

El anterior art. 41 LH establecía causas de oposición tasadas:

- La falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas que desvirtúen la acción ejercitada.
- Poseer el contradictor la finca o disfrutar del derecho discutido por contrato o cualquier otra relación directa con el último titular o titulares anteriores, o en virtud de prescripción siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito.

---

*requerimiento no tuvo lugar ni a espaldas de los poseedores ni sin que tuvieran ocasión de exhibir lo que en su opinión constituía título bastante para oponerse a la solicitud del adjudicatario de la finca en la subasta. Diligencias que se dilataron en el tiempo puesto que, acordada la puesta en posesión de la finca y revocada luego esta decisión por el Juez al alegarse la existencia de un contrato arrendaticio, finalmente fue de nuevo acordada por la Audiencia y aún esta orden se demoró hasta que los arrendatarios ocupantes fueron señalados por el arrendador. De suerte que los órganos judiciales tras conocer el título posesorio, se pronunciaron fundadamente en el plano de la legalidad acerca de la eficacia del mismo para enervar la desposesión con el alcance provisorio que a estas diligencias correspondía y sin perjuicio, obviamente, de la defensa en el juicio correspondiente de la integridad de los derechos que resulten de aquel título”.*

<sup>477</sup> “Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del Registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente”.

- Que la finca o derecho se encuentren inscritos a favor del contradictor.
- No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el contradictor.

En el incidente del art. 675 LEC también se valoran los posibles derechos del precarista sin necesidad de acudir al juicio verbal que indica el precepto. La resolución que se adopte surtirá efectos dentro de la propia ejecución y todo ello sin perjuicio de acudir al proceso declarativo posterior.

¿Qué se valora actualmente para decidir la situación del ocupante?

- Aunque se trate de un contrato manuscrito, se valora la fecha de su realización
- El pago de la renta, cuando se alega la existencia de contrato de arrendamiento manuscrito o verbal.
- Que se trate de una renta acorde a los precios de mercado de la zona.

El pago de suministros o de fianza.

- La introducción de mejoras y reformas en el inmueble.
- Posible inscripción en el INE.
- Declaraciones vertidas en el interrogatorio y credibilidad que suscitan.
- Posible relación familiar entre arrendador y arrendatario como posible indicio de simulación.

Todos ellos son factores a tener en cuenta por el juzgador, que decidirá de este modo la existencia o no de título suficiente.

### **8.1.3. Derecho de uso sobre la vivienda familiar.**

Hay que partir de la base de que este derecho no es un derecho real, ya que no tiene carácter patrimonial<sup>478</sup>. Esta no es una cuestión pacífica, ya que algunos<sup>479</sup> consideran que al tener acceso al Registro de la Propiedad debe tener la consideración de derecho real. Discrepo de tal postura pues al Registro acceden derechos que no tienen tal consideración, como el arrendamiento visto en el anterior apartado, pero sin ser un derecho real, sin duda, tiene eficacia real.

Su carácter familiar (no patrimonial) supone una disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. Este interés excede, con mucho, de la propia titularidad abarcando a hijos y cónyuge/conviviente. Quizá por ello la jurisprudencia<sup>480</sup> considera susceptible de anotación en el Registro este derecho; se pasa a analizar la mencionada jurisprudencia:

Los arts. 2.2 LH y 7 RH acogen la inscripción tanto de los títulos en los que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio u otro derecho real, como también los de naturaleza análoga y cualquier otro acto que edifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio. Claramente, el acceso al Registro del derecho de uso sobre el inmueble tiene sustentación legal en los dos artículos citados, ya que el mismo afecta a una de las facultades más importantes del dominio.

---

<sup>478</sup> Cfr. RDGRN de 18 de noviembre de 2009 (BOE de 8 de enero de 2010) entre otras.

<sup>479</sup> Cfr. ASIS SERRANO CASTRO, DE. F. Vivienda familiar y cargas del matrimonio. Edit. El Derecho. Madrid, 2010, pág. 30. Se refiere a las distintas opiniones existentes sobre el tema, pero parte de la consideración de que debe ser considerado derecho oponible a terceros ya que tiene acceso al Registro de la propiedad y es carga del inmueble. Concluye este autor que es un derecho real de ocupación o posesión exclusiva que no impide el poder de disposición.; MARTIN MELENDEZ, M.A. Estudios de derecho de obligaciones..., ob. cit., Tomo II. Págs. 248 y ss. analiza una jurisprudencia cambiante en cuanto a la naturaleza del derecho de uso, para concluir que tal discusión carece de trascendencia práctica.

<sup>480</sup> SS. TS 9004/1992 de 11 de diciembre (Id Cendoj: 28079110011992104265 Sala de lo Civil); 17554/1993 de 20 de mayo (Id. Cendoj: 28079110011993102140 Sala de lo Civil); 5410/1994 de 14 de julio (Id. Cendoj: 28079110011994103590 Sala de lo Civil); 2390/1997 (Id Cendoj: 28079110011997102236. Sala de lo Civil).

Por otro lado, al ser un derecho personal, oponible a terceros, se constituye como una carga sobre el inmueble, sin perjuicio de que los titulares de éste puedan ejercitar las acciones que les puedan corresponder<sup>481</sup>.

Como se indicó anteriormente, no es suficiente ordenar que se cancelen todas las cargas posteriores a la hipoteca de una manera genérica, sino que debe especificarse el número o letra, folio y tomo donde consten las inscripciones y anotaciones posteriores y las anteriores pospuestas al crédito del actor de deban cancelarse, y todo ello por imperativo del art. 233 RH.

Pero, en todo caso éste derecho de uso subsistirá como carga hasta que se cumpla el plazo estipulado por la resolución judicial, se dicte nueva resolución judicial modificando la anterior en el sentido de dejarla sin efecto, o lo decidan las partes de común acuerdo.

En conclusión, la protección del cónyuge no titular al que se ha atribuido el uso por sentencia de nulidad, separación o divorcio debe ser registral. Si se inscribe constituye una carga que pesa sobre el inmueble. Si el derecho de uso no ha tenido acceso al Registro habrá de estarse a la fecha de constitución de la hipoteca.

## **8.2. EXCEPCIONES AL ART. 134 LH.**

La LH dispone que tan sólo subsistirán las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones<sup>482</sup>.

Hay que distinguir tres tipos de excepciones:

---

<sup>481</sup> SAP de Huelva, Sección 1.ª, de 28 de diciembre de 2010 (ROJ: SAP H788/2010).

<sup>482</sup> Art. 134 redactado por el número 9 de la Disposición Final 9.ª LEC.

### **8.2.1. Supuestos en que la inscripción de la hipoteca, pese a la literalidad del propio precepto, debe subsistir total o parcialmente.**

a) Hipoteca constituida en garantía de rentas o prestaciones periódicas.

El art. 157 LH permite al acreedor de las rentas o prestaciones ejecutar estas hipotecas utilizando el procedimiento sumario. El adquirente de los bienes gravados los adquiere con subsistencia de tal gravamen (la hipoteca) y con subsistencia de la obligación del pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento. Iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero, pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en los arts. 114 y 115, párrafo 1.º y 2.º LH.

La excepción a lo anterior sería el supuesto en que el rematante de la finca hipotecada fuera el propio pensionista. Es decir, si se celebra un contrato de renta vitalicia previsto en los arts. 1802 y ss. CC, por el que el hipotecante se obliga a pagar a su madre una pensión vitalicia. Se constituye hipoteca sobre una finca en garantía del pago de esas pensiones (de acuerdo con los arts. 157 LH y 248 RH). Si se produce el impago de la renta, se ejecuta la hipoteca y se adjudica la finca a la propia pensionista, evidentemente la obligación del pago de la pensión quedaría extinguida cuando se inscribiera la adjudicación<sup>483</sup>.

b) Existencia de otros títulos con igual derecho que los que sean base de la ejecución, que prevé el art. 155 LH. Deben subsistir las hipotecas

---

<sup>483</sup> La STS 3288/2010 de 18 de junio (Id Cendoj: 28079110012010100414 Sala de lo Civil), recoge este caso, estableciendo que al adquirir la madre la finca al finalizar el procedimiento de ejecución hipotecaria, se producen dos consecuencias: La primera, la extinción del derecho real de hipoteca, por consolidación, ya que al adquirir el derecho real pleno (la propiedad), se extingue el derecho real limitado, que es la hipoteca. La segunda consecuencia es la extinción de la obligación de pago de la renta por aplicación del art. 157 LH, ya que adquiere la finca con la obligación del pago de la renta de la que, a su vez, es acreedora. Esto es un supuesto de confusión, que como prevé el art. 1192 CC es causa de extinción de la obligación (ya que se reúnen en la misma persona la titularidad de acreedor y deudor).

correspondientes al valor total de dichos títulos, entendiéndose que el rematante las acepta y se subroga en ellas <sup>484</sup>

c) Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses. El art. 693.1 LEC establece que “si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviera satisfecha.

d) Hipoteca a favor de varios acreedores mancomunados, con atribución de cuotas por tanto. Cada acreedor puede ejercitar la acción real y la personal de forma autónoma para hacer efectivo su derecho. Si uno de ellos ejecutara la hipoteca correspondiente a su derecho, la inscripción sería objeto de cancelación parcial, subsistiendo en cuanto garantiza el derecho de los restantes acreedores (por aplicación del art. 227 RH).

e) Hipoteca constituida sobre la totalidad de los derechos integrantes del dominio del art. 217 RH. La ejecución de una carga que recae sobre uno de los derechos conjuntamente hipotecados origina la extinción parcial de la hipoteca en cuanto al derecho de que se trate. El art. 218 último párrafo RH establece el mismo efecto para la hipoteca unitaria sobre los diferentes pisos de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

F) Hipoteca con participaciones. En caso de impago por el deudor, el titular de las participaciones hipotecarias está legitimado, si la entidad emisora no inicia el procedimiento en los sesenta días hábiles desde el requerimiento notarial del pago de deuda, para ejercitar por subrogación la acción hipotecaria del préstamo o crédito participado en la cuantía correspondiente al porcentaje de su participación.<sup>485</sup> En éste caso queda subsistente la parte del crédito o préstamo no participado y las participaciones no ejecutadas como cargas preferentes,

---

<sup>484</sup> RDGRN de 20 de julio de 1999 (BOE 9 de agosto).

<sup>485</sup> Conforme el art. 31 del RD 716/2009 de 24 de abril por el que se desarrollan algunos aspectos de la Ley 2/1981 de 25 de marzo de regulación de mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

debiendo entenderse que el rematante las acepta y queda subrogado en la responsabilidad de las mismas. Por tanto no debe destinarse a su pago y extinción de estas cargas el precio de remate.

### **8.2.2. Las excepciones recogidas por el artículo 134 LH.**

Tal y como se mencionó anteriormente, son;

a) Las declaraciones de obra nueva y división horizontal posteriores, siempre que de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones.

Sin embargo, hay que tener en cuenta la mala redacción dada por este precepto porque, hay otros asientos que, como hemos visto, no deben ser cancelados a pesar de no tratarse de declaraciones de obra nueva ni división horizontal posteriores y porque las inscripciones de obra nueva pueden subsistir en ocasiones aunque la hipoteca no se extienda a ellas ni por ley ni por pacto. Efectivamente, el art. 110.1 LH se refiere a la extensión de la hipoteca excluyendo solo a las nuevas construcciones de edificios donde antes no las hubiera, pero no a las que ya existieran en el momento de constituirse la hipoteca.

Analizando el artículo 134 LH, se puede concluir que no es requisito previo para inscribir una hipoteca la previa inscripción de la construcción en el Registro (consecuencia de los arts. 358 y 359 CC).

Sin embargo, puede considerarse acertado, para evitar problemas en el futuro, hacer constar la existencia del edificio en la escritura, para que no haya duda sobre que tal vivienda se constituyó antes del otorgamiento de la escritura de hipoteca. En ese caso se produce la extensión del gravamen, mientras que si se construyó con posterioridad, no se produciría tal extensión del gravamen<sup>486</sup>.

---

<sup>486</sup> Las RDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987 (BOE 18 y 21 de noviembre) establecen la doctrina relativa a la extensión de la hipoteca a las construcciones, distinguiendo dos supuestos:

No obstante, se plantea otro problema al respecto, la cuestión referida a nuevas construcciones o elevación de edificios, cuando dichas mejoras hubieren sido costeadas por un tercero (tercer poseedor, se entiende)<sup>487</sup>.

Si se tuviera en cuenta solo el art 134 LH deberían cancelarse las inscripciones de las obras nuevas, pero la consecuencia sería que el rematante adquiere el inmueble hipotecado con todas las mejoras/construcciones costeadas por el tercer poseedor, por tanto, sin duda, se estaría ante un enriquecimiento injusto o sin causa, prohibido por la jurisprudencia<sup>488</sup> ya que no tiene una formulación normativa; primero, porque las mejoras no se han tenido en cuenta a la hora de valorar la finca a efectos de subasta, y segundo, porque el tercer poseedor tiene derecho a cobrar con preferencia el importe de lo gastado en las mejoras realizadas del precio de remate.

Sería un sinsentido cancelar la inscripción de la obra nueva y, siendo así, que entonces no coincidirían la realidad registral y extra registral, por lo que el adquirente debería promover de nuevo la inscripción de la edificación.

La RDGRN de 21 de diciembre de 2010<sup>489</sup> rechazó incluso la inscripción de un pacto de extensión de la hipoteca a nuevas construcciones por ser contrario al art. 112 LH, es decir, por no salvar la protección del tercero que establece este art; alegando el carácter no dispositivo y de orden público de la ejecución hipotecaria.

---

a) Si no hay pacto, la hipoteca se extiende a la elevación de los edificios, pero no a nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiere.

b) Si hay pacto, se extiende incluso a las nuevas construcciones.

En definitiva, la hipoteca se extiende, sin necesidad de pacto, a la elevación de edificios, pero no a nuevas construcciones, que solo quedarían sujetas a la hipoteca en virtud de pacto.

<sup>487</sup> Las Resoluciones, antes citadas, de 23 y 26 de octubre de 1987 (BOE 18 y 21 de noviembre), establece doctrina también en cuanto al supuesto de que la finca hipotecada parase a manos del tercer poseedor. En este caso, exista o no pacto, no será extensiva la hipoteca ni a la mejora que consista en la elevación del edificio ni a la que consiste en nueva construcción, ya que se trata de mejoras costeadas por el nuevo dueño.

<sup>488</sup> SS. TS 261/2015 de 9 de mayo (Id. Cendoj: 28079119912015100006 Sala de lo Civil); 8163/2011 de 7 de diciembre (Id Cendoj: 28079110012011100812 Sala de lo Civil).

<sup>489</sup> BOE 14 de febrero de 2011.



La jurisprudencia ha venido aplicando en estos casos la doctrina del enriquecimiento sin causa,<sup>490</sup> entendiendo que como ni la nueva construcción está incluida en la hipoteca, ni ha sido objeto de ejecución hipotecaria, ni el precio del remate comprende el valor de la misma, ninguna resolución judicial puede actuar como justa causa excluyente de la doctrina del enriquecimiento injustificado.

### **8.2.3. Otras excepciones.**

Existen otros supuestos, además de los mencionados anteriormente, en que tampoco procede la cancelación. En estos casos, el Registrador deberá decidir, ante un mandamiento de cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la de la hipoteca ejecutada, si cancela o no todos los asientos posteriores, debiendo expresar en caso negativo las razones que le llevan a realizar esa calificación. Estos supuestos serían los mismos que para la ejecución ordinaria, pero centrado en las especialidades relativas a la hipotecaria, deben analizarse los siguientes:

1.<sup>a</sup>) Llama la atención lo terminante del art. 674 LEC<sup>491</sup>, pues se ordena la cancelación de toda inscripción o anotación posterior, sin atenderse por el precepto a la compatibilidad o incompatibilidad de la inscripción o anotación posterior, con las precedentes.

Así, con el tenor literal del precepto, por ejemplo en el supuesto de que constaren inscritas dos hipotecas, cada una de ellas sobre una mitad indivisa diferente de una misma finca, la ejecución de la garantía de la primeramente inscrita

---

<sup>490</sup> Vid. SS. TS 7011/2005 de 18 de noviembre (Id Cendoj: 28079110012005100902 Sala de lo Civil); 8644/2007 de 7 de diciembre (Id Cendoj: 28079110012007101344 Sala de lo Civil).

<sup>491</sup> El art. 674 LEC, dispone textualmente en su número dos, párrafo segundo que “*Asimismo se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados*”.

habilitaría al adquirente para solicitar conforme al art. 674.2 apartado primero LEC la cancelación de la inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación junto a la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, inclusive la de hipoteca sobre la otra mitad indivisa de la finca, conforme al supra transcrito apartado segundo del número dos del mismo artículo, ya que la previsión normativa de dicho art. 674.2, segundo LEC no alude a la compatibilidad o no del asiento, sino tan solo atiende a su carácter de posterior y siendo nuestro sistema registral de folio real y debiéndose numerar los asientos relativos a cada finca de modo correlativo, según preceptúa el art. 372, apartado primero RH, la literalidad del 674.2, apartado segundo LEC conllevaría en el supuesto planteado la cancelación del asiento relativo a la hipoteca de la otra mitad indivisa de la finca.

De igual forma, en el caso de inscripción registral de la transmisión de la nuda propiedad de una finca, con acceso al Registro de la Propiedad tras la inscripción de la hipoteca de un derecho de usufructo de la misma finca, la ejecución y remate o adjudicación de la hipoteca sobre el usufructo, con la interpretación literal de la previsión cancelatoria LEC, conllevaría la cancelación del asiento posterior referido a la compraventa de la nuda propiedad.

La anterior interpretación se vería apoyada inclusive por la modificación que el texto del actual art. 674.2 párrafo segundo LEC supone respecto a su texto antecedente, incardinado en el art. 131 de la L.H., en su redacción anterior a la modificación operada por la Disposición Final Novena de la citada LEC, con una matización a la cancelación, perdida ahora, en la redacción vigente del art. 674 LEC. Así se recogía que *“Verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla 4.a, despachándose al efecto el oportuno mandamiento en el que se hará constar que se hicieron las manifestaciones expresadas en la regla 5.a, que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, y en el caso de*

*haber superado, que se consignó el exceso en el establecimiento público destinado al efecto, a disposición de los acreedores posteriores”.*

Con lo cual, puede apreciarse como en la anterior redacción del art. 131 LH la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca ejecutada, no era absoluta, sino que el artículo establecía para la misma una modulación (“en su caso”), mientras que dicha modulación ha sido omitida en el art. 674.2, párrafo segundo, LEC.

Esta supresión en la actual regulación legal de la anteriormente prevista modulación en cuanto a la cancelación de asientos posteriores, podría reforzar la interpretación estricta del precepto, en cuanto a la inexistencia de excepciones a la cancelación de inscripciones o anotaciones posteriores, inclusive aunque versaren sobre diferentes derechos sobre una misma finca. Sin embargo, esta interpretación tan estricta nos llevaría a unos resultados nada aceptables.

El problema que se apunta debe ser solucionado atendiendo a criterios sistemáticos que corrijan los efectos de una interpretación estrictamente literal. El precepto se haya incardinado en la sección que lleva por título “*De la subasta de bienes inmuebles*”, por lo que el legislador está pensando en la ejecución de un bien inmueble en su conjunto y con carácter pleno y no en supuestos de ejecución de derechos plenos parciales sobre cuotas del inmueble o derechos limitados sobre un bien inmueble. Es decir, la previsión del art. 674 LEC está pensada para el supuesto de ejecución de un derecho con carácter pleno sobre el íntegro bien inmueble objeto de la ejecución, así v. gr. la hipoteca sobre la propiedad del inmueble, cuya ejecución determinaría la propiedad del mismo para el adjudicatario, pero no para la ejecución de derechos plenos parciales como v. gr. la hipoteca de la mitad indivisa de un inmueble.

Por esta razón, si se aplica literalmente la previsión de cancelación de cargas posteriores recogida en el mencionado art. 674 LEC al caso de ejecución de una hipoteca sobre la mitad indivisa de una finca, inscrita antes del acceso al Registro de la Propiedad de la hipoteca, al sobrar la otra mitad indivisa de la propiedad de la misma finca, llevaría al absurdo resultado de exigir el precepto la cancelación

de la inscripción de dicha hipoteca sobre la otra mitad indivisa sobre la base de su carácter posterior a la de la inscripción de hipoteca que se ejecuta.

Esta interpretación del precepto es útil en otros casos análogos como la ejecución de derechos limitados, v.gr. la ejecución de una hipoteca sobre un usufructo, con posterior inscripción de la transmisión de la nuda propiedad, ya que la aplicación literal de la previsión normativa del art. 674 LEC, también tendría una consecuencia absurda, concretamente, que la ejecución de la hipoteca inscrita con anterioridad a la transmisión de la nuda propiedad conllevaría la cancelación de la inscripción de dicha transmisión de la nuda propiedad por exigirse la cancelación de *“todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656”* ex art. 674 LEC.

Otras consideraciones avalarían también esta interpretación, como es el ejercicio del derecho conforme a la buena fe<sup>492</sup> y excluyendo el abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo<sup>493</sup>. Todo lo cual nos lleva a afirmar que la previsión del art. 674.2 párrafo segundo LEC, debe interpretarse referida a aquellas inscripciones o anotaciones que recojan derechos incompatibles con el derecho objeto de ejecución y no con aquellas inscripciones o anotaciones de otros derechos plenos parciales (por cuotas) o derechos limitados, cuando lo que es objeto de ejecución no es el pleno derecho de propiedad sobre la totalidad del inmueble en cuestión.

2.ª) En virtud de los arts. 241 y 227 RH, los asientos que gocen de rango registral preferente en virtud de permuta o posposición de rango o del mismo rango que

---

<sup>492</sup> Como el art. 7 del C.C. que prescribe el ejercicio de los derechos conforme a las exigencias derivadas de la buena fe, ejercicio que contravendría la buena fe si conllevara la cancelación registral de derechos diferentes de aquel que es objeto de ejecución por una interpretación literal de la previsión de cancelación de todas las anotaciones o inscripciones posteriores a las que se ejecuta que recoge la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>493</sup> Asimismo una actuación de ese tipo, supondría un supuesto de abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, proscrito también por el art. 7.2 del C.C., ya que se expulsarían del Registro de la Propiedad derechos de pacífica coexistencia con el derecho objeto de ejecución, por ser diferentes.

la hipoteca que se ejecuta ya que se consideran preferentes aunque sean posteriores a ella. Sin embargo, deberán ser cancelados los asientos anteriores cuyo rango haya quedado pospuesto al de la inscripción de la hipoteca (frecuentemente a través de condiciones resolutorias previas).

El rango registral viene dado por la fecha del asiento de presentación, de tal manera que el principio de prioridad registral impide dar rango preferente a un título presentado con posterioridad a otro título ya inscrito, como también impide reponer el rango registral de los asientos cancelados<sup>494</sup>. Sin embargo, la posposición de una hipoteca a otra posterior puede ser consecuencia de una negociación entre los titulares de ambas hipotecas, o consecuencia de un negocio jurídico unilateral, por voluntad del titular de la hipoteca que se pospone<sup>495</sup>.

El dato fundamental es el rango registral que corresponde a cada asiento (más que el orden en que han sido extendidos). El art. 227 RH es importante a estos efectos, porque considera preferentes a estos efectos las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor. Corresponde decidirlo al Registrador, pero estoy con Rivas Torralba<sup>496</sup> en cuanto a que no parece de recibo que accedan al Registro posposiciones que afecten a la hipoteca ejecutada, salvo que sea puesto en conocimiento del tribunal que tramita la ejecución y dado traslado a todos los posibles afectados (tercer poseedor o titulares de cargas intermedias), conste el consentimiento de todos ellos.

3.<sup>a</sup>) La ampliación o novación de hipoteca es un supuesto bastante curioso, que puede darse cuando un Registrador califique negativamente un mandamiento solicitando certificación de cargas, constando dos hipotecas a favor de la misma entidad, una primera por una determinada cantidad y tras inscripciones intermedias, una segunda por otra cantidad (ampliando la anterior).

Llama la atención porque el 80% de las ejecuciones hipotecarias de las que he sido responsable tenían estas circunstancias, sin embargo ningún impedimento ponía

---

<sup>494</sup> Cfr. RDGRN de 26 marzo de 1999 (BOE 23 de abril).

<sup>495</sup> Cfr. RDGRN de 4 de noviembre de 2000 (BOE 19 de diciembre).

<sup>496</sup> RIVAS TORRALBA, R. Aspectos registrales del proceso...ob. cit., pág. 593.

el Registrador para su ejecución considerando que se ejecutaban las dos, a pesar de que registralmente se trate de dos hipotecas.

En relación con el rango registral y cuál debe atribuirse a las inscripciones de ampliación de hipoteca, existen dos hipotecas distintas, cada una con su rango. En virtud del art. 144 LH debe inscribirse en el Registro todo hecho o convenio entre las partes que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior.

La novación del contrato, sin duda, modifica esa eficacia. Así, se distinguen dos momentos. Uno anterior al acceso registral de la modificación o novación y otro posterior a ese acceso, que tiene eficacia a partir de esa inscripción y además por la nueva cantidad garantizada. Por tanto, la ampliación o novación de hipoteca es una nueva hipoteca. El problema es la existencia de cargas intermedias, porque la ampliación no puede perjudicarlas.

Es importante determinar la hipoteca que se ejecuta, si la primera o la ampliación de ésta, porque las consecuencias son bien distintas: Si se ejecuta la primera, su titular solo tendrá preferencia para el cobro con cargo al precio de realización por las cantidades inicialmente garantizadas pues en cuanto al exceso serán preferentes para el cobro los titulares de aquellas cargas intermedias, y solo en la medida en que haya sobrante de éstas, podrá aplicarse al crédito ampliado de la segunda hipoteca (de la hipoteca ampliada).

Si se ejecuta la segunda su titular cobrará atribuyéndose el precio a la ampliación del crédito, pero la primera hipoteca, al igual que todas las cargas intermedias quedarán canceladas porque todas serán anteriores a la hipoteca ejecutada. No habrá obstáculos si se determinó con precisión cuáles son las nuevas responsabilidades objeto de garantía. Es decir, en el Registro debe quedar perfectamente determinado, por separado, el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, tanto del primer préstamo, calculado por tanto en función del tipo de interés inicial, como de la parte ampliada de ese préstamo, calculado en función del tipo de interés de ese segundo momento.

4.<sup>a</sup>) Las anotaciones de demanda de nulidad de la hipoteca ejecutada o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, siempre que sean anteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas (art. 131 LH).

La consecuencia de este artículo es que las cargas posteriores deberán ser canceladas, pero tales cancelaciones quedan sujetas a las consecuencias que la demanda anotada tenga respecto de la hipoteca ejecutada (*v. gr.*, si se declara la nulidad de la hipoteca habría de cancelarse también la adjudicación alcanzada así como las cancelaciones que la ejecución hubiera motivado)<sup>497</sup>.

Tradicionalmente este artículo ha sido muy criticado por los autores<sup>498</sup> alegando que no deja de ser sorprendente esta regulación legal. Parece correcta esta crítica, porque el supuesto de que el ejecutado se oponga a la ejecución no da lugar a anotación preventiva, sin embargo si lo produce el hecho de que el ejecutado acuda a un procedimiento declarativo interesando la nulidad. Además no tiene mucho sentido permitir la anotación de una demanda si a continuación se anula su eficacia disponiendo su cancelación, sin olvidar que la sentencia que declare la nulidad de la hipoteca no será efectiva frente a tercero protegido por el art. 34 LH y ese tercero fácilmente puede aparecer si el adjudicatario transmite el inmueble, pudiendo negársele la protección del art. 34 LH, solamente en el caso que existiera anotación preventiva de la demanda, pero el supuesto criticado es que la oposición del ejecutado no produce ese efecto de anotación, por lo que el art. 34 LH despliega todos sus efectos<sup>499</sup>.

---

<sup>497</sup> Cfr. RDGRN de 11 de mayo de 2001(BOE 19 de junio).

<sup>498</sup> Vid. CARBONELL LLRENS C.: La ejecución hipotecaria: presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales, en «La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Estudios de Derecho Judicial, Edit. Consejo General del Poder Judicial, n.º 31-2000, Madrid, 2000; RAMÓN CHORNET J.C. La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC de 2000. Año n.º 77, N.º 663, 2001 págs. 123-212.

<sup>499</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. La usura. Evolución histórica y patología de los intereses. Edit. Dykinson Madrid 2010 pág. 122 Critica la figura del subadquirente negándole la protección de la buena fe registra del art. 34 LH. Aun siendo la enajenación en sí misma válida y no habiendo fraude, siempre podrá entenderse que el subadquirente no tenía buena fe. Esa mala fe se concreta

5.<sup>a</sup>) Las inscripciones de excesos de cabida<sup>500</sup>, evidentemente no deben ser canceladas ya que la hipoteca se extiende a éstos aun constanding en el Registro con posterioridad a la inscripción de ésta.

6.<sup>a</sup>) Las inscripciones de servidumbres cuando la finca hipotecada sea predio dominante, ya que si la finca hipotecada fuera el predio sirviente procedería la cancelación de tal inscripción.

Puede parecer razonable que en el caso de las inscripciones de servidumbres posteriores a la hipoteca cuando la finca hipotecada sea predio sirviente, aquellas deban ser canceladas siempre que el titular de la servidumbre haya sido notificado de la existencia del procedimiento. Sin embargo, la DGRN habla de consentimiento del titular del predio dominante o en su defecto que se hubiera pactado la cancelación en el título constitutivo de la servidumbre<sup>501</sup>.

Es criticable el criterio de la DGRN porque si consta en el procedimiento la notificación al titular de la servidumbre, consta el conocimiento por el mismo de la existencia de la ejecución que producirá la transmisión de titularidad del

---

en que al tiempo de la adquisición conocía o debía conocer por los datos registrales (existiendo anotación preventiva de demanda) la posibilidad de invalidación del derecho de su transmitente.

<sup>500</sup> Unánimemente se considera que la inscripción del acta notarial y, por tanto, del exceso de cabida están sujetas al requisito de que el Registrador aprecie que la finca inscrita y aquella respecto de la que el notario ha efectuado el acta son la misma y no han existido, como es habitual en el devenir del tiempo agrupaciones encubiertas, como expresamente disponen el artículo 298 número 3 párrafo quinto del Reglamento Hipotecario y artículo 53 apartado 8 de la Ley 13/1996, utilizando el primero la expresión "en todos los caso". Dichos artículos vienen a exigir la concordancia entre la descripción registral (excepto la superficie) y la descripción del acta. Si esto no ocurriera, tal circunstancia sólo se podría salvar con un estudio detallado del cambio de linderos y denominación del lugar de situación o mediante un cotejo de los planos catastrales actuales y los vigentes al tiempo de inmatricularse la finca.

<sup>501</sup> Así se refleja en la RDGRN de 13 de Julio de 2007 (BOE de 3 de Agosto de 2007) Se solicita en escritura la cancelación de una servidumbre de paso por el titular del predio sirviente "*por haber desaparecido la necesidad de paso que justificó su constitución*". Se suspende la cancelación por falta del consentimiento del titular del predio dominante, alegando el art. 82 LH. Se recurre alegando el art. 568 CC pues la servidumbre se ha extinguido dado el planeamiento urbanístico existente, pero la DGRN confirma la nota de calificación sobre la base del art. 82 LH y el art. 24 de la CE, diciendo que la única forma en que pudiera cancelarse sin dicho consentimiento sería que se hubiere pactado así en el título constitutivo de la servidumbre.



predio sirviente, por lo que si nada manifiesta al respecto podría entenderse que no tiene interés en que tal servidumbre tenga continuidad.

7.<sup>a</sup>) Las inscripciones derivadas de proyectos de equidistribución, ya que éstas son irreversibles. Estos proyectos son los instrumentos técnicos-jurídicos en los que, dentro de una unidad de ejecución:

a) se fijan los terrenos de uso y destino comunitario;

b) Se fijan los terrenos edificables;

c) se materializa la distribución de beneficios y cargas; y

d) se reordenan las fincas mediante la desaparición de las antiguas fincas y la creación de las nuevas.

Estos instrumentos son distintos en los diferentes sistemas<sup>502</sup>, y su contenido tiene dos aspectos esenciales:

- El primero, la equidistribución, que es considerado un principio rector del urbanismo por la jurisprudencia<sup>503</sup> porque es concreción del principio de igualdad del artículo 14 CE, ya que no tiene el mismo valor un suelo edificable que uno destinado a dotaciones, sistemas generales, etc. Para corregir esta desigualdad se distribuyen los beneficios y cargas derivadas de la actuación urbanística entre los propietarios afectados<sup>504</sup>.

---

<sup>502</sup> En el sistema de cooperación, el instrumento es la reparcelación, que puede ser elaborado por el Ayuntamiento o por los propietarios, si éstos presentan un proyecto que aquél apruebe. En el sistema de compensación, el instrumento es el proyecto de compensación, elaborado por la Junta de Compensación.

<sup>503</sup> Vid. SS. TS 3745/2014 de 21 de julio (Id Cendoj: 28079110012014100441 Sala de lo Civil); 3169/2014 de 15 de julio (Id Cendoj: 28079110012014100395 Sala de lo Civil); 2822/2014 de 13 de junio (Id. Cendoj: 28079110012014100323 Sala de lo Civil).

<sup>504</sup> En la actual LS, el artículo 8.1.c) se refiere al “*régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios de fincas afectados en proporción a su aportación*”.

- El segundo, la reordenación de la propiedad: hay una nueva configuración física de los terrenos afectados, y se determinan los terrenos de uso público dotacional y los edificables.

Por ello, los efectos de estos instrumentos, comunes a todas las modalidades (conforme al art. 17. de la LS) sería el reparto de la titularidad de las nuevas fincas entre la Administración, los propietarios y los terceros<sup>505</sup>.

El RD 1093/1997 de 4 de julio indica que, para su inscripción, hay que fijar el límite máximo de que responda cada finca en la cuenta de liquidación provisional de los gastos de urbanización y el porcentaje en que participará en la cuenta de liquidación definitiva. Pero quizá el aspecto más problemático sea la situación de las cargas anteriores. De hecho, el primer trámite en el procedimiento de elaboración de estos instrumentos es practicar en el Registro de la Propiedad la nota marginal de iniciación del procedimiento sobre cada una de las fincas afectadas, con lo que se cumple una doble función: 1) Notificar a los titulares posteriores de la existencia de un procedimiento urbanizador, y 2) servir de publicidad-noticia para los adquirentes posteriores, que no están protegidos por la fe pública registral.

Las cargas anteriores a la finca, si son incompatibles se extinguen y se cancelan registralmente. Para ello debe notificarse a los titulares de los derechos y cargas y que se pague por el propietario la indemnización correspondiente y las compatibles, por regla general, subsisten y se trasladan a las fincas nuevas.

Con respecto a las cargas posteriores a la nota marginal (como podría ser la hipoteca), su existencia se justifica en que las facultades dispositivas del titular no resultan afectadas por la inclusión de la finca en un procedimiento de equidistribución.

---

<sup>505</sup> En pleno dominio libre de cargas a la Administración, en proporción a su aportación a los propietarios y con respecto a los terceros, La LS, en su art. 17.5, habla de reparto a favor de los promotores de la actuación, cuando sea retribuido mediante la adjudicación de parcelas incluidas en ella.

8.<sup>a</sup>) Las anotaciones preventivas basadas en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución. Dentro de las anotaciones preventivas (representativas de otro asiento, relativas a los derechos en litigio o formación, en función de garantía o de valor negativo) merecen especial mención las segundas también denominadas anotación preventiva de demanda, permitiendo solicitarla a quien demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.

El período de vigencia de la anotación preventiva de demanda es de cuatro años prorrogable por un plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento. Y esto es así desde la entrada en vigor LEC, ya que bajo la vigencia de la ley anterior las anotaciones preventivas no caducaban, de tal manera que es importante tener en cuenta que la carga inscrita antes de la entrada en vigor de la vigente LEC seguirá subsistente. Sin embargo, incluso transcurridos los referidos ocho años, la caducidad de la anotación preventiva de demanda no se produce de forma automática: Las anotaciones preventivas ordenadas por la Autoridad judicial no se cancelarán por caducidad, después de vencida la prórroga, hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubieren sido decretadas, en virtud del art. 174 RH.

Durante la fase de pendencia del correspondiente proceso judicial, la anotación preventiva de demanda destruye la posible eficacia de la fe pública registral respecto de terceros adquirentes posteriores al asiento de la anotación preventiva, sin, obviamente, limitar la capacidad transmisiva del titular registral.

Una vez dictada la sentencia firme, sus efectos sobre la anotación preventiva de demanda son, por supuesto, radicalmente distintos según el sentido del fallo: La desestimación de la demanda, desde el punto de vista hipotecario, implica naturalmente la pérdida de fundamento y consiguiente cancelación de la anotación preventiva y, por tanto, los derechos inscritos con posterioridad a su toma de razón dejan de tener los pretendidos derechos que el demandante pretendía. Los efectos de la sentencia estimatoria serán naturalmente los que

determine ésta. Se practicarán las inscripciones o cancelaciones que se ordenen en la sentencia firme, dando por hecho que los asientos anteriores a la anotación preventiva no pueden resultar afectados.

9.<sup>a</sup>) Las anotaciones preventivas que, reflejando situaciones concursales, se hayan extendido con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Ya hice referencia a las situaciones concursales del ejecutado con anterioridad, análisis al que me remito.

10.<sup>a</sup>) la inscripción de la hipoteca del derecho del rematante, no solo subsiste sino que se convertirá en hipoteca sobre la finca cuando ésta se inscribe a favor de aquél (art. 107.12 LH).

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La labor calificadora del Registrador es fundamental, ya que las cláusulas que conforman la escritura de constitución de hipoteca pueden tener trascendencia real (por su vinculación a terceros) y obligacional, pero en cualquier caso fijan los términos de la ejecución hipotecaria, de ahí la importancia del sistema de inscripción, que no transcripción, limitando la autonomía de la voluntad de las partes no solo conforme a lo dispuesto en el propio art.1255 CC, sino también por la aplicación de la normativa comunitaria y nacional relativa a la protección de los consumidores.

**SEGUNDA.-** Al incorporarse las cláusulas abusivas, tan presentes en los contratos de créditos garantizados con hipoteca, a las causas de oposición que el ejecutado puede hacer valer en el procedimiento, las declaraciones judiciales de nulidad por considerarlas abusivas proliferan y como tienen la consideración de condiciones generales de la contratación se inscribirán en el correspondiente Registro como abusivas y ello determinará que los Registradores las califiquen negativamente, pero igual de importante o más, ya que adelanta la protección al consumidor, es la calificación negativa de las cláusulas nulas por imperativo legal, o de aquellas que pudieran tener tal consideración aún no habiendo sido declarada judicialmente su carácter abusivo. La incorporación normativa de la posibilidad de control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas no solo en este procedimiento de ejecución hipotecaria sino en todos los procedimientos ejecutivos supone un avance importante, cuyas consecuencias favorables apreciaremos en los próximos años.

**TERCERA.-** .La crisis económica ha incidido en la multiplicación de los concursos no sólo de las personas jurídicas, sino también de las físicas. La problemática generada por estas situaciones ha tenido que ser resuelta por el legislador a través de la modificación de la Ley Concursal, poniendo fin a las controversias existentes entre los Juzgados sobre la declaración de los bienes hipotecados como afectos o no a la actividad mercantil del ejecutado. Sin duda en este punto los Registradores han tenido mucho más claras las cosas denegando la expedición de la certificación de cargas hasta que no se aportara el auto del Juez concursal.

**CUARTA.-** El precio y el domicilio son los dos requisitos que ineludiblemente deben constar en la escritura de hipoteca, si se quiere tener la opción procesal de acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria. Se trata de una comprobación judicial en el caso del precio, ya que el Registrador habrá podido inscribir la escritura sin que conste el mismo y ello porque no le interesa a efectos de calificación la opción procesal que el acreedor pueda elegir posteriormente para reclamar el pago de su crédito. Sin embargo el elemento del domicilio requiere una previa comprobación y por tanto calificación registral, porque en principio impediría que se cumpliera con la obligación judicial de requerir y notificar al ejecutado, sin olvidar las últimas sentencias del Tribunal Constitucional al respecto que parecen atribuir a los órganos judiciales encargados de la ejecución una actividad investigadora.

**QUINTA.-** La inscripción de la cesión no tiene carácter constitutivo, por lo que no puede mantenerse como requisito de procedibilidad en la ejecución hipotecaria, es decir no afecta a la legitimación activa, no obstante es requisito imprescindible para la inscripción del nuevo titular registral (continuación del tracto).

**SEXTA.-** El concepto del tercer poseedor induce a error puesto que no se refiere al poseedor del inmueble sino al adquirente, después de constituida la hipoteca, del mismo. Puede instar la celebración de la subasta, pero no intervenir en ella y por supuesto puede liberar el inmueble. Distinta es la figura del rematante que adquiere la finca al ejecutar una hipoteca. Como subsisten las cargas anteriores, si posteriormente, se ejecuta una hipoteca inscrita con anterioridad, el anterior rematante será tercer poseedor en éste segundo procedimiento de ejecución hipotecaria, con las consecuencias que esto implica, como son: no intervención en la subasta, no intervención como cesionario del remate.

Lo importante para el tercer poseedor es que inscriba su derecho en el Registro, ampliando, de esta manera, la protección de su derecho.

**SÉPTIMA.-** La opinión mayoritaria sobre la adquisición del dominio en el procedimiento de ejecución hipotecaria considera que se produce en el momento en que el Decreto de adjudicación alcanza firmeza, pero esta conclusión deja sin resolver cuestiones como el supuesto del rematante que consigna antes de adquirir el dominio del inmueble, o el momento del pago de los correspondientes impuestos, complicándose aún más la determinación de ese momento en los casos de cesión de crédito y cesión de remate, cuestiones ,todas ellas, que no animan a los particulares a tomar parte en las subastas, aunque las sucesivas reformas legislativas en la materia tiendan a favorecerlo, a lo que debe unirse la tardanza por parte de los Juzgados en entregar la posesión del inmueble al adjudicatario.

**OCTAVA.-** Los supuestos de cesiones de remate a favor de fondos de titulación, en los cuales no se produce entrega de ninguna cantidad puesto que esa garantía hipotecaria ya pertenecía a los mencionados fondos (de hecho es el requisito para poder ser cesionarios) plantea dos cuestiones, primera en cuanto al precio de remate, nada impide que el cesionario entregue al cedente una

cantidad inferior o superior al precio de remate, lo importante es hacerlo constar en el Decreto de adjudicación para que el Registrador pueda aplicar en cuanto al exceso la tributación que corresponda (la cantidad entregada como precio de remate no tributa, pero si lo que exceda de esa cantidad) y segundo la propia figura de los fondos, entes sin personalidad jurídica a los que la ley permite adquirir el dominio de inmuebles hipotecados en garantía de un crédito, siempre que ese crédito esté aportado por el ejecutante a dicho fondo.

**NOVENA.-** Otras formas de realización del bien son posibles, el convenio de realización o la realización por persona o entidad especializada, pero no son habituales en la práctica. Las razones son diversas, en cuanto al convenio de realización, dificulta su utilización la actuación de los Registradores que han venido calificando negativamente la cancelación de cargas (por lo que no permiten que el convenio tenga efectividad frustrando el objetivo fundamental de la ejecución) basándose en que es necesaria la conformidad expresa del artículo 640.3 LEC, que no basta con su notificación. También podría apuntarse como causa del olvido de estas otras formas de realización que podrían ser más beneficiosas para el ejecutado, el propio desconocimiento de las partes, o mejor del deudor, ya que el auto despachando ejecución no advierte la posibilidad.

**DÉCIMA.-** La función calificadoras del Registrador en el procedimiento de ejecución hipotecaria se manifiesta principalmente en el artículo 132 LH, aunque no únicamente, también es fundamental con respecto al mandamiento de cancelación de hipoteca y cargas posteriores. La regla general de cancelación establecida legalmente tiene excepciones, algunas recogidas expresamente por la LH y otras no, dentro de las mismas destacan los arrendamientos. En definitiva, la actividad registral está en íntima conexión con la procesal en este tipo de procedimientos, de tal manera que esta última no se entiende sin la primera, para volver a encontrarse ambas en un momento posterior, ante la calificación negativa, en el juicio verbal del art. 328 LH.



## BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M. La ejecución dineraria. Cuestiones conflictivas. Editorial Sepín, Madrid, 2009
- ACHÓN BRUÑÉN, M. Tratado práctico de ejecución forzosa. Editorial Sepín, Madrid, 2012
- ADÁN DOMÉNECH, F. “La práctica forense de la ejecución hipotecaria. Respuestas a sus principales problemas de aplicación” Revista internacional de estudios sobre derecho procesal y arbitraje, n.º 3-2008 [www.riedpa.com](http://www.riedpa.com)
- ADÁN DOMENECH, F. La ejecución hipotecaria. Editorial Bosch. Barcelona, 2008
- ADÁN GARCÍA, MARÍA EMILIA, La ejecución directa de los bienes hipotecados. Un procedimiento de base registral. “Manuales de formación continuada”, número 50/2009, Madrid, CGPJ.
- AGÜERO ORTIZ, A. Notificar en el domicilio registral puede producir indefensión. La deriva del sistema registral de notificación”. Centro de Estudios de Consumo [www.uclm.es](http://www.uclm.es)
- AGUILERA ANEGÓN, G. Calificación registral de mandamientos de embargos de bienes inmuebles”. Diario La Ley n.º 6467, 21 de abril de 2006.
- ALBADALEJO GARCÍA, M. La hipoteca unilateral (Publ. en el anuario de derecho civil). Librería A & M Jiménez Madrid 1950
- ALBADALEJO GARCÍA, M. Derecho Civil T.II, 11.ª ed, Bosch Barcelona 2002.

- ALBADALEJO GARCÍA, M. Comentarios al C.C. y Compilaciones Forales. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 2001.
- ALBIEZ DOHRMANN. K.J. El pago por tercero, en Extinción de obligaciones. Cuadernos de Derecho Judicial, XXVI. Madrid 1996.
- ALBIEZ DOHRMANN K. J. Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Volumen 1. Editado por Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Editum. Madrid 2004.
- ALMENAR BELENGUER, M. “La ejecución dineraria: disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes. Requisitos y efectos. El aseguramiento del embargo”. La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios de derecho Judicial n.º 31, CGPJ, Madrid 2000.
- ALFARO AGUILA-REAL, J. Diario La Ley, 1987, tomo 2
- ÁLVAREZ OLALLA M. P. “La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario” Ed. Comares. Granada 1999
- ÁLVAREZ OLALLA M. P. Ejecuciones hipotecarias y enriquecimiento injusto. 14 de mayo de 2015. [www.hayderecho.com](http://www.hayderecho.com)
- ANDINO AXPE, L. F. “La realización forzosa de bienes embargados en la nueva LEC. La liquidación de intereses”. Diario LA LEY, n.º 5598, sección doctrina, 30 de julio de 2002
- ARIJA SOUTULLO, C. “El tercer adquirente de bienes hipotecarios” Tirant Lo Blanch. Valencia 2002.
- ARROYO MARTÍNEZ, I, y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Editorial Tecnos. Madrid 1999.
- ASÍS SERRANO CASTRO, DE. F. Vivienda familiar y cargas del matrimonio. Edit. El Derecho. Madrid 2010.

- ÁVILA NAVARRO. La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, RCDI, n.º 657, enero 2000.
- AZOFRA F. y SONJA M. La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, RCDI n.º 688, marzo-abril 2005
- BAENA RUIZ, E. (Las partes en el proceso del art. 131 LH. Especial referencia al ejecutado y a su régimen jurídico. Intervención de terceros. N.º 23 Estudios de Derecho Judicial, CGPJ 1999)
- BALAREZO FORTINI, J.R. Efectos frente a terceros de las anotaciones preventivas emanadas de mandamientos judiciales [www.derecho.uspm.es](http://www.derecho.uspm.es)
- BALLUGERA GÓMEZ C. Combatir las cláusulas abusivas, [www.notarios y registradores.com](http://www.notarios y registradores.com)
- BALLUGERA GÓMEZ C. Condiciones generales de la Contratación y Registro de la Propiedad” en Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, n.º 7, 2005.
- BAÑÓN GONZÁLEZ, A. M. Alcance de la calificación registral en los casos de adjudicación al acreedor y cesión de remate. Cesión de remate a favor de los fondos de titulación hipotecaria. Fusión o sucesión universal de la entidad acreedora. Fiscalidad de la adjudicación al ejecutante o al cesionario.[www.sisej.com](http://www.sisej.com)
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Editorial Aranzadi, S.A., Segunda Edición, Pamplona, 1997.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentarios a la LCGC, Cizur Menor, Navarra, 2001.
- BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, J. J. “Razones por las que no debe inscribirse el pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca por enajenación o arrendamiento indiscriminados de la finca hipotecada, aún después de la

Ley de reforma Hipotecaria 41/2007 de 7 de diciembre”. Boletín Colegio de Registradores, n.º 141.2008.

BERNARDO PÉREZ, I. C. Las dificultades en la realización de los bienes embargados por persona o entidad especializada. *Práctica de los Tribunales*, n.º 22, 2005.

— El convenio de realización: su falta de aplicación práctica. *Práctica de los Tribunales*, n.º 22, 2005.

— El alcance de la notificación por el Registrador a los acreedores posteriores: S. TC 6/2008, Sala 2.º del tribunal Constitucional. *Práctica de los Tribunales*, n.º 49, 2008.

— La realización del bien por persona especializada en el Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación procesal para la implantación de la Oficina Judicial. *Práctica de los Tribunales*, n.º 64, 2009.

— La cesión de remate o de la adjudicación: tiempo y cantidad. *Práctica de los Tribunales*, n.º 85, 2011.

BLANCO GARCÍA, A. I. “Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n.º 7/2013.

BLANCO PULLEIRO, A. Preguntas y respuestas. Volumen III: Anotaciones preventivas, Embargos, Hipoteca. Editorial Comares, Granada 2014.

BLASCO GASCÓ, F. La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario, Valencia 2000.

CABA TENA, A. “La consideración de los inmuebles en fase de construcción como bienes afectos a la actividad empresarial de las promotoras en concurso” [www.legaltoday.com](http://www.legaltoday.com)

CACHÓN CADENAS, M. “Apuntes de ejecución procesal civil” Universidad Autónoma de Barcelona. Servicio de publicaciones. Bellaterra 2001.

CACHÓN CADENAS, M. y PICÓ I JUNOY. Ejecución civil: problemas actuales. Edit. Atelier. Barcelona 2008.

- CAICEDO FERNÁNDEZ-VEGA, F. J.: Las subastas de Hacienda, en “Las nuevas subastas públicas. Cómo comprar en una subasta”, coordinado por M. J. Cacho, Gesinar Servicios Inmobiliarios, Madrid, 2001
- CALVO GONZÁLEZ-VALLINA J.” Las cláusulas de la hipoteca, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España”. Madrid, 2006.
- CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B. “Comentarios a la legislación hipotecaria” Tomo II. 2.<sup>a</sup> ed. Ed. Aranzadi. Pamplona 1975.
- CARBONELL LLORENS, C. La ejecución hipotecaria. Presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales. 2.<sup>a</sup> parte. Estudios de Derecho Judicial n.º 292 CGPJ, Madrid 2000
- La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Estudios de Derecho Judicial n.º 31 Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- CARRETERO PEÑA, C. Jornadas sobre ejecución hipotecaria. 26 de enero de 2012. Valencia [www.sisej.com](http://www.sisej.com)
- CASADO COCA, P. La interpretación del artículo 144 RH en relación con la ejecución de bienes gananciales. Revista jurídica La Ley. T.1, 1984.
- CASADO ROMÁN, J. Los procedimientos de ejecución hipotecaria tras el Real Decreto Ley 8/2011. Diario La Ley n.º 7697, Sección Tribuna, 19 de septiembre de 2011, año XXXII, La Ley.
- CASAS ROJO, J.C. Calificación de cláusulas de vencimiento anticipado en las hipotecas. El Consultor Inmobiliario n.º 124, junio 2011, y en Diario La Ley n.º 7655, 20 de junio de 2011.
- CASERO LINARES, L. Los procesos civiles, GARBERÍ LLOBREGAT, J. dtor Edit. Bosch .Barcelona, 2010.

- CASTILLA BAREA, M. Doble venta en subasta judicial. Comentario a la STS de 4 de noviembre de 2005. CCJC n.º 72, 2006.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. El nuevo planteamiento jurisprudencial de los arts. 1473 CC 34 LH (revisión crítica SSTs, Sala 1.ª, de 5 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008). Diario La Ley n.º 7080, 19 de diciembre de 2008.
- CERRATO GURI, E. La ejecución civil privada: realización por persona o entidad especializada. [www.tesisenred.net](http://www.tesisenred.net)
- CHORNET R. La oposición a la ejecución hipotecaria, Curso sobre la ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, organizado por CGPJ y CNRP, celebrado en Madrid del 18 al 20 de octubre de 2000
- CLEMENTE MEORO, M. E. “El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente”. Revista general del derecho n.º 579, 1992.
- COMPRAVENTA INMOBILIARIA. Grupo Editorial El Derecho y Quantor. Madrid 2010.
- CORDÓN MORENO, F. El proceso de ejecución. Colección Monografías Aranzadi. Pamplona. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002.
- Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Vol. II, Aranzadi. Pamplona 2011.
- “Proceso concursal”, Pamplona, Aranzadi, 2013.
- CUÉLLAR MARÍN. Tracto sucesivo y legitimación activa en los procesos de ejecución, BCRE n.º 29, agosto 1997.
- CUMELLA DE GAMINDE. Alteraciones en la configuración física de las fincas hipotecadas: consecuencias al ejecutar la hipoteca e inscribir la adjudicación. Art. 112 LH, en Curso sobre Cuestiones procesales y registrales en la Ejecución hipotecaria, CGPJ, Madrid 1999.

- DE LA OLIVA SANTOS, A, Curso de Derecho Procesal Civil I, Ed. Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2012.
- DE LA RICA ARENAL, R. Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas. RCDI T. XXXI, 1958.
- DE LA SERNA BOSCH, J. La subasta judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Barcelona, 2010 y 2.º ed. Bosch, Barcelona, 2012.
- DÍAZ FRAILE, J.M. Ejecución judicial sobre bienes hipotecados. Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad, 2000
- DÍAZ FRAILE, J. M. La eficacia del procedimiento de ejecución hipotecaria como garantía jurídica del mercado secundario. Anales, núms. 2007-2008, 2009.
- “La doctrina de la DGRN sobre la Ley 17/2013 de 14 de mayo. Primera parte la constitución de la hipoteca” Estudio de la RDGRN de 29 de octubre de 2013 (BOE 22 de noviembre). [www.registradoresdemadrid.org](http://www.registradoresdemadrid.org)
- DIÉGUEZ OLIVA, R. La cesión de remate en las ventas judiciales y la figura del negocio para quien corresponda. Comentario a la STS de 8 de febrero de 2005. RdP n.º 17, 2006-2.
- DÍEZ GARCÍA H. Recargas hipotecarias e hipotecas recargables. Edit. Reus. Barcelona , 2012
- DÍEZ -PICAZO, L. Y PONCE DE LEÓN, L. Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Tomo III, 5.ª Ed. Thomson –Civitas, 2008 y Ed. Madrid 2012.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. Códigos de conducta y préstamos hipotecarios, Edit. Dykinson. Madrid, 2014.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y TORIBIOS FUENTES, F. Ejecución hipotecaria de vivienda (rehabilitación del préstamo y enervación de la acción) Edit. Lex Nova. Madrid, 2010.

- ESPINOSA JOVER, M. Publicado en DERECHO Y PROCESO. Estudios jurídicos en honor al Prof. A. Martínez Bernal. UNIVERSIDAD DE MURCIA 1980.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. Derecho Procesal Civil, T. IV., 3.<sup>a</sup> ed., Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. (coord.), Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 3 vols., Iurgium Editores-Atelier, Barcelona, 2000.
- FIDALGO BLANCO, J.: Las subastas de la Seguridad Social, en “Las nuevas subastas públicas. Cómo comprar en una subasta”, coordinado por M. J. Cacho, Gesinar Servicios Inmobiliarios, Madrid, 2001.
- FÍNEZ, J.M., Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos (F. Pantaleón Prieto), Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995.
- FRANCO ARIAS, J. El procedimiento de apremio, Barcelona, 1987.
- Comentarios a los arts. 634 a 680 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en AA.VV., Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Lex Nova, Valladolid, 2000, III.
- FUENTES LOJO, J.V., Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos. Tomo I, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1996.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. “Proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil” Civitas Ediciones S.L. 5.<sup>a</sup> Ed. Madrid 2013
- Introducción al nuevo proceso civil, volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos, en A.A.V.V.” (dirigido por García de Enterría, E./González Campos, J. D./Muñoz Machado, S.), Tratado de Derecho Comunitario



- europeo. Estudio sistemático desde el derecho español, t. I, Civitas, Madrid, 1986.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca, Civitas, Madrid 1994.
- ¿Quién debe notificar al tercer poseedor en la ejecución hipotecaria? ¿El Juez o el Registrador? BCRE n.º 291, primera quincena diciembre 2000.
  - Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil, 29 ed., Madrid 2008.
  - Código de Legislación Inmobiliaria Hipotecaria y del Registro Mercantil. Tomo I, 6.ª Ed., Cizur-Menor. Pamplona 2009.
- GARCÍA -VILLARRUBIA, B. “La competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil. Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento”, número extraordinario-2006 [www.uria.com](http://www.uria.com)
- GIMENO SENDRA, V. dtor. Proceso civil práctico, tomo VIII.1, JO.AA, Ed. La Ley. Madrid 2010.
- Derecho procesal civil, II, Los procesos especiales. Ed. Cóllex, Madrid, 2005.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 LH, incluido en la obra Práctica registral 2, CER de Cataluña, Barcelona 1994.
- La calificación registral. Civitas Ed. Madrid 2014.
- GÓMEZ SALCEDO, A. Ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Problemas prácticos en “La Ley de Enjuiciamiento civil tras dos años de vigencia”, Estudios de Derecho Judicial, Edit. Consejo General del Poder Judicial, n.º 44-2004, Madrid 2004.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, M. y SÁNCHEZ MARÍN, J.M.: La subasta por persona o entidad especializada: visión práctica, edit. Dykinson, Madrid, 2004.
- GUASP DELGADO, J. y ARAGONESES MARTÍNEZ, J. Derecho Procesal Civil, Tomo II, Parte especial: procesos declarativos y de ejecución, 7.ª Ed. Thomson Civitas, Pamplona, 2006.

- GULLÓN BALLESTEROS, A., Notas sobre el Arrendamiento para usos distintos del de vivienda en la nueva LAU de 1994, Revista SEPIN, 14 de enero de 1995.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E. La enajenación forzosa, Volumen 31 de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. Pamplona 1966.
- GUZMÁN FLUJA, V. C. Reflexiones en torno a la ejecución hipotecaria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en “La ejecución civil”, Estudios de Derecho Judicial, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n.º 53-2004.
- HERBOSA MARTINEZ, I. El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión. Col. Nacional Registradores Propiedad y Mercantiles, 2007.
- INFANTE RUIZ, F. J., Artículo 1172, en *Código Civil Comentado* (Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R., Dir.), Volumen III, Madrid, 2011.
- JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, L. “la acumulación en la ejecución sobre bienes hipotecados”. InDret 2/2010. Revista para el análisis del derecho. Abril 2010
- JIMENEZ MUÑOZ, F.J. La usura. Evolución histórica y patología de los intereses. Edit. Dykinson Madrid, 2010
- JORDANO FRAGA, F. Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios, RDCI, n.º 653, julio-agosto 1999.
- La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria, Editorial Comares, Granada 1999.
- JURADO JURADO, J. J. “Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados” Editorial Bosch. Barcelona, 2001.

- LASARTE ALVAREZ, C., Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria. Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1992.
- LEÓN CASTRO, J. y COSSIO, M. DE, “Arrendamientos Urbanos”, Granada, 1995.
- LÓPEZ BURNIOL, J.J. Entre el servicio y el control: contribución de la fe pública a la ordenación del mercado. IURIS núm. 1, 1994.
- LORCA NAVARRETE, A. M. (Coord.). Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III, 2.<sup>a</sup> ed. Lex Nova, Valladolid, 2000
- MADRID PARRA, A. “Garantía de los valores hipotecarios y crisis financiera” Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n.º 10, 2009.
- MADRID PARRA, A. “Reforma del mercado hipotecario, titulación hipotecaria y crisis financiera” Academia Sevillana del Notariado Tomo 20
- MADRID PARRA, A. “La titulación de créditos hipotecarios” Anales de la Academia Matritense del Notariado Tomo 49, 2009.
- MANZANO SALINAS J. Cuestiones prácticas acerca de la ejecución forzosa, Diario LA LEY 07/2004
- MANZANO SOLANO, A.”Certificación registral: valor probatorio en el proceso” Revista crítica de derecho inmobiliario N.º 683 Mayo-Junio 2004
- MARTÍN CONTRERAS, L., Ley de Arrendamientos Urbanos, Bosch, Barcelona, 2004.
- MARTÍN DIZ, F. La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles: su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil., Edit. Comares, Granada, 2000.
- MARTÍN MELENDEZ, M.A. Estudios de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez. Coord. Llamas Pombo, E. Edit. LA LEY Tomo II.

- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. La subasta judicial de bienes inmuebles en la ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil, Diario LA LEY en su número de 23 de octubre de 2001.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. Cómo practicar e impugnar una tasación de costas en el proceso civil. Ediciones foro jurídico 2012.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. Sobre la ejecución hipotecaria inmobiliaria ¿puede evitarse la ruina del ejecutado? Ediciones Foro Jurídico, Valencia 2013.
- MARTÍNEZ DE SANTOS A. Los diferentes resultados de la subasta y su relación con la adjudicación del inmueble en la ejecución hipotecaria; Práctica de Tribunales, 11 de febrero 2014, Editorial La Ley.
- MARTÍNEZ TRISTÁN, G. Y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. directores, La revisión judicial de la calificación registral. Consejo General del Poder judicial. Madrid 2007.
- MAS BADÍA, M.A. La tercería de domino ante el embargo de bienes gananciales. Tirant lo Blanch 1999
- MIRA ROS, C. “Un nuevo enfoque procesal de la ejecución hipotecaria” Revista General de Derecho Procesal, n.º 16, 2008 .
- MOCHÓN A. y SAEZ Y. Entendiendo las subastas. Publicado en Lulu.com. 2011.
- MORAL MORO, M. J. La aprobación del remate tras la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. Diario la Ley, n.º 7677, 2011.
- MORENO CATENA, V. La ejecución forzosa, Madrid, 2000.
- MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Civil. Parte especial Valencia 2010.

- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L. y BARONA VILAR, S. Derecho jurisdiccional II. Proceso civil, 22.<sup>a</sup> edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2014.
- MONTERO AROCA, J. Las ejecuciones hipotecarias, Tirant lo Blanch Valencia 2001.
- MONTERO AROCA, J. Tratado de las ejecuciones hipotecarias. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MONTERO AROCA, J. Ejecución de la hipoteca inmobiliaria Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.
- MONTÉS PENADÉS, V. L. Crédito y garantía de la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J. M. Rey Portolés, Revista Aranzadi de derecho patrimonial, n.º 1 1998
- MONTSERRAT VALERO A.” El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria”, Aranzadi, Pamplona 1998.
- MONTSERRAT VALERO, A. Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000. 1.<sup>a</sup> ed., Edit. Civitas. Madrid 2010.
- MUÑOZ MOLINA, A. “Todo lo que era sólido”, Editorial Seix Barral Barcelona, 2013.
- NOGUEROLLES PEIRO, N. “Nuevas contrataciones. Las ofertas de recompra con revalorización y la reforma hipotecaria. La hipoteca inversa. La protección de los consumidores y el nuevo art 12 LH”. Cuadernos digitales de formación; n.º 53; 2008.
- NÚÑEZ CORRAL, J. L. Los “especiales” intervinientes en el procedimiento de realización de bienes. Revista de la facultad de ciencias jurídicas. n.º 4, 1999.
- PARDO, F. J. Del embargo de bienes de terceros y de la tercería de dominio, obra colectiva Criterios judiciales de aplicación de la nueva LEC, La Ley Madrid, 2003.

- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario. Academia Sevillana del Notariado. Consejo General del Notariado. 2008.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. Derechos reales. Derecho hipotecario. Tomo II, Ed.CER, Madrid 1999.
- PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. El nuevo contrato de arrendamiento urbano. Edit. Complutense 1.<sup>a</sup> ed. Mayo 1995.
- POVEDA BERNAL, M. I., La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.
- PUENTE DE ALFARO, F. DE LA, El arrendamiento frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: artículos 13, 14 y 29 de la LAU; Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1996.
- RAMÓN CHORNET J.C. La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC de 2000. RCDI, n.º 663, 2001.
- RAMOS MÉNDEZ, F. Enjuiciamiento civil, Tomo II, Bosch Editor Barcelona, 1997.
- RECALDE CASTELLS, A. “Crisis y eficacia de los controles sobre los mercados financieros. Reflexiones sobre los efectos de la crisis en la regulación del sistema financiero”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Estado y mercado en situación de crisis, n.º 14
- REDONDO GARCÍA, F. La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2002.
- RIVAS TORRALBA R. Preferencia de cobro y rango hipotecario. Publicación del CGPJ sobre Preferencias de créditos, Manuales de Formación continuada, Madrid 1999

- RIVAS TORRALBA, R. Aspectos Registrales del nuevo proceso de ejecución, CER (Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España). Madrid, 2001
- RIVAS TORRALBA, R. Aspectos registrales de la ejecución directa sobre inmuebles hipotecados. “Estudios de derecho judicial”, n.º 53/2004, CGPJ.
- RIVAS TORRALBA, R. Aspectos registrales del proceso de ejecución. 2.ª ed. Editorial Bosch, Barcelona 2012.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M. El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca, Civitas, Madrid 1994.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M. La ejecución de la hipoteca inmobiliaria, editorial Dilex. Madrid 2004.
- ROBLEDO VILLAR, A. La función social de la subasta y su problemática. VV.AA. IV Congreso Nacional y Premio Jurídico de la Unión de secretarios Judiciales. Valladolid 1996.
- ROBLEDO VILLAR, A. La introducción de las formas especiales de realización forzosa (Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil). Actualidad civil-La Ley, núm. 24, 12-18 de junio de 2000.
- ROCA SASTRE, R. M. Derecho hipotecario II, 5.ª Ed, Barcelona 1948, 6.ª Ed. Barcelona 1968 y 7.ª Ed. Barcelona 1979. Editorial Bosch
- ROCA-SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Derecho hipotecario; Hipotecas. Ejecución hipotecaria, Tomo IX, Bosch Casa Editorial, S.A., 8.ª edición, Barcelona, 2009.
- RODERO LUNA B. C. Ejecución civil. Vía de apremio. [www.cej-mjusticia.es](http://www.cej-mjusticia.es)
- ROGEL VIDE, C. *Favor debitoris*: Análisis crítico. Editorial Reus. Barcelona 2010.
- RODRÍGUEZ CEPEDA, E. Informe 5/2014 de la comisión colegial de consultas doctrinales, sobre los problemas de la ejecución judicial de las hipotecas de los procesos de fusión y reestructuración bancaria. [www.regispro.es](http://www.regispro.es)

- RODRÍGUEZ CEPEDA, E. Ataques legislativos a la eficacia de la hipoteca. Economía de la vivienda en España. n.º 867 www.revistas ice.com (consultado el 19 de agosto de 2015).
- RODRIGUEZ PARADA, A. I. Registro de la Propiedad y proceso de ejecución “Cuadernos digitales de formación”, n.º 19/2009. Madrid, CGPJ.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L., “La novación de préstamos hipotecarios: la hipoteca recargable”, en Hacia un nuevo derecho hipotecario. Estudios sobre la ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: “Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad”, Editorial Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1.ª ed., Madrid, 2008.
- SALINAS MOLINA, F.: Ejecución dineraria en “Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”, n.º. 28, 2000.
- SANCHEZ-CALERO, J. Y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. “Comentarios a la legislación concursal”. Editorial Lex Nova 1.ª ed. Valladolid, 2004
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. Estudios de Derechos de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez . –VV.AA. y Eugenio Llamas Pombo, Coord.-. Vol. II. Editorial La Ley. Madrid
- SERNA BOSCH, J. de la, La subasta judicial en la LEC, Bosch. Barcelona, 2012.
- SERRA CALLEJO. J. Consideraciones sobre los efectos del pago del tercero, en La Ley. Tomo 1991/2.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. Comentario al art: 1252 del C.C. en “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales”. –VV.AA. y Albadalejo García, M. y Díez Alabart, S., Dtor.-. Tomo XVI. Vol 2.º. 1.ª. Madrid 2000.



- SEVILLA CÁCERES, F. “Nulidad de actuaciones en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Falta de requerimiento de pago al demandado”. [www.mundojuridico.info](http://www.mundojuridico.info)
- SIFRE PUIG, R. Reformas operadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en materias relacionadas con el registro de la Propiedad de Inmuebles, BCRE, n.º 67, enero 2001.
- SOLER SOLÉ, G. Ejecuciones hipotecarias y Derecho a la vivienda: Estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar. Posibles elementos de inconstitucionalidad el proceso de ejecución hipotecaria. Observatorio DESC, setiembre de 2009 -[www.descweb.org](http://www.descweb.org)-
- SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ J. C La tramitación procesal de los juicios verbales del art. 328 de la Ley Hipotecaria tras la Ley 24/2005 de 18 de noviembre. La revisión judicial de la calificación registral. (MARTÍNEZ TRISTÁN, G. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Dtores.) CGPJ. Centro de Documentación Judicial 2007.
- TÉLLEZ LAPEIRA, A. Observaciones sobre el pago del precio de remate por el actor ejecutante en la subasta judicial o la crónica de un desorden. Diario La Ley, Sección doctrina, 2000.
- TORIBIAS FUENTES, F. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Lex Nova 1.ª edición. Valladolid, 2012.
- VALERO FERNÁNDEZ –REYES, A. La constancia del carácter de habitual o no de la vivienda que se hipoteca. [www.registradoresdemadrid.org](http://www.registradoresdemadrid.org)
- VALLS GOMBAU, J. F. y PARDO NÚÑEZ, C.R. (Dtores.) Recursos contra las resoluciones por las que se suspende o deniega la inscripción de derechos en los Registros .Estudios de Derecho Judicial 60-2004. Consejo general del Poder Judicial.
- VERDERA SERVET, R.A. La cancelación de la hipoteca de constitución unilateral. Revista crítica de derecho inmobiliario n.º 670, 2002.

ZEJALBO MARTÍN, J. Fiscalidad de la modificación y protocolización del valor de tasación de los préstamos hipotecarios” artículo publicado el 18 de agosto de 2014 en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com)

## **ANEXO I: JURISPRUDENCIA.**

### **A) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:**

- STJUE de 14 de diciembre de 1982.
- STJUE de 27 de junio de 2000.
- STJUE de 4 de junio de 2009.
- STJUE de 6 de octubre de 2009.
- STJUE de 3 de junio de 2010.
- STJU de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 26 de febrero de 2013.
- STJUE de 14 de marzo de 2013.
- STJUE de 30 de mayo de 2013.
- STJUE de 21 de enero de 2015.
- ATJUE (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015.

### **B) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:**

- STC 147/1988 de 14 de julio.
- STC 6/1992 de 16 de enero.
- STC 69/1995 de 9 de mayo.
- STC 158/1997 de 2 de octubre.
- STC 238/1998, de 15 de diciembre.
- STC 49/1999, de 5 de abril.

- STS 5477/1999, de 29 de julio.
- STC 183/1999, de 11 de octubre.
- STC 35/2000, de 14 de febrero.
- STC 6/2008 de 21 de enero.
- STC 78/2008, de 7 de julio de 2008.
- STC 104/2008 de 15 de septiembre.
- STC 164/2008, de 15 de diciembre.
- STC 208/2009, de 26 de noviembre.
- STC 220/2009, de 21 de diciembre.
- STC 28/2010 de 27 de abril.
- STC 131/2014, de 21 de julio.
- STC 134/2010, de 2 de diciembre.
- STC 91/2011 de 12 de diciembre.
- STC 79/2013 de 8 de abril.
- STC 122/2013 de 20 de mayo.
- STC 137/2014 de 8 de septiembre.
- STC 39/2015 de 2 de marzo.

**C) TRIBUNAL SUPREMO:**

- STS, Sala 1.ª, 596/1985, de 28 de marzo Id Cendoj: 28079110011985100265.
- STS, Sala 1.ª, 3883/1989, de 29 de junio Id Cendoj: 28079110011989100131.
- STS, Sala 1.ª, 10676/1990, de 4 de abril Id Cendoj: 28079110011990100874
- STS, Sala 1.ª, 1032/1991, de 23 de febrero Id Cendoj: 28079110011991100799.
- STS, Sala 1.ª, 1236/1991, de 4 de marzo Id Cendoj: 28079110011991100806.
- STS, Sala 1.ª, 2370/1991, de 6 de mayo Id Cendoj: 28079110011991100433.
- STS 55/1992, de 9 de enero Id Cendoj: 28079110011992101676.
- STS 9004/1992, de 11 de diciembre Id Cendoj: 28079110011992104265.

- STS, Sala 1.º, 2961/1993, de 12 de mayo Id Cendoj: 28079110011993101223.
- STS, Sala 1.ª, 3092/1993, de 18 de mayo Id Cendoj: 28079110011993101274.
- STS, Sala 1.ª, 17554/1993 de 20 de mayo Id Cendoj: 28079110011993102140.
- STS, Sala 1.ª, 14967/1994 de 3 de febrero Id Cendoj: 28079110011994102331.
- STS, Sala 1.ª, 5410/1994 de 14 de julio Id Cendoj: 28079110011994103590.
- STS, Sala 1.ª, 2782/1996, de 9 de mayo Id Cendoj: 28079110011996102173.
- STS 2390/1997, de 4 de abril Id Cendoj: 28079110011997102236.
- STS, Sala 1.ª, 1600/1998, de 10 de marzo. Id Cendoj: 28079110011998101924.
- STS, Sala 1.ª, 2155/1999 de 27 de marzo. Id Cendoj: 28079110011999101370.
- STS, Sala 3.ª, 8458/2000, de 20 de noviembre de 2000.
- STS, Sala 1.ª. 8275/1999, de 20 de diciembre Id Cendoj: 28079110011999101218.
- STS, Sala 1.ª, 1205/2000, de 22 diciembre de 2000.
- STS, Sala 1.ª, 9941/2001, de 18 de diciembre Id Cendoj: 28079110012001101746.
- STS, Sala 1.ª, 7546/2002 de 14 de noviembre.
- STS, Sala 1.ª, 2065/2003, de 25 de marzo Id Cendoj: 28079110012003101695
- STS, Sala 1.ª, 6347/2003, de 15 de octubre Id Cendoj: 28079110012003102739.
- STS, Sala 1.ª, 5908/2004, de 23 de septiembre Id Cendoj: 28079110012004100864.
- STS, Sala 1.ª, 596/2005, de 3 de febrero Id Cendoj: 28079110012005100011.
- STS, Sala 3.ª, 4481/2005, de 5 de julio de 2005.
- STS, Sala 1.ª, 7011/2005, de 18 de noviembre Id Cendoj: 28079110012005100902.
- STS, Sala 1.ª, 1345/2005, 6 de 16 de marzo Id Cendoj: 28079110012006100223.

- STS, Sala 1.ª, 4454/2006, de 24 de julio Id Cendoj: 28079110012006100787.
- STS, Sala 1.ª, 450/2007, de 7 de febrero Id Cendoj: 28079110012007100098.
- STS, Sala 1.ª, 3610/2007 de 4 de junio Id Cendoj: 28079110012007100682.
- STS, Sala 1.ª, 7446/2007 de 7 de noviembre Cendoj: 28079110012007101184.
- STS, Sala 1.ª, 8644/2007, de 7 de diciembre Id Cendoj: 28079110012007101344.
- STS, Sala 1.ª, 141/2008, de 21 de enero Id Cendoj: 28079110012008100027.
- STS, Sala 1.ª, 2589/2008, de 4 de junio Id Cendoj: 28079110012008100312.
- STS, Sala 1.ª, 1133/2009, de 5 de marzo. Id Cendoj: 28079110012009100155.
- STS, Sala 1.ª, 935/2009, de 12 de marzo Id Cendoj: 28079110012009100135.
- STS, Sala 1.ª, 7229/2009, de 2 de diciembre Id Cendoj: 28079110012009100768.
- STS, Sala 1.ª, 2958/2010, de 9 de junio Id Cendoj: 2807911001201010035.
- STS, Sala 1.ª, 3288/2010, de 18 de junio Id Cendoj: 28079110012010100414
- STS, Sala 1.ª, 914/2011, de 2 de diciembre.
- STS, Sala 1.ª, 8163/2011, de 7 de diciembre Id Cendoj: 28079110012011100812.
- STS, Sala 1.ª, 1916/2013, de 9 de mayo Id Cendoj: 2807911991201310000.
- STS, Sala 1.ª, 2822/2014, de 13 de junio Id Cendoj: 28079110012014100323.
- STS, Sala 1.ª, 3169/2014, de 15 de julio Id Cendoj: 28079110012014100395.
- STS, Sala 1.ª, 3745/2014, de 21 de julio Id Cendoj: 28079110012014100441.
- STS, Sala 1.ª, 3903/2014, de 8 de septiembre Id Cendoj: 28079119912014100017.
- STS, Sala 1.ª, 257/2015, de 11 de febrero Id Cendoj: 28079110012015100033.
- STS, Sala 1.ª, 1723/2015, de 22 de abril. Id Cendoj: 28079119912015100021.
- STS, Sala 1.ª, 261/2015 de 9 de mayo Id Cendoj: 28079119912015100006.

## **D) AUDIENCIAS PROVINCIALES:**

- AAP de Albacete, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 3 de febrero de 2004.
- AAP Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 23 de abril de 2004.
- AAP de Almería, Sección 2.<sup>a</sup>, de 6 julio de 2004.
- AAP de Murcia, Secc. 3.<sup>a</sup>, de 29 de junio de 2004.
- AAP de Asturias, Secc 5.<sup>a</sup>, de 30 diciembre de 2004.
- AAP de La Rioja, Secc 1.<sup>a</sup>, de 10 de noviembre de 2005.
- AAP de Granada, Secc. 3.<sup>a</sup>, de 11 de noviembre de 2005.
- AAP de Madrid, Secc.14.<sup>a</sup>, de 1 de diciembre de 2005.
- AAP de Barcelona 6897/2006, de 16 de octubre.
- SAP de Madrid, Sección 12.<sup>a</sup>, de 4 de mayo de 2006.
- AAP de Granada, Secc.5.<sup>a</sup>, de 7 de julio de 2006.
- AAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2006.
- AAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2006.
- AAP de León, Secc.1.<sup>a</sup>, 24 de abril de 2007.
- AAP de Madrid, Secc. 18.<sup>a</sup>, de 6 de febrero de 2007.
- AAP Barcelona Secc. 11.<sup>a</sup> de 26 de febrero de 2007.
- AAP de Burgos, Secc. 3.<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 2007.
- AAP de Salamanca, Secc.1.<sup>a</sup>, de 19 de junio de 2007.
- SAP de Madrid Secc. 28.<sup>a</sup> de 20 de septiembre de 2007.
- AAP Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 11 de marzo de 2008, LA LEY 28009/2008.
- AAP Barcelona 137/08, Sección 15.<sup>a</sup> de 26 de marzo de 2008.
- SAP Almería 776/2008 de 16 de octubre.
- AAP Las Palmas de Gran Canaria, Secc. 4.<sup>a</sup> 917/2010, de 22 de abril.
- SAP de Huelva, Sección 1.<sup>a</sup>, de 28 de diciembre de 2010.
- AAP Pontevedra, Sección 6.<sup>a</sup>, 951/2011.
- AAP de Castellón, Sección 1.<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2011.
- SAP Alicante Secc. 9.<sup>a</sup> de 24 de noviembre de 2011.

- AAP Madrid Secc. 28 00129/2012 (rollo 255/2012).
- AAPM de 25 de febrero de 2013(rollo 833/12).
- SAP Córdoba, Sección 2.ª, 20 de marzo de 2013.
- SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.ª, 26 de abril de 2013.
- AAPM de 16 de septiembre de 2013 (rollo 79/13).
- AAPM de 22 de octubre de 2013 (rollo 159/13).
- AAPM de 11 de noviembre de 2013.
- AAPM de 17 de enero de 2014 (rollo 610/13).
- AAPM de 3 de marzo de 2014 (rollo 256/13).
- AAPM de 6 de noviembre de 2014(rollo 555/14).

#### **E) JUZGADOS:**

- AJM n.º 1 Cádiz, 23 de abril de 2008.
- AJM n.º 2 de Barcelona, de 1 de julio de 2008.
- AJM n.º 1 de Alicante, de 7de mayo de 2009.
- AJM n.º 6 Madrid, 13 de julio de 2010.
- AJM n.º 10 de Madrid de 18 de octubre de 2010.
- AJM n.º 1 de Málaga, de 1 de noviembre de 2012.
- AJPI Terrasa 14/2012 de 16 de octubre.



## **ANEXO II: RESOLUCIONES DE LA DGRN.**

- ▭ 18 de noviembre de 1960 mencionada en la RDGRN de 18 de noviembre de 2013(BOE de 19 de diciembre).
- ▭ 23 de abril de 1969 (BOE 19 de mayo).
- ▭ 27 de enero de 1986, mencionada en R de 6 de febrero de 2014 (BOE de 4 de marzo de 2014).
- ▭ 26 de mayo de 1986 (BOE 17 de junio).
- ▭ 5 de junio de 1987, mencionada en R de 6 de febrero de 2014 (BOE de 4 de marzo de 2014).
- ▭ 23 de octubre de 1987 (BOE 18 de noviembre).
- ▭ 26 de octubre de 1987 (BOE 21 de noviembre).
- ▭ 16 de marzo y 26 de diciembre de 1990, mencionadas por R. de 25 de abril de 1997 (BOE 30 de mayo).
- ▭ 14 de noviembre de 1994 (BOE 5 de enero 1995).
- ▭ 1 de marzo de 1994 (BOE 6 de mayo).
- ▭ de marzo de 1994 (BOE 10 de mayo)
- ▭ 16 de julio de 1996 (RJ 1996/5614).
- ▭ 25 de abril de 1997(BOE 30 de mayo).
- ▭ 28 de mayo de 1998 (BOE 18 de junio).
- ▭ 15 de julio de 1998 (BOE 10 de agosto).
- ▭ 29 de diciembre de 1998 (BOE 30 de enero 1999).
- ▭ 26 de marzo de 1999 (BOE 23 de abril).
- ▭ 4 de marzo de 1999 (BOE de 31 de marzo).

- 28 de abril de 1999(BOE 14 de mayo).
- 20 de julio de 1999 (BOE 9 de agosto).
- 15 de febrero de 2000(BOE 9 de marzo).
- 12 de abril de 2000 (BOE 15 de mayo).
- 3 de abril de 2000 (BOE de 15 de mayo).
- 22 de mayo de 2000 (BOE 31 de julio).
- 24 de octubre de 2000 (BOE 13 de diciembre).
- 4 de noviembre de 2000 (BOE de 19 de diciembre).
- 21de noviembre de 2000 (BOE 9 de enero 2001).
- 12 de diciembre de 2000 (BOE de 22 de diciembre).
- 7 de febrero de 2001 (BOE 23 de marzo).
- 22 de marzo de 2001(BOE de 8 de mayo).
- 23 de marzo de 2001(BOE 8 de mayo).
- 11 de mayo de 2001 (BOE 19 de junio).
- 9 de julio de 2001.(BOE 21 de agosto).
- 28 de enero de 2002 (BOE 4 de marzo).
- 20 de mayo de 2002 (BOE 8 de julio).
- 23 de septiembre de 2002 (BOE 30 de octubre).
- 4 de noviembre de 2002(BOE 11 de diciembre).
- 20 de diciembre de 2002 (BOE 6 de febrero de 2003).
- 13 de enero de 2003 (BOE 27 de febrero).
- 10 de febrero de 2003 (BOE 14 de marzo).
- 19 de septiembre de 2003 (BOE 16 de octubre de 2003).
- 7 de enero de 2004 (BOE 17 de febrero).
- 13 de febrero de 2004 (BOE 24 de marzo).
- 18 de marzo de 2004 (BOE de 23 de abril).
- 13 de junio de 2005 (BOE 9 de agosto de 2005).
- 28 de junio de 2005 (BOE 9 de septiembre).
- 10 de septiembre de 2005 (BOE 19 de octubre).

- 16 de mayo de 2005 (BOE 30 de julio).
- 15 de febrero de 2006 (BOE 24 de marzo).
- 2 de marzo de 2006 (BOE 6 de abril).
- 6 de junio de 2006 (BOE 17 de julio).
- 9 de abril de 2007 (BOE 7 de mayo).
- 24 de mayo de 2007 (BOE 16 de junio).
- 13 de Julio de 2007 (BOE de 3 de agosto de 2007).
- 19 de julio de 2007 (BOE 2 de agosto).
- 14 de enero de 2008 (BOE 29 de enero).
- 26 de febrero de 2008 (BOE 17 de marzo).
- 24 de marzo de 2008 (BOE 16 de abril).
- 24 de julio de 2008 (BOE 7 de agosto).
- 16 de febrero de 2009 (BOE 25 de marzo).
- 3 de junio de 2009 (BOE 27 de junio).
- 6 de junio de 2009 (BOE 20 de julio).
- 4 de marzo de 2010 (BOE 5 de abril).
- 22 de marzo de 2010 (BOE 10 de mayo).
- 23 de septiembre de 2010 (BOE 15 noviembre).
- 15 de diciembre de 2010 (BOE 27 enero de 2011).
- 20 de diciembre de 2010 (BOE 2 febrero de 2011).
- 21 de diciembre de 2010 (BOE 14 de febrero de 2011).
- 8 de febrero de 2011 (BOE 22 de marzo).
- 15 de febrero de 2010 (BOE 17 de mayo).
- 3 de marzo de 2011 (BOE 21 de julio).
- 23 de julio de 2011 (BOE de 29 septiembre).
- 20 de septiembre de 2011 (BOE 22 octubre).
- 2 de noviembre de 2011 (BOE 1 de diciembre).
- 12 de junio de 2012 (BOE 26 de julio).
- 26 de julio de 2012 (BOE 5 de octubre).

- 8 de noviembre de 2012 (BOE14 de diciembre).
- 5 julio 2013 (BOE 6 agosto).
- 8 de julio de 2013 (BOE 6 de agosto).
- 19 de septiembre de 2013 (BOE 22 de octubre).
- 2 de octubre de 2013 (BOE 28 de octubre).
- 22 de octubre de 2013 (BOE 21 de noviembre).
- 29 de octubre de 2013 (BOE 22 noviembre).
- 3 de febrero de 2014 (BOE 27 febrero).
- 31 de marzo de 2014 (BOE de 5 mayo).
- 16 de junio de 2014 (BOE 29 julio).
- 21 de noviembre de 2014 (BOE de 1 diciembre).
- 21 de enero de 2015 (BOE de 24 febrero).
- 14 de mayo de 2015 (BOE de 9 junio).