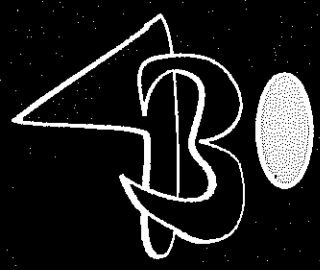
# LUNES
## CUATRO TREINTA



**Revista de asuntos registrales**

**Año XIII - Núm. 283 - 2ª Quincena, julio, 2000**

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

# sumario

Año XIII - Núm. 283 - 2ª Quincena de julio, 2000

RESOLUCIONES ..... 2

LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN A LA LUZ DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, por Mª Jesús Monfort Ferrero ..... 5

LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. SU RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (2ª parte), por Nicolás Rico Morales ..... 15

RESEÑA LEGISLATIVA ..... 46



## LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

*



CONSEJO DE REDACCION:

María Emilia Adán García
Rosa Navarro Díaz
Vicente Carbonell Serrano
Vicente Dominguez Calatayud
Rodolfo Bada Mañó
Carlos J. Orts Calabuig
Javier Solá Palerm
Cristina Carbonell Llorens
Inmaculada Gosálvez Simbor
Mercedes Tormo Santonja
Mercedes Ríos Peset

CONSEJEROS HONORARIOS:
José María Chico Ortiz
Corral Jr.

DIRECTOR
José Bollaín Gómez



·SECRETÁRÍA:
Sta. María Dolores (Loli)
Pintor Peyró, 12.
46010-Valencia.
Teléfono: (96) 3629678


Depósito legal: V-1212-1988

# RESOLUCIONES

*Dirección General de los Registros y del Notariado.*

Por Consuelo GARCÍA PEDRO (C.G.P.) y
Cristina CARBONELL LLORENS (C.C.LL.)

## R. 2 JUNIO 2000 (BOE 27 JULIO)

### MERCANTIL. SA.

### TRANSFORMACIÓN DE SRL EN SA. EXIGENCIA DEL INFORME DE EXPERTO INDEPENDIENTE SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL NO DINERARIO SI DE LA ESCRITURA RESULTA SU EXISTENCIA.

La DGRN mantiene la necesidad de incorporar a la escritura de transformación de una SRL en SA, el informe de experto independiente sobre el patrimonio social no dinerario, salvo que de la escritura resulte la inexistencia del mismo (de conformidad con el art. 221.1.d) del RRM).

En el presente caso, la manifestación contenida en la escritura sobre la inexistencia de patrimonio social no dinerario aparece contradicha por el balance incorporado a la misma, en el que se expresan, entre otras, como partidas del activo las de "Inmovilizaciones financieras" y "Deudores" (que están integradas por elementos patrimoniales no dinerarios) y del pasivo las relativas a "Acreedores a corto plazo". (C.G.P.)

## R. 7 JUNIO 2000 (BOE 27 JULIO)

### MERCANTIL. SRL.

### REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA. ACREDITACIÓN MEDIANTE CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO MERCANTIL DONDE CONSTA LA INSCRIPCIÓN DEL PODER PERO TAMBIÉN LA BAJA PROVISIONAL DE LA SOCIEDAD. EL CIERRE PROVISIONAL DE LA HOJA DESVIRTUA LA EFICACIA LEGITIMADORA DE LOS ASIENTOS REGISTRALES.

La Registradora Mercantil suspende la inscripción de una escritura de compraventa de un buque autorizada el 27 de noviembre de 1991, en

la que se expresa que quienes intervienen en nombre de la sociedad vendedora no exhiben documentación fehaciente que acredite la representación que alegan y que exhibirán los correspondientes poderes. Se acompaña a la escritura una certificación del Registro Mercantil posterior al otorgamiento de la misma en la que consta la inscripción de un poder otorgado por la sociedad vendedora a favor de dichos señores y de la que resulta también la baja provisional de dicha sociedad desde el día 11 de mayo de 1990.

Alega la Registradora en su nota que no se acredita en forma debida la representación de la sociedad vendedora.

Interpuesto recurso, la DG acuerda desestimarlo y confirmar la nota de la Registradora, porque si bien debe estimarse suficiente que la inscripción en el Registro Mercantil de la representación voluntaria se acredite con la certificación registral correspondiente de fecha posterior al otorgamiento de la escritura, en este caso, de la misma certificación resulta que la eficacia legitimadora de los asientos registrales se halla desvirtuada, no pudiendo garantizar por sí sola la subsistencia de la representación voluntaria, por constar en ella el cierre provisional de la hoja y no ser el de revocación del poder inscrito uno de los asientos que pueden extenderse después del cierre. Será necesario acompañar, para garantizar la subsistencia de la representación, la primera copia autorizada del poder o copia posterior expedida o instancia de persona con derecho a obtenerla. (C.G.P.)

## R. 8 JUNIO 2000 (BOE 29 JULIO)

## MERCANTIL. SRL.

## CONSTITUCIÓN DE SRL. RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO. NECESIDAD DE ESTABLECER LA SALVAGUARDIA EXPRESA DE LAS NORMAS IMPERATIVAS.

El Registrador Mercantil suspende la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada por no establecer los Estatutos, en el artículo que regula el funcionamiento del Consejo de Administración, la expresa salvedad de las mayorías cualificadas que respecto de la delegación de facultades exige la Ley de SRL en su art. 57.1.2 por remisión al art. 141.2 de la Ley de SA.

La DG desestima el recurso interpuesto y confirma la nota del Registrador, al considerar que la cláusula cuestionada, en cuanto establece un quorum para la válida adopción de los acuerdos del Consejo (sin salvedad alguna) está contraviniendo, en lo que a la delegación de facultades se refiere, una norma legal imperativa.

Supuesto distinto es que una regulación estatutaria incompleta pueda ser integrada directamente por la norma imperativa no recogida en los Estatutos. (C.G.P.)

## R. 9 JUNIO 2000 (BOE 29 JULIO)

## MERCANTIL. SRL.

## CONSTITUCIÓN DE SRL. RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO. NECESIDAD DE ESTABLECER LA SALVAGUARDIA EXPRESA DE LAS NORMAS IMPERATIVAS.

Se contempla en el presente caso un supuesto totalmente idéntico al resuelto en la anterior resolución de la DG de 8 de junio de 2.000 (BOE 29 julio 2000) a la que nos remitimos. (C.G.P.)

## R. 10 JUNIO 2000 (BOE 29 JULIO)

## MERCANTIL. REGISTRO MERCANTIL CENTRAL.

## DENOMINACIÓN SOCIAL. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE IDENTIDAD EN LA DENOMINACIÓN POR RAZONES DE SIMILITUD GRÁFICA, FONÉTICA O DE CONSIDERACIÓN SOCIAL.

A solicitud del recurrente, en su propio nombre, se expidió por el Registro Mercantil Central certificación que expresa que determinada denominación social ("Euro-Investissement,

SL") figura ya registrada. A juicio del Registrador existe ya una denominación inscrita en el Registro Mercantil ("Euro-Investment, SA") que es considerada socialmente igual, habida cuenta de la traducción de dichos términos, de manera que la coexistencia de dos sociedades con dichas denominaciones induciría a error o confusión en el tráfico mercantil.

Interpuesto recurso, la DG desestima éste y confirma la calificación del Registrador, al considerar que en el presente caso (en que se emplea un término en idioma francés que tiene la misma significación —inversión— que el término que, en su traducción inglesa, aparece inscrito) se aprecia una similitud conceptual de tales denominaciones, de suerte que carecen de suficiente virtualidad distintiva.

Además, la autorización de la sociedad afectada por la nueva denominación que pretende utilizarse debió acreditarse al solicitar la certificación y no, como hace el recurrente, acompañarla al escrito de alzada, porque no es el recurso gubernativo el procedimiento adecuado para subsanar los defectos alegados en la calificación. (C.G.P.)

## R. 22 JUNIO 2000 (BOE 27 JULIO)

## MERCANTIL. SRL.

## CONSTITUCIÓN DE SRL. EQUIVALENCIA EN EUROS DEL VALOR EN PESETAS DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES. COMPETENCIA PARA ATRIBUIR EL PODER DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS CUANDO SEAN MAS DE DOS.

Interpuesto recurso contra la negativa del Registrador Mercantil a inscribir una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, la DG estima parcialmente el recurso en cuanto a uno de los defectos y lo desestima en cuanto al otro.

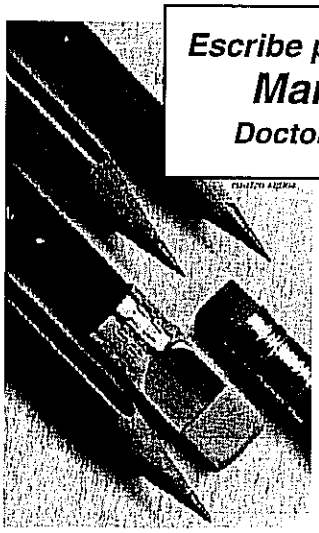
Uno de los defectos alegados por el Registrador en su nota es que la equivalencia en euros del valor de las participaciones no cumple lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre. Además mantiene la incorrecta equivalencia de las participaciones que se hace constar en la cláusula II de la escritura, por lo que procede la suspensión del documento al amparo del art. 31 in fine de la Ley citada.

La DG pone de manifiesto que la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, prevé que durante el periodo transitorio de 1 de enero de 1999 a 31 de diciembre de 2001 los nuevos instrumentos jurídicos que expresen importes monetarios podrán hacerlo en pesetas o en euros. El sistema de redenominación de la cifra de capital social y del valor de las participaciones previsto en el art. 21 de dicha Ley implica una decisión voluntaria, sin perjuicio de que, de no adoptarse durante el periodo transitorio, entre en juego de forma automática y por imperativo legal finalizado aquel. Otra cuestión son las obligaciones impuestas a los profesionales oficiales en el art. 31, que supone para los Notarios la de hacer constar de oficio en los documentos que autoricen la equivalencia en euros de las cantidades expresadas en pesetas, llegando a considerar defecto subsanable la existencia en los títulos de discordancias entre las cantidades expresadas en ambas unidades de cuentas. En el presente caso, aunque ha ocurrido esto respecto al valor de las participaciones, el art. 31.3° excluye la actuación de oficio para fijar la equivalencia en euros del valor en pesetas de las participaciones sociales, salvo que conste su determinación de conformidad con las reglas establecidas para la redenominación del capital social. En consecuencia el Registrador puede prescindir de dicha actuación superflua e incorrecta sin elevarla a la categoría de defecto.

Otro de los defectos que alega el Registrador es que corresponde a los estatutos determinar la forma de actuación de los administradores mancomunados, y no cabe que los estatutos, cuando aquellos sean más de dos, se remitan a la decisión de la JG entre varias alternativas.

La DG confirma este defecto en base al art. 62.2.d) de la Ley SRL. Son los estatutos los que deben concretar la forma de ejercitar el poder de representación, sin que esta competencia puedan delegarla en la JG. (C.G.P.)

■



*Escribe para Lunes:*
***María Jesús Monfort Ferrero***
***Doctora en Derecho. Universidad de Valencia***

# La protección de la posesión a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

**SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. PROTECCIÓN FRENTE A ACTOS DE PERTURBACIÓN O INQUIETACIÓN A LA POSESIÓN Y PROTECCIÓN FRENTE AL DESPOJO: 2.1. Legitimación; 2.2. Requisitos o presupuestos; 2.3. Trámites procedimentales: a) Demanda; b) Juicio verbal; c) Sentencia y recursos; 2.4. Efectos de la sentencia; 3. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN POR EL HEREDERO; 4. PROTECCIÓN ANTE NUEVAS CONSTRUCCIONES; 5. PROTECCIÓN ANTE CONSTRUCCIONES EN RUINAS.**

## 1. INTRODUCCIÓN.

El Código Civil impide al poseedor que considere que su posesión peligra o que se haya visto privado de ella, recuperarla por sí mismo a través de actuaciones que vayan más allá del diálogo. El artículo 441 establece que «en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente». El principio del cual se extrae la necesidad de protección de la posesión se encuentra en el artículo 446 CC, conforme al cual «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen». A partir de este artículo hay que ver cuáles son los medios que establecen las leyes de procedimiento para ver cómo queda protegida la posesión.

Tradicionalmente en nuestro Derecho la posesión ha recibido protección a través de las acciones interdictales, que tienen su origen en el Derecho Romano, donde el interdicto era una orden de las autoridades y Magistrados tendente a restablecer una situación que sufría una amenaza o perturbación. Este concepto fue evolucionando en nuestro Derecho hasta llegar a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigente en la actualidad, en la que el sentido de los interdictos no es el mismo que el del Derecho Romano (1). Se trata, en realidad, de unos procesos

---

(1) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Protección y efectos de la posesión», *R.D.P.*, 1963, pág. 306, considera que «la protección de la posesión en sí se realiza mediante las acciones llamadas (con terminología procedente del Derecho romano) *interdictos*. Realmente, no se trata de acciones diferentes, sino de que el interesado tiene la posibilidad general de defender su posesión contra cualquier ataque o despojo. Pero la Ley, acogiendo precedentes históricos, según el supuesto sobre el que la defensa versé, de interdicto...».

sumarios en los que se protege la posesión y otros derechos reales. Por tanto, la posesión se protege a través no de interdictos, en el sentido originario de la palabra, sino de unos procesos posesorios que se regulan bajo el nombre de interdictos (2).

Los interdictos se regulan en el Título XX del Libro II, concretamente en los artículos 1631 a 1685, y en el primero de ellos se afirma que los interdictos son cinco: 1) el de adquirir, previsto para que el heredero adquiera la posesión de los bienes hereditarios; 2) el de retener la posesión, cuya finalidad es defender al poseedor frente al ataque de un tercero; 3) el de recobrar, por el que se tiende a restituir la posesión al que la ha perdido: 4) el de obra nueva, para evitar los perjuicios que una obra nueva pueda ocasionar en la posesión o en otros derechos reales; y 5) el de obra ruinosa, para evitar posibles daños que pueda causar una construcción en ruinas. Ante este panorama se ha dicho que propiamente procesos posesorios sólo lo son el interdicto de retener y recobrar, puesto que los demás o bien van orientados a adquirir y no a proteger, o bien a los derechos reales en general y no sólo a la posesión (3).

Pero la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 está a punto de ser sustituida. El 8 de enero de 2001 entrará en vigor la nueva Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil. Constituye el objeto del presente trabajo ver en qué ha podido verse modificada la protección de la posesión tras esta nueva LEC.

## 2. PROTECCIÓN FRENTE A ACTOS DE PERTURBACIÓN O INQUIETACIÓN A LA POSESIÓN Y PROTECCIÓN FRENTE AL DESPOJO.

Como acabamos de exponer la actual LEC protege la posesión frente a los actos de perturbación o despojo mediante los interdictos de retener y recobrar la posesión. Se trata de dos interdictos distintos con pretensiones también distintas pero cuyo tratamiento procesal es el mismo. El artículo 1651 de la LEC dispone que «el interdicto de retener o recobrar, procederá cuando el que se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido ya despojado de dicha posesión o tenencia».

Sin embargo, la nueva LEC 1/2000 ha suprimido estos procesos interdictales y ha reconducido la protección de la posesión a los trámites del juicio verbal (4), de naturaleza especial y sumaria que no produce efectos de cosa juzgada (5). Frente a la multiplicidad de procedimientos existentes en la vigente LEC, la nueva Ley, como dice su propia Exposición de Motivos, pone

---

(2) GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los procesos sumarios», *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso Civil, vol. 2, Barcelona, 1989, pág. 415.

(3) GARCÍA DE MARINA, M., *Interdictos*, Barcelona, 1992, págs. 59 y 60; GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los procesos sumarios», cit., pág. 415.

(4) Tal y como predecía ÁLVAREZ ABUNDANCIA, R., «Acotaciones sobre los interdictos de retener y recobrar la posesión», *R.D.P.*, 1959, pág. 966, al decir que «al tiempo de la jubilación de nuestra vigente ley Procesal civil habrá de efectuarse necesariamente en la que le suceda el natural reajuste técnico de sus instituciones. Para entonces es incluso posible que los interdictos de retener y recobrar la posesión se inscriban en la misma con otros nombres...».

(5) MONTERO AROCA, J., «El juicio verbal», en MONTERO AROCA, J., y OTROS, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, Valencia, 2000, págs. 378 y 379, considera que la LEC de 2000 atribuye al juicio verbal una triple naturaleza jurídica: a) Cuando la procedencia del juicio verbal se determina en atención a la cuantía, estamos ante un proceso declarativo ordinario y plenario (arts. 248 y 250.2); b) Cuando la procedencia del juicio verbal se determina por razón de la materia, estamos ante un juicio especial (arts. 250.1.2º, 8º y 9º), y; c) Cuando la procedencia del juicio verbal se determina por razón de la materia y, además, se dice que la tutela será sumaria o que la sentencia tendrá carácter sumario, estamos ante un juicio que es, además de especial, sumario (art. 250.1, 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10º y 11º).

término a esa dispersión articulando dos cauces distintos para la tutela judicial declarativa: el juicio ordinario y el juicio verbal. Como establece el artículo 248 de esta nueva LEC, «las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía sólo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia». Por lo que se acudirá a uno u otro cauce primero atendiendo a la materia y si este criterio no es suficiente, dependiendo de la cuantía.

En principio se tramitarán mediante el juicio verbal los litigios que por su materia pueden considerarse simples y por su cuantía de escaso interés económico, y, sin embargo, seguirán el cauce del juicio ordinario los demás litigios. Por lo que ahora nos interesa, dispone el art. 250 de la nueva LEC que «se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: ... 4.° las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute...».

2.1. Legitimación.

a) Legitimación activa: Estamos tratando de ver a lo largo de toda la exposición como se protege al poseedor, luego legitimado activamente estará el poseedor (6). El propio artículo 446 CC se refiere a «todo poseedor». Sin embargo el art. 1651 de la LEC parece ampliar la legitimación activa al referirse al poseedor o tenedor de una cosa. En cuanto a esta cuestión la doctrina ya advirtió que el precepto rector era el art. 446 del Código Civil, puesto que la norma procesal sólo debe aportar los medios de defensa. Se afirma que «después del Código civil no hay una tenencia, distinta de la reabsorbida por la posesión, que esté protegida con los interdictos» (7). No obstante, del art. 250.1.4° de la nueva LEC también se desprende que la legitimación activa corresponde al tenedor o poseedor de la cosa o derecho, aunque tal vez lo haga mas por inercia respecto a la ley anterior que por una verdadera voluntad de proteger al tenedor como figura distinta del poseedor.

Por otro lado, coincide actualmente la doctrina en afirmar que se protege a «todo poseedor» independientemente de como haya llegado a adquirir la posesión. Es decir, también el que posee con el vicio de la clandestinidad o violencia puede poner en marcha los interdictos posesorios o el juicio verbal a que se refiere la Ley 1/2000. En estos casos y hasta el transcurso de un año habrá dos poseedores que pueden ser protegidos, el que fue despojado de la posesión, que para recuperarla tendrá que acudir a los procesos posesorios y el que posee violenta o clandestinamente frente al despojo o perturbación de un tercero (8).

No es este el único supuesto en que puede considerarse que hay dos poseedores de una misma cosa o derecho que pueden ser protegidos. También en el caso del art. 432 CC nos podemos encontrar con dos poseedores, uno mediato y otro inmediato merecedores de protección tanto frente a los actos de perturbación o despojo de un tercero, como de uno de ellos frente al otro. En este sentido arrendador y arrendatario pueden entablar procesos en defensa de su posesión contra los ataques del otro (arts. 1554.3°, 1559 y 1560 CC). También están legitimados

---

(6) Sobre el tema véase VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C.,«Legitimación activa y pasiva en los interdictos de retener y recobrar la posesión», *A.D.C.,* 1955, págs. 791 a 829.

(7) HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión,* Madrid, 1980, pág. 724. Recogen este parecer DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil,* vol. II, Madrid, 1993, pág. 129; ROCA I TRIAS, E., «La protección de la posesión», en *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral,* Valencia, 1994, pág. 190, afirma que «está legitimado para interponer el interdicto de retener y el de recobrar la posesión aquel poseedor que se halle en la tenencia de la cosa (art. 1452.1 LEC)».

(8) GARCÍA DE MARINA, M., *Interdictos,* cit.., pág. 190; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema ...,* cit., págs. 129 y 130; ROCA I TRIAS, E., «La protección de la posesión», cit., pág. 190.

activamente los coposeedores, tanto frente a los actos de terceros, como frente a los que lleve a cabo uno de ellos contra la posesión de los demás (9).

b) Legitimación pasiva: Aunque el Código Civil no se refiere a la legitimación pasiva, podemos suponer que lógicamente la protección irá dirigida contra el que ha producido los actos de perturbación o despojo. Cabe dirigirse, además, tal y como puede deducirse del art. 1652.2°, tanto contra el que ejecutó los actos de perturbación o despojo, como contra el que dió orden a otro de que los ejecutara. En caso de que hubieran sido varios los perturbadores o despojantes será conveniente dirigir la demanda contra todos (10), ahora bien, también se dice que no existe en estas demandas litisconsorcio pasivo necesario, con lo que cabe dirigirse sólo contra uno o alguno de ellos (11).

No dispone nada la nueva LEC pero tampoco hay ningún impedimento a seguir partiendo de la interpretación amplia que hasta ahora se ha venido realizando; esto es, estará legitimado pasivamente todo el que por sí o por medio de otro cause un perjuicio en la posesión de otro o le despoje de la misma, así como terceros poseedores a quienes el despojante haya transmitido la posesión inmediata (12).

La Administración Pública podrá estar legitimada pasivamente únicamente cuando ha actuado por la vía de hecho, sin cumplir el procedimiento legalmente establecido para privar o perturbar a otro en la posesión.

2.2. Requisitos o presupuestos.

De acuerdo con la LEC se han considerado como requisitos o presupuestos para el ejercicio de los interdictos de retener o recobrar la posesión los que recoge el art. 1652, y que exige que en la demanda se ofrezca información para que queden acreditados. Estos presupuestos para la interposición de la demanda son: 1°. de acuerdo con la legitimación activa que hemos visto, que el reclamante o su causante se halle en la posesión o tenencia de la cosa (art. 1652.1°); 2°. que haya sido inquietado o perturbado en ella, o tenga fundados motivos para creer que lo será; o que ha sido despojado de dicha posesión o tenencia. Exigiéndose, además, que se exprese con toda claridad y precisión los actos exteriores en que consistan la perturbación, el conato de perpetrarla o el despojo, y se manifieste si los ejecutó la persona contra quien se dirige la acción.

A estos dos presupuestos podemos añadir un tercero recogido en el artículo siguiente, esto es, que no haya transcurrido más de un año desde que se produjo el acto de perturbación o despojo. Se trata de un plazo de caducidad que no admite interrupción, por lo que transcurrido el año ya no se admitirá a trámite la demanda.

Es claro que conforme a la nueva LEC también el que pretenda la protección de la posesión debe hallarse en la posesión de la cosa o derecho, que debe haber sufrido efectivamente una perturbación o despojo o, en caso de no haberlo sufrido aún, tener fundados motivos para creer que así ocurrirá. Sin embargo la LEC 1/2000 no configura estas exigencias lógicas como presupuestos de admisibilidad de la demanda. El único presupuesto que sí se recoge expresamente en el párrafo primero del art. 439 es el del plazo de caducidad de un año. Así, establece este artículo que «no se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo».

---

(9)ÁLVAREZ ABUNDANCIA, R., «Acotaciones sobre los interdictos de retener y recobrar la posesión», cit., pág. 970.

(10) CASTRO FERNÁNDEZ, *La protección interdictal: amplitud*, Madrid, 1986.

(11) ROCA I TRIAS, E., «La protección de la posesión», cit., pág. 191, quien se apoya en la jurisprudencia menor, de las Audiencias Provinciales para llegar a esta afirmación .

(12) DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema ...*, cit., pág. 132.

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA



2.3. Trámites procedimentales.

a) Demanda: La LEC, además de los presupuestos de admisibilidad que hemos señalado, no dice nada más acerca de la demanda en los procesos interdictales, por lo que la doctrina considera que debe ser una demanda ordinaria, en la que se expondrán sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida, y la persona contra quien se proponga la demanda (13). Mediante esta demanda se interpone la acción y además queda totalmente expuesta y fundamentada la pretensión, con lo que se trata de una demanda completa.

La nueva LEC se refiere a la demanda en el art. 437 como acto iniciador del proceso, y dice que en ella «se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida». Ya no nos encontramos ante una demanda completa, sino que se trata de una demanda sucinta en la que ya no es necesario que se expongan y numeren los hechos y los fundamentos de derecho. A través de esta demanda se ejercita la acción y se expone, sin quedar totalmente determinada, la pretensión, que quedará completamente fundamentada en el inicio de la vista (14). En cualquier caso nada impide que se interponga una demanda ordinaria completa, puesto que la ley lo que establece es el contenido mínimo de la demanda. Esta posibilidad está, además, prevista en el art. 443, cuando se refiere a la demanda que «se hubiera formulado conforme a lo previsto para el juicio ordinario». Por lo demás, frente a esta demanda no cabe reconvención.

Además la demanda debe venir acompañada de una serie de documentos a que se refieren los artículos 264 y 265 de la nueva LEC, puesto que el Capítulo III del Título I del Libro II de la LEC, resulta de aplicación tanto al juicio ordinario como al verbal. Entre los documentos que deben acompañar a la demanda la Ley distingue los procesales, que pueden presentarse con la demanda, la contestación o, en su caso, al comparecer a la vista de juicio verbal, y que son, entre otros, el poder notarial conferido al procurador, acreditación de la representación, acreditación del valor de la cosa, etc; y los materiales referidos al fondo del asunto y que sirven como prueba.

b) Juicio verbal: La LEC se remite a las normas del interdicto de adquirir para la celebración del juicio verbal en el artículo 1656, al decir que «se observará lo prevenido en los artículos 1644 y siguientes, llevándose a efecto aunque no concurra el demandado». En el juicio verbal las partes, que pueden concurrir con sus defensores, exponen y contestan sobre sus derechos. A continuación proponen las pruebas, que podrán ser de posiciones, documentos y testigos, y el juez admite las que estime pertinentes, que se practicarán en el mismo acto, uniéndose los documentos a los autos. Del resultado del juicio se extenderá acta, que deberá ser firmada por el juez, las partes, los testigos y el actuario.

Se establecen sin embargo dos limitaciones que complementan las normas establecidas para el interdicto de adquirir. La primera se contiene en el art. 1655 y conforme ésta no se admitirá al demandado ningún escrito cuyo objeto sea impugnar la demanda, ni ninguna pretensión que dilate la celebración del juicio. Señala la doctrina que con esta limitación, propia de los procesos sumarios, lo que se pretende es que puedan discutirse objetos que caigan fuera del procedimiento interdictal (15). La segunda la encontramos en el apartado segundo del artículo siguiente y dice

(13) GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los procesos sumarios», cit., pág. 418.

(14) MONTERO AROCA, J., «El juicio verbal», en MONTERO AROCA, J. y OTROS, *Derecho Jurisdiccional*, t. II., Valencia, 2000, págs. 380 y 381; MONTERO AROCA, J., «El juicio verbal», en MONTERO AROCA, J. y OTROS, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Valencia, 2000, págs. 453 y 454, quien añade que al no ser la pretensión un acto procesal sino una declaración de voluntad que consiste en una petición fundada, no es necesario que se manifieste en un acto, sino que puede hacerse en varios.

(15) GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los procesos sumarios», cit., pág. 418.

que sólo se admitirán las pruebas que se refieran a los presupuestos de admisibilidad de la demanda a que anteriormente nos hemos referido debiendo el Juez repeler todas las demás.

La nueva LEC no establece ninguna particularidad en la tramitación del juicio verbal cuando de lo que se trata es de retener o recobrar la posesión. Veamos a grandes rasgos como se desarrolla. Conforme al art. 440 en el plazo de cinco días desde la presentación de la demanda, el juez decidirá sobre su admisión o inadmisión. Una vez admitida dará traslado al demandado y citará a las partes para la celebración de la vista, que deberá realizarse entre los diez a veinte días siguientes al de la citación. En la citación se hará constar que tampoco conforme a la nueva tramitación se suspenderá la vista por inasistencia del demandado y se advertirá a las partes que deberán acudir con los medios de prueba de que intenten valerse. Se advertirá al demandante de que en caso de que no comparezca a la vista, si el demandado no alega interés legítimo en continuar el proceso, se le tendrá por desistido de la demanda, imponiéndosele las costas y condenándosele a indemnizar al demandado que hubiera comparecido y lo hubiera solicitado acreditando daños y perjuicios. Si es el demandado el que no asiste a la vista continuará el juicio en rebeldía.

A continuación se celebra la vista, que se produce en un acto oral único y a la que le son aplicables las normas reguladoras de las vistas en general que se contienen en los arts. 182 a 193 de la nueva Ley. En la celebración de la vista, el demandante deberá comenzar con exponer o ratificar los fundamentos de lo que se pida. A continuación, el demandado podrá formular las alegaciones que estime conveniente comenzando con todas aquellas que tengan carácter procesal tras las cuales será oído también el demandante.

En caso de que no hubiere cuestiones procesales o si, aunque las hubiere, el tribunal decide la continuación del juicio, las partes podrán exponer de forma clara los hechos en que fundamenten sus pretensiones. En caso de que no hubiera acuerdo sobre los mismos se propondrán las pruebas que, de ser admitidas, se practicarán seguidamente. Como vemos, no establece expresamente la Ley ninguna limitación semejante a la que se contiene en la vigente LEC relativa a las pruebas. También el Juez podrá señalar, conforme al art. 429, las pruebas que considere convenientes si algún hecho resulta insuficientemente probado. Las partes podrán formular protesta si quieren hacer valer sus derechos en segunda instancia, ante la inadmisión de pruebas o admisión de las obtenidas con violación de los derechos fundamentales.

c) Sentencia y recursos: El proceso finaliza con la sentencia que deberá dictarse al día siguiente de la terminación del juicio, declarando si hay lugar o no al interdicto. Contra la sentencia cabe recurso de apelación en ambos efectos. La LEC 1/2000 establece un plazo mayor para dictar sentencia, ya que dispone en el art. 447.1 que «practicadas las pruebas si se hubieren propuesto y admitido o expuestas, en otro caso, las alegaciones de las partes, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes». Cabrá también contra esta sentencia recurso de apelación en el plazo de cinco días.

Es importante señalar que la sentencia que recaiga en estos procesos posesorios, tanto con la LEC aun en vigor, como con la nueva, no produce efectos de cosa juzgada, al tratarse de juicios sumarios. Así lo establece expresamente el art. 447 de la Ley 1/2000 ya que dispone de forma clara que «no producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión...». También puede deducirse esta afirmación de la LEC en vigor, concretamente del art. 1658, párrafo tercero, ya que dispone que «se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente». Esto es así porque el interdicto posesorio tiende únicamente a restablecer la situación existente antes de la perturbación o despojo, pero no resuelve controversias que vayan más allá.

2.4. Efectos de la sentencia.

Por último, cabe preguntarse cuáles son los efectos sustantivos que produce la sentencia en la que se declara haber lugar al interdicto. La LEC dedica un artículo, el 1658, a exponer cuales son estos efectos distinguiendo, ahora sí, cual era verdaderamente la pretensión, si el cese de la perturbación o evitar la misma, o la recuperación frente al despojo. La nueva Ley, sin embargo, ha suprimido esta referencia a los efectos sustantivos de la sentencia. Veamos cuáles son para determinar si pueden seguir considerándose vigentes tras la nueva Ley.

Respecto al interdicto de retener, si la sentencia que recae declara haber lugar al mismo por haber sido inquietado o perturbado el demandante en la posesión o en la tenencia, o por tener fundados motivos para creer que lo será, dice el párrafo primero del art. 1658 que se mandará mantenerle en la posesión y se requerirá al perturbador para que en lo sucesivo se abstenga de llevar a cabo cualquier acto que suponga una perturbación en la posesión apercibiéndole como corresponda con arreglo a derecho. Además se le impondrán las costas al demandado.

Si la sentencia ha declarado haber lugar al interdicto de recobrar, en ella se acordará que se reponga al demandante inmediatamente en la posesión. Igualmente se condenará en costas al demandado además de al pago de daños y perjuicios si se hubieran producido y a la restitución de los frutos en caso de que la cosa objeto de la posesión fuera fructífera. Para ambos supuestos dispone el párrafo tercero que la sentencia deberá contener la fórmula de *«sin perjuicio de tercero»*.

Ante los efectos sustantivos que establece expresamente el art. 1658 LEC vemos que aunque la nueva LEC no dice nada la sentencia que recaiga en el juicio verbal producirá los mismos efectos, puesto que precisamente lo que se pide es que cesen los actos de perturbación, adoptándose las medidas que para ello resulten necesarias, o que se restituya inmediatamente la posesión al despojado.

## 3. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN POR EL HEREDERO.

Como hemos advertido al inicio de este trabajo aunque sólo el interdicto de retener o recobrar constituye un verdadero proceso en defensa de la posesión, vamos a hacer alguna referencia a los demás interdictos tratando básicamente de ver como ha quedado su regulación en la nueva LEC, puesto que tradicionalmente han sido estudiados al efecto de la protección de la posesión.

El interdicto de adquirir es el que hasta ahora ha venido utilizando el heredero que pretendía obtener la posesión de los bienes de la herencia y que le corresponde en virtud del art. 440 CC, el cual dispone que «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia» (16). Precisamente para hacer efectiva esta posesión, llamada civilísima, es para lo que existe este interdicto (17).

Legitimado activamente para acudir a este proceso lo está tanto el heredero sea testamentario como *ab intestato,* como los albaceas, para poder dar cumplimiento a lo establecido en los

(16) Véase ROCA SASTRE, R. M., «La adquisición hereditaria de la posesión», *R.G.L.J.*, 1953, págs. 333 y sigs. y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Adquisición de la posesión de bienes hereditarios», *R.G.L.J.*, 1988, págs. 159 y sigs.

(17) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Protección y efectos de la posesión», cit., pág. 308 también afirma que «no es un arma defensiva de la posesión atacada, y ni siquiera se refiere a la posesión en general, sino que es sólo un medio de convertir (pidiendo ser judicialmente investido de ella) en posesión mediata o inmediata, según la que tuviese el causante, la posesión civilísima que sobre los bienes de aquél recibe el heredero por el hecho de aceptar la herencia (Código civil, art. 440, 1º)».

arts. 902 y 907 CC, el administrador de la herencia yacente y los legatarios de cosa específica y determinada. La legitimación pasiva le corresponderá, de acuerdo con lo que hemos visto, al poseedor de los bienes hereditarios que no sea el dueño o el usufructuario (18).

Con la nueva LEC la demanda que contenga esta pretensión seguirá también el cauce previsto para el juicio verbal. Así, de acuerdo con el artículo 250.1.3°, se decidirán en el juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía las demandas «que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario». A la vista de lo anterior, el único presupuesto de admisibilidad que se exige, y que también ha venido exigiendo la LEC vigente en el art. 1633, es que los bienes cuya posesión se reclama no estén siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.

Una vez admitida la demanda, tal y como hemos visto cuando lo que se pretendía era retener o recobrar la posesión, la nueva LEC determina una serie de actuaciones previas a la vista en virtud de la especialidad del proceso. Dada la existencia de estas actuaciones previas la doctrina considera que en estos casos la actividad judicial puede dividirse en dos fases, una de jurisdicción voluntaria, y otra propiamente jurisdiccional que es la que se lleva a cabo por los trámites del juicio verbal (19). También en la LEC pueden distinguirse dos fases en el procedimiento del interdicto de adquirir; una fase sumarísima y otra de entrega de la posesión.

A la actividad previa que constituye la fase que hemos llamado de jurisdicción voluntaria se refiere el art. 441.1, según el cual llamará a los testigos, que habrán tenido que proponerse por el demandante, y según sus declaraciones dictará auto en el que se deniegue u otorgue la posesión solicitada, con el que terminará el proceso si nadie reclama. El auto se publicará por edictos en lugar visible de la sede del tribunal, en el Boletín Oficial de la provincia y en uno de los periódicos de mayor difusión de la misma, a costa del demandante, instándose a los interesados a comparecer y reclamar, en el plazo de cuarenta días, si consideran tener mejor derecho que el demandante. De modo que si nadie reclama ya no seguirá adelante el proceso quedando atribuida la posesión al demandante, y si hay reclamaciones se citará al demandante, dándole traslado de los escritos, junto con todos los comparecientes. A partir de aquí se seguirán los trámites del juicio verbal tal y como hemos visto en el caso de retener o recobrar la posesión.

La fase de jurisdicción voluntaria viene a coincidir con la fase sumarísima que se recoge en los arts. 1634 a 1641 de la vigente LEC ya que también en ella se trata de obtener información testifical sobre si existe posesión por otro a título de dueño o usufructuario, y en virtud de la misma dictar un auto otorgando o negando la posesión pudiendo reclamarse en el plazo de 40 días. Transcurridos los cuarenta días sólo queda al perjudicado la acción de propiedad, debiendo conservarse en la posesión al que la haya adquirido mientras dure el correspondiente juicio. En caso de que si se hubieran presentado reclamaciones comenzará la segunda fase, o juicio verbal, tras haber sido entregadas y contestadas las reclamaciones al que pretende la posesión, tal y como hemos visto para los interdictos de retener y recobrar la posesión. Tampoco las sentencias que recaigan en estos procesos, tanto de acuerdo con la LEC vigente como con la nueva, producirán los efectos de cosa juzgada.

---

(18) GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los procesos sumarios», cit., pág. 420.

(19) MONTERO AROCA, J. y OTROS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., pág. 388; MONTERO AROCA, J. y OTROS, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, cit., pág. 462. Afirma, además, este autor que la fase no jurisdiccional se inicia con la presentación de un escrito, que no es una verdadera demanda puesto que, entre otras cosas, no se dirige contra persona determinada, al que habrá de acompañarse el testamento o declaración de herederos y en el que se ofrecerá información testifical.

## 4. PROTECCIÓN ANTE NUEVAS CONSTRUCCIONES.

Aunque el interdicto de obra nueva no es tampoco propiamente un juicio posesorio, sí que tiene como finalidad la protección de la posesión, así como de otros derechos reales, cuando pueda resultar perturbada o afectada ante la construcción de una obra nueva. Este interdicto se regula en la vigente LEC en los arts. 1663 a 1675 y se refiere a él tambien el art. 1631 diciendo que podrá intentarse «para impedir una obra nueva».

Por obra nueva debe entenderse no sólo las edificaciones de nueva construcción, sino también de construcciones ya existentes que impliquen «renovación o adición de elementos, siempre y cuando no esté ya acabada» (20).

Legitimado activamente está todo aquél a quien perjudique la obra, sin necesidad de probar la posesión y la legitimación pasiva la tendrá el dueño de la obra o comitente. A este procedimiento también se le han atribuído dos fases, una de aseguramiento, en la que se pretende la suspensión inmediata de la obra, y otra de juicio verbal. En cuanto a la fase de aseguramiento se ha dudado de que se trate de una verdadera fase apuntando que tal vez sea mejor considerarla como una medida cautelar (21), puesto que consiste simplemente en que tras la demanda se dicte providencia por la que se ordene la paralización inmediata de la obra, tal y como establece el art. 1644, bajo apercibimiento de demolición de lo que se edifique. No obstante, el art. 1645 faculta al comitente para pedir que se le permita continuar con las obras indispensables para la conservación de lo edificado.

A continuación se celebrará el juicio verbal o segunda fase del procedimiento para acordar definitivamente la suspensión o reanudación de las obras, de acuerdo con los trámites establecidos para el interdicto de adquirir pudiendo presentar los interesados en este momento los documentos en que funden sus pretensiones. El juez podrá acordar, para mejor proveer, la inspección ocular de la obra para lo cual podrá valerse de un perito.

La nueva LEC, en el art. 250.1.5º también remite a los trámites del juicio verbal las demandas que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva. La única especialidad en relación con las normas del juicio verbal que hemos visto, se encuentra en el art. 441 relativo a las actuaciones previas a la vista. Estas actuaciones previas a la vista vienen también a corresponderse con la fase de aseguramiento, puesto que en realidad se trata de obtener la suspensión inmediata de la obra tras la interposición de la demanda. Así, establece este artículo que el tribunal«dirigirá inmediata orden de suspensión al dueño o encargado de la obra». Ahora bien, se permite a éste ofrecer caución para continuar la obra, así como para la realización de obras indispensables para la conservación de lo edificado hasta el momento. El reconocimiento judicial, pericial o conjunto, que conforme a la actualmente vigente LEC se lleva a cabo en el desarrollo del juicio verbal, se adelanta ahora a un momento previo a la vista. Tampoco en estos casos la sentencia que pueda recaer produce el efecto de cosa juzgada.

## 5. PROTECCIÓN ANTE CONSTRUCCIONES EN RUINAS.

Para finalizar alguna mención merece también el conocido hasta ahora como interdicto de obra ruinosa. El interdicto de obra ruinosa, según el art. 1676 de la LEC, puede tener dos objetos

---

(20) GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los procesos sumarios», cit., pág. 422. Apunta GARCÍA DE MARINA, M., *Interdictos*, cit., pág. 292, que «para el concepto de obra nueva nos remitimos a la cualidad innovadora de la misma. Por tanto, cualquier obra en construcción que no tenga la cualidad de innovadora no es suspendible de interdicto de obra nueva. Este es el caso de las reparaciones o restauraciones. Y, por contra, cualquier obra en construcción —por ínfima que sea— que tenga cualidad innovadora es una obra nueva».

(21) GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los procesos sumarios», cit., pág. 423.

o finalidades; uno, la adopción de medias urgentes de precaución, a fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de algún edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo, cuya caída pueda causar daño a las personas o en las cosas; otro, la demolición total o parcial de una obra ruinosa. La nueva LEC parece que ha suprimido esta dualidad de objetos puesto que en el art. 250.1.6° se refiere únicamente a la «demolición o derribo».

La legitimación activa únicamente corresponde a quienes tengan alguna propiedad contigua o inmediata que pueda resentirse o padecer por la ruina, por lo que parece referirse al propietario, y a quienes tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio, árbol o construcción que amenace ruina. Es en este segundo grupo de legitimados activamente donde podemos incluir al poseedor, pero no se refiere sólo al poseedor de fincas contiguas, sino a cualquier persona que pase por las inmediaciones y se vea amenazado. La legitimación pasiva corresponderá al dueño de el objeto que amenaza ruina. Esta misma amplitud en la legitimación activa la encontramos en la nueva Ley 1/2000, ya que únicamente se desprende del apartado 6° del art. 250.1 que quien demande se vea amenazado por el objeto en estado de ruina.

En la vigente LEC dada la duplicidad de objetos pueden distinguirse dos supuestos distintos en el procedimiento, aquel que se dirige a la adopción de medidas de seguridad urgentes, regulado en los artículos 1679 a 1681 y el dirigido a la demolición de la obra ruinosa, a que se refieren los artículos 1682 y 1683. La nueva LEC, sin embargo, ha suprimido, como hemos apuntado, aquel proceso cuya finalidad es la adopción de medidas de seguridad urgentes, con lo que ante cualquier objeto de los enumerados en la Ley que amenace ruina susceptible de ocasionar daños, ya no cabrá salvar el objeto, sino que sólo procederá la demolición. Por lo demás no establece ninguna especialidad la nueva Ley, por lo que habrá que acudir a las normas generales del juicio verbal a que nos hemos venido refiriendo.

## 6. BIBLIOGRAFÍA.

ALBALADEJO GARCÍA, M., «Protección y efectos de la posesión», *R.D.P.*, 1963, págs. 305 a 315.

ÁLVAREZ ABUNDANCIA, R., «Acotaciones sobre los interdictos de retener y recobrar la posesión», *R.D.P.*, 1959, págs. 966 a 977.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1993.

GARCÍA DE MARINA, M., *Interdictos*, Barcelona, 1992.

HERNÁNDEZ GIL., A., *La posesión*, Madrid, 1980.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Adquisición de la posesión de bienes hereditarios», *R.G.L.J.*, 1988, págs. 159 y sigs.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., ORTELLS RAMOS, M., Y MONTON REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso Civil, vol. 2, Barcelona, 1989.

MONTERO AROCA, J.,Y OTROS, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, Valencia, 2000.

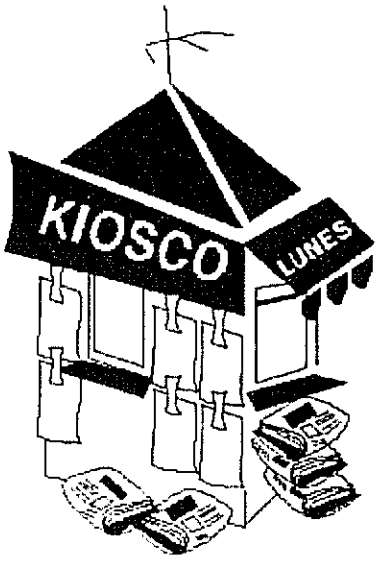
MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S., *El nuevo proceso civil, (Ley 1/2000)*, Valencia, 2000.

ROCA I TRIAS, E., «La protección de la posesión», en *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, 1994, págs. 189 a 193.

ROCA SASTRE, R. M., «La adquisición hereditaria de la posesión», *R.G.L.J.*, 1953, págs. 333 y sigs.

VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C., «Legitimación activa y pasiva en los interdictos de retener y recobrar la posesión», *A.D.C.*, 1955, págs. 791 a 829.

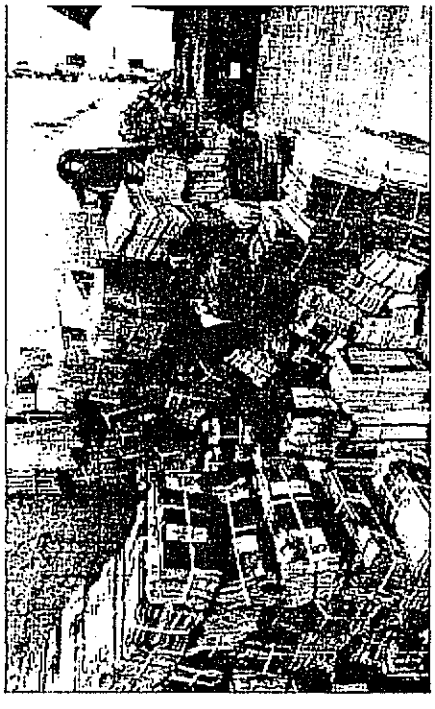
■




# La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Su relación con el Registro de la Propiedad. (2ª parte)

**Nicolás Rico Morales**

**(Tomado del Boletín del C.E.R. Granada, núm. 90, marzo 2000)**



## D.F. 9ª SOBRE REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA.

Se modifican los artículos 41, 86, 107, 129, 130, 131, 132, 133, 134 y 135 de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, que quedarán redactados en los siguientes términos:

1. Artículo 41

<<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>>.

2. Artículo 86

<<Las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga. Podrán practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos.

La caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado>>.

3. Artículo 107.12º

<<12. 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>>.

4. Artículo 129

<<La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra lo bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario>>.

5. Artículo 130

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

6. Artículo 131

<<Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto>>.

7. Artículo 132

<<A los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del registrador se extenderá a los extremos siguientes:

1º Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.

2º Que se ha notificado la existencia de 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.

3º 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.

4º 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>>.

8. Artículo 133

<<El testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo del auto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El mandamiento judicial de cancelación de cargas y el testimonio del auto 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>>.

9. Artículo 134

<<El testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento.

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>>.

10. Artículo 135

<<El registrador deberá comunicar al Juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución>>.

## EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO Y SUS REPERCUSIONES HIPOTECARIAS.

### Comentarios a la nueva LEC por Nicolás Rico Morales

Desde un punto de vista hipotecario, hemos de considerar fundamentalmente la conexión del procedimiento ejecutivo con el Registro en base a dos momentos esenciales: la anotación del embargo y la inscripción de la adjudicación de los bienes con las cancelaciones consiguientes. Pero a lo largo de la ejecución existen muchas otras referencias al Registro, por lo que procede estudiar más detenidamente la totalidad del procedimiento.

Por ello, dando por supuesto que pueden haber conexiones entre el procedimiento y el Registro, anteriores al Embargo, como el acudir al Registro, en una primera pesquisa, para averiguar la existencia de bienes inmuebles propiedad del deudor, que puede hacerse por el ejecutante de forma privada antes de plantear la ejecución, hemos de comenzar éste estudio por el trámite del Embargo de los bienes inmuebles.

### EL EMBARGO.

El embargo es una medida judicial adoptada por el Juez en un proceso ejecutivo, por la que se sujetan determinados bienes al pago de una deuda pecuniaria, como medida cautelar dirigida a asegurar la efectividad de dicha ejecución.

Para ello, mediante el embargo se concreta sobre qué bienes del deudor ha de hacerse efectivo el principio de responsabilidad patrimonial universal.

Como **caracteres fundamentales del embargo**, cabe señalar:

—atribuye al órgano jurisdiccional la posibilidad de continuar el procedimiento ejecutivo sobre bienes concretos y determinados, hasta la enajenación de los mismos (por ejercicio del ius distrahendi sobre el bien gravado).

Por ello los bienes no quedan vinculados al crédito del actor, sino simplemente al proceso de ejecución.

—restringe claramente las facultades dominicales del embargado, ya que aunque puede disponer de sus bienes, ha de hacerlo "sin perjuicio de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación" (art. 71 LH). Es decir, el embargado sólo puede disponer de los bienes embargados respetando el embargo (hasta el punto que sí los enajena como libres puede cometer delito

de estafa o de alzamiento de bienes).

—el embargo no altera la naturaleza del crédito del actor, que sigue siendo un derecho personal.

—si recae sobre bienes inmuebles, se le otorga publicidad a través de la anotación en el Registro de la Propiedad.

**Regulación legal.**

En nuestro derecho el embargo se regula como una medida dentro del procedimiento ejecutivo en la L.E.C. (arts. 584 y sstes); en el procedimiento de apremio por débitos fiscales (Reglamento General de Recaudación) y en el procedimiento de apremio por débitos de la Seguridad Social (Reglamento de Recaudación específico al respecto); mientras que su regulación hipotecaria se contiene en el art. 42 y 43 de la Ley Hipotecaria (en lo sucesivo LH) y concordantes del Reglamento Hipotecario (RH 140 y sstes). Aquí sólo hemos de estudiar el procedimiento ejecutivo dentro de la LEC, en su conexión con la legislación hipotecaria.

## EL EMBARGO DE BIENES INMUEBLES EN LA LEC.

**Bienes embargables.**

**A) Localización de bienes a embargar.**

La primera medida a adoptar en el procedimiento será la de localización de bienes del ejecutado susceptibles de ser objeto del embargo.

Frente a la legislación anterior, que no regulaba éste punto, la nueva LEC establece:

—que en la demanda ejecutiva, el embargante puede expresar los bienes del ejecutado que pueden ser objeto del embargo (art. 549.3º)

—que, salvo que el ejecutante haya señalado bienes suficientes para el fin de la ejecución, el Juez requerirá al ejecutado para que manifieste la existencia de bienes de su propiedad embargables, con expresión, en su caso de sus cargas y gravámenes y su estado ocupacional (art. 589).

—que, a instancia del ejecutante, (y cuando éste no pueda obtener los datos por si mismo, a través de su procurador) el Juez puede dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos, para que le faciliten relación de bienes embargables (art 590) imponiendo a dichos organismos un deber de colaboración (art. 591).

Dado que en relación con el Registro, el ejecutante siempre podrá obtener la necesaria publicidad de los bienes del ejecutado, como titular de un interés jurídico protegible, será el propio ejecutante, o su procurador, el que se dirigirá al Registro, en demanda de la necesaria información.

**B) Bienes embargables.**

El art. 592 LEC al regular los bienes que pueden embargarse, cita los inmuebles en 7º lugar, en una regulación paralela a la anteriormente existente.

El orden del embargo establecido por éste artículo no es imperativo, ya que el propio artículo permite al acreedor y deudor pactar un orden diferente, y al Juez señalar los bienes a embargar de forma más discrecional, "atendiendo a su mayor facilidad de enajenación y la menor onerosidad para el ejecutado"; por ello, sólo si no pudiesen seguirse dichos criterios entrará en juego el orden legalmente establecido.

Ateniéndose sólo a lo bienes inmuebles son embargables dichos bienes inmuebles y derechos reales constituidos sobre los mismos, siempre que:

—sean enajenables, en cuanto que el embargo supone una enajenación en potencia, si continua adelante el procedimento.

—estén inscritos a favor del embargado, por cumplimiento del principio de tracto sucesivo.

**C) Suficiencia del embargo.**

Los propios arts. 589 y 590 hablan de que el embargo ha de se "suficiente para el fin de la ejecución", y es obvio que pueden embargarse una sola finca, o varias fincas a tal fin, e incluso todos los bienes que tengan el ejecutado, si se estima conveniente.

No obstante, dispone el art. 584 LEC que no se embargarán bienes de valor superior a las cantidades por las que se haya despachado la ejecución, salvo que en el patrimonio del embargado sólo haya bienes de cuantía superior y resultare necesaria su afección.

Conforme a ello, ¿puede embargarse la totalidad de los bienes inmuebles del deudor, aunque su valor exceda en mucho a dicho valor ejecutado? Es práctica normal que el Procurador intente un embargo de todos los bienes inmuebles del deudor, para así asegurar "más allá de toda duda" el cobro de la deuda. Sin embargo, el Juez debe de aquilatar el valor de los bienes embargados, para evitar perjuicios innecesarios al embargado.

Por otra parte, en el momento de decidir sobre los bienes a embargar, el Juez no tiene conocimiento de la situación de cargas existentes sobre la finca, que conocerá posteriormente, a través de la certificación registral de dominio y cargas de la misma. Por ello, en vista de dicha situación de cargas anteriores a la finca, el Juez puede modificar los embargos ordenados, mejorando o reduciendo el embargo, conforme al art. 612 de la ley.

**Momento en que se entiende efectuado el embargo.**

El embargo puede decretarse en el auto que despache la ejecución, si ya se tiene conocimiento de los bienes embargables (art. 553.4º) o en un momento posterior. Y en dicho momento posterior puede hacerse mediante una resolución concreta estableciendo el embargo o mediante el simple levantamiento del acta del embargo.

Así resulta del art. 587: el embargo se entenderá hecho desde que se decrete por resolución judicial, o se levante el acta de embargo, aunque aún no se haya efectuado la anotación preventiva del mismo; y todo ello, sin perjuicio de la protección debida al tercero de buena fe.

Es decir:

— el embargo existe desde que se decrete judicialmente, y desde ese momento vincula los bienes a la resulta del proceso ejecutivo.

— la anotación no es constitutiva del embargo, sino que es sólo una medida de publicidad frente a terceros.

— los terceros de buena fe siempre quedarán protegidos frente al embargo, como veremos.

**Acceso del embargo al R.P.**

El embargo es objeto de anotación preventiva en el Registro, conforme al art. 629 LEC y 42 y siguientes de la LH.

Tal anotación es en principio obligatoria, sin perjuicio de que si no fuera posible el procedimiento continuará su tramitación.

**Incidencias que pueden afectar al embargo.**

**Los bienes que se embargan han de ser propiedad "real" del embargado (art. 594).**

En el caso mas normal, en que se embargan los bienes que son realmente del deudor, y éstos bienes están inscritos a su favor, procede practicar la anotación del embargo.

Pero, dada la voluntad de la inscripción registral, puede suceder que el titular registral no sea el verdadero titular actual de los bienes.

Por ello pueden darse como casos:

**a) que los bienes embargados no sean realmente del deudor, aunque estén inscritos a su favor.**

Si se embargan bienes que no son del deudor, aunque estén inscritos a su favor (ej. porqué los vendió con anterioridad y el adquirente no ha inscrito su adquisición), el embargo realizado es eficaz, sin perjuicio de las acciones del titular real no inscrito para que ejercite sus derechos contra quien y como corresponda (art. 593.3).

El titular real de los bienes puede ir contra el embargo, dentro del mismo procedimiento ejecutivo, mediante el ejercicio de la Tercería de dominio. Si no obstante, no ejercita la tercería de dominio, el procedimiento ejecutivo sigue adelante y el titular real no puede impugnar la enajenación de los bienes embargados, sin perjuicio de poder ejercitar sus derechos fuera del procedimiento ejecutivo, conforme a la legislación sustantiva y particularmente, mediante las acciones de enriquecimiento injusto o nulidad de la enajenación.

Es decir: el procedimiento se dirige contra el titular registral y por ello, si no se ejercita la tercería sigue adelante y se verifica el remate de los bienes, pese a no ser realmente del deudor. El verdadero dueño sufre un perjuicio y el deudor se ve libre de la deuda sin menoscabo de su patrimonio real: por ello, el verdadero dueño puede ejercitar contra el deudor la acción de enriquecimiento injusto o resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Un caso especial es el de que el bien embargado sea una vivienda familiar adquirida en documento privado (normalmente, en casos de prehorizontalidad), en cuyo caso, puede alegarse el documento privado para que las partes, en plazo de cinco días, decidan su conformidad con que no se realice el embargo.

**b) que los bienes embargados (sen o no del deudor) no estén inscritos a su favor.**

Si se embargan bienes inscritos a favor de persona distinta del deudor, el titular registral puede evitar el embargo, simplemente probando la inscripción a su favor, mediante la oportuna certificación registral. Asimismo, después de ordenado el embargo, puede acudir al procedimiento con dicha certificación, para lograr su levantamiento. Supone ello una aplicación el principio de legitimación registral, del art. 38 LH. (se presume que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular tal y como aparecen inscritos). Es la llamada "tercería registral".

**Las tercerías de dominio.**

La tercería de dominio, dice la E. de M., se concibe en la nueva LEC como un incidente de la ejecución, destinado exclusivamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo.

La persona que realmente sea el titular de los bienes embargados (aunque no tenga sus títulos inscritos en el Registro), puede ejercitar dentro del procedimiento ejecutivo la tercería de dominio, que ejercerá una vez embargado el bien y siempre que su adquisición no sea posterior a la traba del embargo (art. 595).

(La LEC utiliza la frase "que el tercero no ha adquirido del deudor una vez trabado el embargo", retorcida forma de decir algo tan simple como que "la adquisición del tercero sea anterior al embargo", aunque no esté inscrita en el Registro con anterioridad al mismo).

Es decir: la tercería ha de basarse en títulos adquisitivos anteriores a la realización procesal del embargo, siendo irrelevante a éstos efectos, la fecha de la anotación: la persona que adquiera después "de la traba procesal del embargo", aunque sea antes de su anotación, no puede ejercitar la tercería de dominio.

No obstante, como vimos en el art. 587, si es un adquirente de buena fe, y dado que en el Registro no constaba la existencia del embargo, quedará protegido por la fe pública registral, si inscribe a su favor antes de la anotación, por el juego de la fe pública registral.

El problema se plantea en cuanto al adquirente de buena fe, posterior al embargo, y que no inscribe antes de la anotación del mismo. En éstos casos, la secuencia sería: embargo-adquisición-anotación del embargo-inscripción de la adquisición.

Con posterioridad trataremos todos los casos, al estudiar los efectos del embargo.

El objeto de la tercería es de una parte suspender la ejecución sobre el bien a que se refiera y hasta el momento en que recaiga auto en la misma, admitiéndola o desestimándola.

Mientras que se tramita la tercería (por los trámites del juicio ordinario) y dado que en caso de ser estimatoria los bienes van a quedar fuera de la ejecución, se admite como "medida de garantía del embargo", que el Juez ordene, como precaución, una mejora de dicho embargo (ej. embargando además otros bienes del deudor).

Fuera de dicha mejora del embargo, no se establece expresamente que la interposición de tercería tenga acceso al Registro de la Propiedad. Ahora bien ¿podría ser objeto de anotación preventiva de demanda? Tratándose de una demanda sobre la propiedad de bienes inscritos, podría pensarse que sí, lo que sucede es que su utilidad será nula, ya que la interposición de la tercería es en la actualidad un acto incardinado exclusivamente en el procedimiento ejecutivo y cuyo fin es litigar acerca del levantamiento del embargo, sin que la resolución entre en el fondo de dictar sen-

tencia declarativa de la titularidad de los bienes.

Si se admite la tercería, procede el alzamiento del embargo ya practicado (art. 601). Procesalmente, se procede a dicho levantamiento, y el embargo queda sin efecto. Registralmente, será necesaria la cancelación de la anotación del embargo, mediante el oportuno mandamiento cancelatorio (art. 604), en que habrá de constar la causa de la cancelación.

Si se desestima la tercería, el embargo sigue adelante y procedería cancelar las medidas de mejora del embargo que se hubiesen tomado.

## LA ANOTACIÓN DEL EMBARGO.

### Naturaleza de la anotación.

La actual regulación procesal no cambia sustancialmente los efectos de la anotación preventiva de embargo, cuya naturaleza fue muy discutida doctrinalmente, por lo que las conclusiones al respecto siguen siendo plenamente válidas después de la reforma.

El actual artículo 629 LEC establece que el embargo de los bienes inmuebles "se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad" y el art. 43 LH apostilla que respecto del embargo "será obligatoria la anotación según lo dispuesto en el art. 1453 LEC" (habrá de ser objeto de adaptación-actual art. 629 LEC).

Sobre ésta base ha sido muy discutida doctrinalmente **el carácter obligatorio (¿o mejor necesario?), y aún constitutivo de la anotación preventiva de embargo.**

—Para la doctrina mayoritaria (La Rica; Lacruz, Díez Picazo, Camy, Chico...) la anotación de embargo no es un asiento obligatorio (pese a la dicción imperativa del art. 629 LEC), porque su falta no determinará la inexistencia del embargo, continuando adelante el procedimiento ejecutivo aunque el embargo no sea anotado; lo que sucede es que la falta de anotación sólo tendrá efectos en relación con los posteriores adquirentes de los bienes embargados.

Y menos aún puede estimarse como constitutiva, pues ello daría lugar a consecuencias tan contrarias a nuestro derecho como que las fincas no inmatriculadas no serían embargables, la vía de apremio no podría iniciarse sin que antes se practicara la anotación y la extinción de la anotación por caducidad llevaría aparejada la extinción del embargo.

—Frente a ésta tesis, voces tan autorizadas como Cossio, estimaron que para que el embargo quedase perfectamente constituido era preciso que el acto judicial trabándolo fuere anotado en el Registro. El embargo anotado se equipararía así a una "hipoteca judicial" y la anotación sería como una "conditio iuris" para que el embargo quedase válidamente constituido.

—En una tesis intermedia, la doctrina matiza hoy que la anotación puede entenderse como constitutiva, pero no en el sentido de que sea la que da vida al embargo, sino simplemente que si se quiere que el embargo tenga efectos contra adquirentes posteriores de la finca, evitando así que el embargante quede perjudicado por la fe pública registral, es precisa su anotación.

(En éste sentido, se ha dicho que el efecto de la anotación de embargo es "enervar el juego de la fe pública registral", evitando que el tercero que adquiera la finca después de embargada pueda ignorar la existencia del embargo, y evitando que se constituya en "tercero hipotecario", ya que lo relega a una figura distinta y de menor importancia: la de "adquirente posterior —o tercer poseedor— de los bienes embargados").

En este sentido utiliza Roca la terminología de embargo como anotación constitutiva: es constitutiva en orden a producir una garantía especial de índole hipotecaria a favor del embargante y con respecto de ulteriores adquirentes de la cosa embargada.

La Jurisprudencia así lo tiene también determinado:

Una S. del TS de 27 septiembre 1967 establece que el embargo puede o no anotarse, pero si no se anota no producirá los efectos erga omnes que solo el registro asegura.

La DGRN por su parte en reiteradas resoluciones (de 1988 y 1989 por ej.) ha declarado que "en ningún precepto se establece el carácter constitutivo de la anotación preventiva de embargo"; que la anotación de embargo puede ser obligatoria, pero no constitutiva y que el carácter obligatorio de la anotación ha de ser interpretado en relación con el principio de la rogación.

En realidad, la doctrina y la Jurisprudencia está de acuerdo en el carácter de la anotación del embargo (derivado de sus efectos, que después veremos), y las polémicas derivan de la utilización indiscriminada de una terminología (los términos obligatorio y constitutivo), que en lugar de ser aclaratoria produce confusiones, por su amplia utilización en otras esferas del ordenamiento, fuera del ámbito del embargo.

Por ello cabría concluir diciendo:

—la anotación del embargo no es obligatoria para la existencia del embargo.

—la anotación del embargo es un trámite "necesario" en el decurso normal del procedimiento (y así se impone por la ley, siendo necesario presentar el mandamiento en el Registro, aunque por la dinámica registral la anotación no pueda llegar a efectuarse).

—la anotación, una vez practicada, es "determinante" en el juego de la fe pública registral frente a terceros adquirentes posteriores y en el juego de la prioridad registral frente a embargos posteriores.

***Sobre la base de lo antedicho se ha planteado el problema de **si una vez anotado el embargo se constituye un derecho real sobre los bienes embargados.**

La mayoría de la doctrina estima que el embargo es un acto procesal y la anotación sólo su proyección registral, que en nada prejuzga la verdadera situación, eficacia y naturaleza de los créditos, ni altera la naturaleza de las obligaciones: por ello, tanto el TS como la DGRN estima que "el embargo en nada altera la naturaleza del crédito del actor, que sigue siendo un derecho personal".

No obstante, parte de la doctrina, considerando los especiales efectos de la anotación preventiva de embargo y la necesidad de confrontar el derecho anotado con otros derechos inscritos ha llegado a ha-

blar de una especie de "derecho real procesal" (Guaps) o de un "semiderecho real de constitución procesal" (Rey Portolés).

Con todo lo cual, cabe concluir:

—el derecho garantizado con el embargo sigue siendo un crédito personal, y su preferencia crediticia es la que le corresponda como tal, sin que la anotación le otorgue una preferencia especial de cobro sobre los demás créditos.

—la anotación sólo puede considerarse obligatoria desde el punto de vista del principio de rogación y en relación con el decurso del proceso en que se decrete el embargo. Es por ello, obligatoria en el sentido de "necesaria" dentro del proceso.

—la anotación tiene un efecto hipotecario específico de gran importancia: el de enervar la fe pública registral, ya que al constar la existencia del embargo registralmente, el tercer adquirente de la finca no puede ignorar la existencia del procedimiento ejecutivo.

Por todo lo cual cabe concluir diciendo que la anotación preventiva de embargo publica registralmente la existencia de un embargo, constituyendo respecto de los posteriores adquirentes de la finca embargada una garantía especial de carácter tabular, que actúa a modo de una afección hipotecaria, pero sin perjudicar para nada los derechos de acreedores preferentes al embargante.

Este juego de la anotación del embargo, está actualmente recogido en el art. 587 LEC: El embargo existe desde el momento en que procesalmente se ordena, aunque aún no haya sido anotado en el Registro; pero no surte efectos respecto de terceros de buena fe que tengan acceso al Registro antes de su anotación.

En suma: frente al embargado el embargo surte plenos efectos, pero respecto de terceros de buena fe, sus efectos son los "que procedan hipotecariamente".

**El mandamiento de embargo.**

La anotación del embargo se efectuará mediante el mandamiento para que se haga la anotación (o tratándose de bienes muebles inscribibles en el Registro especial "anotación de equivalente eficacia en el Registro en que corresponda") -art. 629.

La presentación del mandamiento en el Registro, se hará mediante fax que se remitirá desde el Juzgado desde el Tribunal al Registro, en el mismo día en que se expida el mandamiento, para que se extienda el asiento de presentación, quedando en suspenso la anotación hasta que se presente el mandamiento original en el Registro "en la forma prevista en la legislación hipotecaria".

Esta presentación plantea como problemas:

—no se establece en la LEC un plazo para que el Juez expida el mandamiento, una vez ordenado el embargo (el proyecto establecía un plazo de 10 días, que ha desaparecido en la redacción final).

—se impone obligatoriamente la presentación por fax, lo que deja sin efecto respecto de los mandamientos de embargo, la presentación voluntaria por fax establecida con carácter general para los documentos judiciales en el art. 418.5º RH.

—El fax se remitirá el mismo día de la expedición del mandamiento (a diferencia del art. 417,5º citado, que establecía la presentación el día de la firma o en el siguiente hábil). No obstante, si el fax se pusiese en fechas posteriores, el Registrador no debe entrar a calificar éste punto, y debe de admitir la presentación en cualquier momento en que se remita el fax, sin perjuicio, claro es, de que la presentación sólo surtirá efectos desde ese momento.

—Tampoco se establece expresamente plazo de duración para el asiento de presentación por fax del mandamiento, ni la forma de hacer constar la presentación del original, ni los efectos de dicha presentación. Pero dada la equiparación establecida en general para los documentos judiciales presentados por fax, respecto de los notariales, por el art. 417 párrafo último, serán aplicables el régimen de caducidad del asiento (diez días hábiles desde la presentación por fax); la forma de hacerlo constar (nota al margen del asiento) y sus efectos (la fecha de presentación del documento consolidado será a todos los efectos legales la de la presentación por fax; pero los plazos para calificación y despacho por el Registrador, correrán desde la consolidación del asiento de presentación).

**Práctica de la Anotación.**

En general, si la finca está inscrita a favor del embargado, procede practicar la anotación preventiva de embargo. Pero se establece que podrá tomarse anotación preventiva de suspensión (sustitutoria de la de embargo) en casos de que:

1) el bien no estuviere inmatriculado en el Registro.

2) si está inscrito a favor de persona de "quien traiga derecho el embargado", y en la forma y con los efectos previstos en la legislación hipotecaria.

Estamos en los dominios del **principio de tracto sucesivo**, por lo que conforme a la L.H. (art. 20) y RH (art. 140) los casos que pueden darse son:

a) estando la finca inscrita a favor del embargado, procede la anotación. (sin perjuicio de que si no fuere el titular real y actual de la misma, pueda ejercitarse por dicho titular la tercería de dominio).

b) si resultare inscrito el bien a favor de persona distinta del embargado, procede la denegación de la anotación del embargo (art. 20 LH); salvo si el embargado fuere causahabiente del titular inscrito, conforme al art. 105 RH, en que procede suspender la anotación y extender en su caso, la anotación de suspensión, a solicitud del presentante.

b) Si la finca no estuviere inmatriculada, procede la suspensión de la anotación y extensión de la anotación por efecto subsanable, a instancia del interesado.

## EFECTOS DEL EMBARGO Y DE LA ANOTACIÓN.

El embargo concede al acreedor un derecho a percibir el producto de la realización de los bienes embargados (art. 613), cubriendo principal, intereses y costas de ejecución.

Pero los verdadero problemas doctrinales siempre se ha planteado en torno a dos cuestiones:

1.- En un aspecto civil: La preferencia y prelación del crédito anotado respecto a los demás créditos existentes contra el ejecutado.

2.- En un aspecto hipotecario: La prioridad registral de la anotación del embargo respecto de títulos de dominio que tengan acceso al Registro con posterioridad a la misma.

Se trata de dos problemas que son tan determinantes en el juego del embargo, han levantado tanta polémica doctrinal y ocupan tanto espacio en los tratados y monografías, que hemos de detenernos en su consideración.

## I) EFECTOS DE LA ANOTACIÓN EN CUANTO A LAS TRANSMISIONES DE LA FINCA.

La existencia de la anotación del embargo en modo alguno produce un cierre registral, de forma que el dueño de la finca puede disponer plenamente de la misma. Así lo establece el art. 71 LH: "Los bienes inmuebles y derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación".

La enajenación por el titular gravado de su finca lleva consigo por ello que el adquirente ha de asumir la existencia del embargo y se verá perjudicado, en su caso, por la realización de los bienes.

Pero en la practica pueden darse hasta tres casos distintos:

1.- Transmisión posterior a la anotación del embargo.

2.- Transmisión anterior al embargo, pero que se inscribe con posterioridad al mismo.

3.- Transmisión verificada entre la fecha del embargo y la de su anotación.

**1.- Transmisión posterior a la anotación del embargo: Si anotado el embargo, posteriormente se transmite la finca y el adquirente inscribe la transmisión:** Se trata de un adquirente posterior, que se verá afectado por el embargo.

Como ya se ha dicho, el adquirente (que la nueva ley llama en algún lugar "tercer poseedor de los bienes embargados" -art. 613) no puede desconocer el embargo, que ya constaba registrado en el momento de su adquisición, de aquí que no pueda interponer tercería alguna; y su asiento será cancelado a consecuencia de la enajenación de la finca, por la vía del art. 175,2 RH.

2.- Transmisión anterior a la fecha del embargo, pero que se inscribe con posterioridad al mismo:

**Si se anota un embargo, pero existen actos dispositivos del embargado, anteriores a la fecha del embargo, pero que no se encuentran inscritos en el Registro, y se inscriben con posterioridad** (el caso del **título "rezagado" en la inscripción**).

Ha sido un supuesto muy discutido: Se trata de una adquisición anterior, y por ello no debería quedar afectada por el embargo, ya que la anotación preventiva de embargo sólo produce efectos respecto de las adquisiciones y créditos posteriores a la misma, pero no respecto de los créditos y adquisiciones anteriores, aunque éstos tengan acceso al Registro después de la anotación.

Puede considerarse desde una doble perspectiva: los derechos de adquirente durante la ejecución y su situación a consecuencia de la enajenación judicial de la finca.

**a) En cuando a los derechos del adquirente durante la ejecución.**

Para la teoría tradicional, el adquirente anterior al embargo, que aún no ha inscrito, puede intervenir en el proceso interponiendo una tercería de dominio sobre la finca, con admisión de la llamada "tercería registral". Basta con que el adquirente inscriba su título de dominio posteriormente, y presente en los autos del procedimiento del embargo la certificación de dicha inscripción, para que se sobresea el procedimiento de apremio, de forma automática e inflexible.

Si no interpone dicha tercería en el proceso, dicho titular de la finca puede defender sus derechos fuera de él, pero siempre correrá el riesgo de que el adjudicatario en el procedimiento inscriba la finca a su favor, quedando protegido por la fe pública registral.

Esta postura tradicional, defendida por Roca Sastre, y confirmada por la jurisprudencia del TS y la doctrina de la DGRN en forma reiterada, ha sufrido modernamente numerosos ataques. Así, García García que tacha esta interpretación de "tópico hipotecario", defiende el carácter de derecho real de la anotación preventiva de embargo, por lo que ésta debería de tener preferencia sobre todo acto (transmisión o crédito) que se inscriba con posterioridad a la misma anotación.

Un cambio en la posición tradicional se observa en las Res. DGRN de 23 marzo y 5 mayo 1993, cuya doctrina cabe resumir: el título anterior al embargo es de mejor condición que éste, pero tal mejor condición ha de ser declarada por los tribunales, sin que la sola inscripción del título rezagado proporcione a su titular una protección contra el embargo.

La protección del mejor derecho del adquirente anterior se basa así en la tercería de dominio, y no en la actuación del Registrador. Puede interponerse la tercería de dominio "normal", pero no la llamada "tercería registral".

En la actualidad, en la nueva LEC, pueden distinguirse dos casos:

1.- El de que los bienes estén inscritos a favor de persona distinta del embargado "antes del embargo" (art. 593.3), en que puede ejercitar la tercería registral, acreditando su titularidad registral mediante la certificación oportuna.

2.- Si los bienes se inscriben a favor de persona distinta del embargado, después de la anotación del embargo (y en virtud de título anterior al mismo): puede interponer la tercería quien afirme ser dueño del bien embargado, aportando un principio de prueba, y habiendo adquirido del ejecutado antes de que se haya trabado el embargo, aunque su inscripción se produzca después de la anotación del mismo.

Por ello, parece que en éste caso no cabría la llamada "tercería

registral", y el titular sólo puede ejercitar la tercería con arreglo a las normas generales de la tercería de dominio, en la que la presentación de la certificación registral supondrá la prueba del momento de la transmisión de la finca, anterior a la anotación, pero no supondrá la estimación automática de la tercería.

**b) En cuanto a la situación del adquirente como consecuencia de la enajenación judicial de la finca**, puede darse el caso de que el adquirente anterior inscribiese posteriormente su título, pero no interpusiese tercería, y al adjudicarse la finca se planteaba el problema de si podría ser cancelada su inscripción (como requisito necesario para poder inscribir la adjudicación a favor del adjudicatario, evitando así una doble inscripción de dominio a favor de personas distintas).

Para la tesis tradicional, tal cancelación no podría nunca efectuarse, y se denegaría la adjudicación por falta de tracto sucesivo; para la tesis moderna, tal cancelación debe de practicarse, exigiéndose al adquirente rezagado una actitud beligerante, de interponer la tercería, y no meramente pasiva de inscribir y esperar, si quiere ver protegido su derecho.

Esta postura es la recogida por el art. 175 del R.H. después de la redacción reformada en 1992, que aplica la prioridad exclusivamente registral, y ordena "la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores, y siempre que no estén basados en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo y no afectados por ésta".

Por ello, las últimas Res. de la DGRN (las de 1993), permiten la cancelación del asiento a favor del adquirente retrasado, siempre, claro es, que así lo ordene el mandamiento cancelatorio expedido por el juez ejecutante.

Dicho esquema para nada cambia con la nueva regulación de la LEC, ya que ésta ordena la cancelación, en su momento, de "todos los asientos posteriores a la anotación", entre los que estará incluido el del adquirente "rezagado en la inscripción".

***En conclusión: el adquirente anterior al embargo, que inscriba con posterioridad, puede quedar protegido contra el embargo, pero para ello ha de interponer la tercería de dominio en el mismo procedimiento.

Si no lo hiciere, su inscripción puede ser cancelada por el mandamiento de cancelación de cargas dictado en el procedimiento, y la finca se inscribirá a favor del adjudicatario.

Y todo ello, sin perjuicio que en virtud de su derecho preferente pueda posteriormente ejercitar acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto, o de nulidad de la enajenación, según el art. 594, 2 LEC.

**3.- Transmisión efectuada entre la fecha del embargo y la de su anotación.**

Es un caso distinto del anterior, porque dado que el embargo existe desde el momento de su traba procesal, la transmisión del bien es posterior al embargo, aunque éste no esté anotado.

(Para los que compartan conmigo la leve dislexia que me hace confundir a veces derecha e izquierda, antes y después y otros conceptos antagónicos, podemos utilizar un nombre clave que simplifique el concepto: serían **títulos "entre paréntesis"**, otorgados en el paréntesis temporal que va desde la traba del embargo a su anotación en el Registro).

El título es claramente posterior a la traba del embargo, pero en cuanto a su acceso registral, puede darse como casos:

a) que el adquirente se adelante a inscribir su adquisición, antes de que se anote el embargo. (ello sigue siendo posible, porque la expedición del mandamiento puede "dilatarse en el tiempo", dándose entre la orden del embargo y la expedición y presentación del mandamiento un lapso temporal en que se "cuele" la inscripción de la transmisión).

Registralmente, cuando por fin se presente el embargo, sólo cabe su denegación, por estar la finca inscrita a favor de persona distinta del embargado (principio del tracto sucesivo). Y ello independientemente de que en el ámbito civil pueda existir una transmisión en fraude de acreedores y ejercitarse la acción pauliana correspondiente.

b) que se anote el embargo y posteriormente se inscriba la transmisión.

Se trata de un acto dispositivo que en puridad es posterior al embargo: Por ello, la doctrina más tradicional, defendía que el embargo se traba sobre bienes propios del demandado, y éste sólo después de embargados dispone de ellos, por lo que su transmisión debe de ser válida, aunque gravada con el embargo.

Pero dado que el adquirente, basado en la fe registral, desconoce al adquirir la existencia del embargo, y por ello es un adquirente de buena fe, no debería de verse afectado por el embargo. (Res. 13 diciembre 1974 y S.T.S. de 1969 y 1967).

Posteriormente la DGRN ha ratificado tal criterio y en Res. 6 sept. 1988 y 12 junio 1989 estima que la colisión entre el embargo aún no anotado y el acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá en el campo de los derechos reales, según el principio prior tempore, a salvo el derecho del tercero protegido por la legislación hipotecaria.

Por ello, como el orden registral de inscripción es primero el embargo y después el acto dispositivo, cuando se inscribe el acto dispositivo y existe el embargo anotado y por ello no puede nacer el tercero protegido registralmente. Luego el embargo afectará al adquirente de los bienes. Consecuencia: al final del procedimiento, no cabe denegar el acto de adjudicación por estar inscrita la transmisión a favor de persona distinta del embargado, siempre, claro es, que con anterioridad se practique la cancelación de la inscripción de transmisión en virtud del correspondiente mandamiento cancelatorio.

Otra consideración es la de si el adquirente podría interponer la tercería de dominio. Conforme al art. 595 LEC nueva sólo pueden interponerla los adquirentes "anteriores a la traba del embargo". Por ello, éste adquirente posterior al embargo, no podrá interponer la tercería.

Así visto, parece un caso de traición de la fe pública registral a un adquirente de buena fe: Porque el adquirente pudo adquirir después de consultado el Registro y sobre la base de que la finca se encontraba sin cargas, y al inscribir encontrarla gravada con el embargo.

En éstos casos la defensa del adquirente ha de ser extraregistral, pudiendo ejercitar las acciones que le correspondan, en especial las de enriquecimiento injusto o en su caso, las de nulidad de la transmisión.

Por todo ello, aparece como muy importante la actuación judicial "achicando espacios" al paréntesis entre la traba del embargo y su anotación, y expidiendo el mandamiento en el mismo momento de ordenar el embargo o en el momento más próximo posible. Porque dada la mecánica de presentación del documento dispuesta en la nueva ley, una vez expedido el mandamiento, el paréntesis desaparece por el juego de un nuevo principio hipotecario, aún poco estudiado: "el principio de celeridad" (parece que el principal principio hipotecario fuese en la actualidad que el Registro actúa casi instantáneamente): el actual art. 629 LEC establece la obligación de presentar los mandamientos de embargo por fax desde el Juzgado (¡tendrán fax todos los Juzgados a la entrada en vigor de la ley!) el mismo día de la expedición del mandamiento, por lo que la traba del embargo, la expedición del mandamiento y su fecha de presentación pueden ser prácticamente coincidentes, en cuyo caso no habrá lugar al espacio temporal embargo-anotación que posibilitaba éste supuesto. Por ello, y dado que el notario no puede otorgar la escritura de transmisión sin consultar a su vez por fax al Registro, será debidamente informado de la existencia del asiento de presentación del embargo.

## II.- PREFERENCIA DEL CRÉDITO ANOTADO SOBRE OTROS CRÉDITOS QUE SE DIRIJAN CONTRA LA FINCA.

Al hablar de preferencia entre créditos, habría que distinguir entre una preferencia general (o preferencia entre créditos por su antigüedad) y una preferencia específica, (derivada de la naturaleza de los créditos).

1.- Para determinar **la preferencia general entre los créditos**, la doctrina pone de relieve la antinomia existente entre el art. 1923, 4 del CC que concede preferencia al crédito anotado sobre los posteriores "según sus fechas" y el art. 1927, 4 que concede la preferencia entre los créditos "por orden de antigüedad de sus respectivas inscripciones o anotaciones". Es decir: para el art. 1923 la preferencia la da el orden del embargo; para el art. 1927, el orden de su anotación en el Registro.

Para salvar ésta antinomia los autores han ideado diversas explicaciones, entre las que cabe citar:

— la de los que entienden que en realidad no hay tal antinomia, ya que mientras el art. 1923 contiene normas de prelación civil, que juegan en general en la concurrencia y prelación de créditos, el art. 1927 normas de prelación hipotecaria, que se refieren a la ejecución sobre bienes concretos y determinados (Rifá Soler; Canals Brage; J.M. Fernández).

— la de los que entienden que la antinomia existente debe de resolverse a favor del art. 1927, que establece la preferencia especial, frente al art 1923, que establece la preferencia general (García García).

— Rivas Torralba, partiendo de la tesis tradicional sobre la naturaleza jurídica del embargo, que no crea un derecho real a favor del embargante, sólo concede preferencia al embargo respecto a créditos de fecha posterior.

Es decir: cabría hablar de una "preferencia entre créditos", concepto meramente civil que establece un orden de prelación de créditos basados en la fecha de los mismos; frente al principio de "prioridad hipotecaria", determinado por el orden de antigüedad del asiento registral.

¿Cómo conciliar ambos preceptos?

El art. 44 LH establece claramente que la anotación de embargo no implica una modificación del orden de pago de los créditos que se regirá por el art. 1923 CC. La propia naturaleza del embargo, si no alterar el carácter personal del crédito impagado, avala la misma conclusión.

Pero se trata de una preferencia "para el cobro de los créditos", y tal cobro puede ser perfectamente insertado dentro del procedimiento ejecutivo, sin alteración ni merma del principio de prioridad registral.

No se trata de adentrarnos en discusiones teóricas sino de, dejándonos de consideraciones dogmáticas partir de un principio bien sencillo: En el procedimiento ejecutivo sobre bienes inmuebles es esencial el principio de prioridad hipotecaria, ya que dicho procedimiento se basa en los pronunciamientos registrales; ahora bien, ello no significa olvidar la preferencia de cobro de los créditos en el ámbito civil, que puede ser alegada en el procedimiento mediante **la tercería de mejor derecho.**

La tercería de mejor derecho se dirige no a impedir la realización de los bienes embargados, sino simplemente a obtener el derecho a ser satisfecho, sobre el valor de los bienes embargados cuando se enajenen, con anterioridad al acreedor embargante.

Por ello, interpuesta la tercería, la ejecución forzosa de los bienes continuará hasta su realización (art. 616), pero el importe del remate se depositará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones con un fin doble.

—pagar en primer lugar al ejecutante las costas de la ejecución.

—una vez satisfechas éstas, pagar los créditos en el orden de preferencia que se determine en la tercería.

Por todo lo dicho, fácilmente se comprende que a efectos del Registro, la existencia de tercerías de mejor derecho es irrelevante: el procedimiento continúa, se efectúa el remate de los bienes, se inscriben a favor del adjudicatario y se ordena cancelar todas las cargas posteriores, incluida en su caso la del tercerista, gane o no la tercería (si la gana, porque cobrará y si la pierde, porque será acreedor posterior).

Por todo ello, ejercitada la tercería de mejor derecho, el Juez resolverá la existencia del privilegio

y el orden en que los créditos han de ser satisfechos. Pero tal pago de los créditos se hará con cargo al precio del remate, y en nada va a afectar al decurso de la ejecución hipotecaria en sí, ni a la cancelación de los créditos anotados con posterioridad a la misma, cobren éstos con anterioridad o no cobren en absoluto.

En suma, los créditos anteriores en el tiempo, si ejercitan la tercería de mejor derecho y la ganan, cobrarán con anterioridad al actor ejecutante; y si no la ejercitan, no cobrarán o cobraran del remanente en su caso. Pero la ejerciten o no la ejerciten, la ganen o no la ganen, ello no es óbice a que la anotación de sus créditos sea cancelada a consecuencia de la venta del bien, conforme al art. 175 RH.

2.- Existe por otra parte un tipo de preferencia específica derivada de la naturaleza de determinados créditos, en virtud de los llamados "privilegios crediticios". Tales créditos preferentes son los derivados del superprivilegio salarial del art. 32 Estatuto de los Trabajadores; hipotecas legales tácitas; o créditos a favor de la comunidad de propietarios por impago de cuotas de comunidad.

En estos casos se plantea al problema de si tales créditos (que tendrán acceso al Registro mediante asiento posterior al embargo ejecutado) han de anteponerse al mismo, lo que puede suponer como problemas:

— si en la ejecución del crédito normal, han de cancelarse dichos créditos registralmente posteriores, o han de subsistir.

— si en la ejecución de dichos créditos registralmente posteriores pero civilmente preferentes han de cancelarse incluso los créditos normales anteriores.

Han sido éstos supuestos muy discutidos en los que frente a la doctrina tradicional de que los créditos privilegiados han de anteponerse también registralmente (lo que llevaría consigo su subsistencia en la ejecución del no privilegiado anterior), se abre paso cada vez mas claramente en la doctrina y en las Res. de la DGRN la tesis de que no hay que confundir entre la preferencia crediticia, que juega en el ámbito civil de la concurrencia y prelación de pagos, y la prioridad registral, que juega en el campo de la ejecución hipotecaria.

Los privilegios o preferencias crediticias son "cualidades del crédito que no alteran su naturaleza exclusivamente personal" y que "exclusivamente determinan su anteposición en el cobro, respecto de la totalidad del patrimonio del deudor, y en casos de concurso con otros acreedores". La prioridad o rango hipotecario por el contrario, sólo juega respecto del procedimiento ejecutivo concreto, determinando qué asientos deben de subsistir y cuales ser cancelados respecto de la finca ejecutada, y se regirá por el orden registral de los asientos.

Todo ello sin perjuicio de que el acreedor privilegiado pueda acudir a los medios específicos de defensa de su mejor derecho, mediante la tercería de mejor derecho. Pero tradicionalmente se entendía que los procedimientos de ejecución hipotecaria no eran los más adecuados para ventilar dichas cuestiones de preferencias credituales.

Por todo cuanto antecede y como conclusión aplicable a todo tipo de créditos que puedan ser preferentes civilmente, pero sean posteriores al ejecutado, cabe resumir:

En la actualidad, en la nueva LEC la tercería de mejor derecho se incardina claramente en el procedimiento ejecutivo, que es el lugar adecuado para su ejercicio. Por ello, creo que el esquema de estas situaciones de privilegios crediticios debe de jugar en el procedimiento ejecutivo en la forma siguiente:

— la prioridad registral es la que determina la preferencia de créditos en todo el procedimiento ejecutivo, y a ella hemos de atenernos en cuanto a los efectos de la anotación, entendiendo como "acreedores posteriores" a todos los que lo sean registralmente, cuyos créditos se cancelarán como consecuencia de la realización judicial del bien.

— el acreedor registralmente posterior que se crea con mejor derecho que el ejecutante, bien por ser su crédito de fecha anterior bien por tratarse de un crédito privilegiado, puede interponer la tercería de mejor derecho, en virtud de la cual el Juez decidirá sobre el orden de preferencia y cobro de los créditos, lo cual no interfiere en modo alguno con el decurso normal del procedimiento ejecutivo.

— en las ejecuciones de créditos privilegiados, en que existan créditos anotados con anterioridad a la anotación de los mismos, dichos créditos gozan de prioridad registral y no deben de ser cancelados en el procedimiento ejecutivo, sin perjuicio de que puedan ejercitarse acciones separadas conducentes a dirimir la preferencia de los créditos. (o a que se plantee dicho problema por el rematente en el procedimiento ejecutivo posterior dimanante de alguno de los embargos anteriores no cancelados).

***Por todo lo dicho, cabría citar como **efectos fundamentales del procedimiento ejecutivo:**

1.- El embargo no altera la naturaleza personal del crédito ejecutado.

2.- Hipotecariamente, los efectos de la ejecución son:

a) subsistencia de los créditos anotados con anterioridad al embargo: subsisten a la ejecución y en los que se subroga el rematente (art. 613 LEC).

b) cancelación de todos los asientos (de dominio a favor de tercer poseedor de los bienes o embargos) posteriores a la ejecución, una vez efectuado el remate de los bienes (art. 674 LEC y 175.2 RH).

3.- Y todo ello sin perjuicio de que en el mismo procedimiento:

— se alegue por tercero una tercería de dominio de los bienes, que de ser admitida supondría el alzamiento del embargo y cancelación de su anotación.

— se alegue por otros acreedores una tercería de mejor derecho al cobro, que no incide en la tramitación de la ejecución hasta el momento de distribución del precio del remate, y no tiene repercusiones hipotecarias en cuanto a la cancelación de las "todas" las anotaciones posteriores al embargo ejecutado.

## DURACIÓN DE LA ANOTACIÓN

## PREVENTIVA DE EMBARGO.

La D.F. 9ª de la ley, reforma entre otros el art. 86 de la LH, estableciendo un régimen de cancelación de las anotaciones prorrogadas, en el que ha desaparecido la necesidad de presentación de resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación y su prórroga se hubieren decretado —art. 199 RH—, y se establece un régimen directo de cancelación por caducidad.

El régimen de duración y cancelación de las anotaciones queda por ello en la forma siguiente:

— las anotaciones de embargo tienen una duración de 4 años desde su fecha, y se cancelarán por caducidad, una vez transcurrido dicho plazo.

— se admite una o más prórrogas de la anotación, que tendrán asimismo una duración de 4 años desde su fecha, y pueden cancelarse por caducidad transcurrido dicho plazo.

— la caducidad se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado. ¿Significa ello que no pueden verificarse de oficio por el Registrador? Parece que conforme al art. 206, 13ª del RH tal cancelación puede hacerse de oficio; sobre todo en casos de expedirse certificación de cargas conforme a lo preceptuado en el art. 353.3º RH.

## POSIBLES ACTUACIONES REGISTRALES POSTERIORES AL EMBARGO.

Una vez practicada la anotación del embargo, caben diversas incidencias sobre el mismo, que pueden tener acceso al registro. Dichas incidencias, son:

**1.- La mejora, reducción o modificación del embargo** (art. 612).

La mejora puede solicitarse por el ejecutante y decidirse por el Juez:

— si el embargo realizado se considera insuficiente para cubrir la deuda.

— si se ha producido un aumento en los intereses o costas establecidos, acreditando dicho aumento.

— si se admite una tercería de dominio (art. 598).

La reducción del embargo puede solicitarse por el ejecutado y decidirse por el Juez, cuando estimándose excesivo puede disminuirse sin peligro para los fines de la ejecución.

Asímismo, pueden solicitarse y decidirse por el Juez otras modificaciones en el embargo (ej. la ampliación a otros bienes además de los ya embargados).

Todas estas actuaciones tendrán acceso al registro a través del oportuno mandamiento judicial y producirán las anotaciones de mejora o reducción, y en su caso modificación, correspondientes.

A éstos efectos, hemos de tener en cuenta que frente a posibles terceros adquirentes de la finca en un procedimiento ejecutivo posterior, estos se subrogarán en los créditos anotados con anterioridad, "en los términos en que en ese momento de la adquisición se encuentren anotados".

**2.- El alzamiento del embargo**, sin haberse llevado a efecto la realización de los bienes, por estimarse una tercería de dominio (art. 604).

O bien si el valor de las cargas anteriores, que deben subsistir, es superior al valor de tasación de los bienes (art. 666).

**3.- La prórroga del embargo**, en los términos ya estudiados.

**4.- El pago del crédito por algún acreedor posterior**, en los términos del art. 659.3º

Los acreedores anotados con posterioridad al ejecutado, pueden pagar la deuda —principal, intereses y costas, según conste en el Registro— en cuyo caso se subrogan en los derechos del actor, continuando la ejecución a su favor. Pues bien: dicho pago y subrogación se harán constar por nota al margen de la anotación ejecutada —y al margen de la del acreedor posterior que paga— mediante presentación del acta notarial de entrega de las cantidades o del mandamiento judicial en su caso.

## NORMAS ESPECIALES SOBRE EL EMBARGO DE BIENES, SEGÚN LA TITULARIDAD DE LOS MISMOS.

### I) EMBARGO DE BIENES GANANCIALES.

El artículo 541 LEC regula la ejecución sobre bienes gananciales desde el punto de vista procesal, es decir, "contra qué cónyuge ha de ir dirigida la demanda" y los medios de defensa que en su caso se conceden al otro cónyuge.

El art. 144 RH, por su parte regula la actuación registral cuando los bienes embargados tengan el carácter de gananciales.

Se trata por ello aspectos diferentes sobre una misma materia, pero que quedan imbricados entre sí, por lo que hay que hacer un exposición conjunta de los mismos.

A) El art. 541 LEC parte de la base de la naturaleza de comunidad germánica de la sociedad de gananciales, al establecer como premisa general que no se despachará ejecución contra la propia sociedad de gananciales. La ejecución ha de despacharse por ello contra bienes gananciales concretos y determinados.

Y dentro de ello, distingue un doble supuesto, en razón de la naturaleza de la deuda que de lugar a la ejecución:

**1.- Si se trata de una deuda de la que debe responder "directamente" la sociedad de gananciales** (deudas de los art. 1362 a 1369 CC) cabe subdistinguir:

— si la deuda se contrajo por ambos cónyuges, la demanda se dirigirá contra ambos deudores. No lo dice así expresamente la LEC, pero parece deducirse de su idea central de que la demanda se dirija siempre contra el cónyuge deudor (y el éste caso, ambos cónyuges son deudores).

— contraída la deuda sólo por uno de los cónyuges, la demanda se puede dirigir sólo contra el cónyuge deudor, pero notificando el embargo al otro cónyuge, y dándole traslado de la demanda y el auto de embargo, a fin de que pueda oponerse al mismo.

**2.- Si se trata de deuda de la que la sociedad de gananciales sólo deba de responder "indirec-**

**tamente"**, (es decir, por deudas de uno de los cónyuges cuando sean insuficientes sus bienes privativos) la demanda se dirige contra el cónyuge deudor, pero ha de ser notificada al otro cónyuge, para que éste pueda ejercitar en su caso la acción de disolución de la sociedad conyugal, conforme al art. 1373 CC.

En todo caso, lo que parece claro es que la demanda se ha de dirigir "contra el cónyuge deudor" y notificarse "al cónyuge no deudor", según dicción del art. 541.2 y 3 LEC.

Y sobre dicha base el cónyuge no deudor puede oponerse al embargo, en cuyo caso hay que tener en cuenta:

— que tal oposición tiene causas tasadas (las que corresponden al propio ejecutado y que los bienes no deban responder de la deuda).

— que la oposición entablada por el cónyuge lleva consigo la suspensión de la ejecución respecto de los bienes comunes.

— que el cónyuge notificado se coloca en la posición del ejecutado en cuanto a la posible defensa de los intereses de la comunidad de gananciales.

Y finalmente, si se trata de embargo de bienes gananciales por deudas propias de un sólo de los cónyuges, puede el otro cónyuge "no deudor" pedir la liquidación de la sociedad conyugal conforme al art. 1373 CC.

B) Desde un punto de vista registral, hemos de tener en cuenta:

a) que el carácter de la deuda como ganancial o privativa, así como la suficiencia o insuficiencia de los bienes privativos para hacer frente a deudas de tal carácter, es apreciado por el Juez, y su decisión no consta en el mandamiento, ni es calificable por el Registrador.

b) que el art. 541 LEC determina contra quién ha de dirigirse en cada caso la demanda, y es el Juez quien ha de decidir si acepta la demanda, por considerarla bien interpuesta. Pero conforme al art. 144 RH el mandamiento ha de expresarse la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges y en caso de dirigirse sólo contra uno de ellos, la notificación al cónyuge no demandado. Ahora bien, no parece que el Registrador pueda calificar si la demanda ha sido bien dirigida, que es cuestión procesal, sino sólo calificar si en el mandamiento consta contra quien se ha dirigido la demanda, y así hacerlo constar en la anotación.

Si la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges, y aceptada por el Juez, el Registrador no debe de entrar a calificar la actuación judicial.

Si la demanda ha sido dirigida sólo contra el cónyuge deudor, y aceptada por el Juez, el Registrador no ha de calificar si la demanda ha sido bien dirigida, sino simplemente si se ha practicado la notificación al otro cónyuge.

c) en cuanto a los bienes sobre los que el Juez decide que recaiga el embargo, tampoco el Registrador tiene facultad calificadora contra la decisión judicial.

d) que por ello, la única circunstancia a calificar por el Registrador es si no habiendo sido dirigida la demanda contra ambos cónyuges, consta la notificación al cónyuge no demandado.

En suma, el Registrador lo única que califica "de forma específica" sobre el embargo es si consta contra quien ha sido dirigida la demanda y la realización de la notificación del embargo, en cuyo punto rige el art. 144 RH, cuya regulación puede quedar afectada en algunos puntos por el art. 541 LEC. Todo ello sin olvidar la calificación "más genérica" sobre aspectos registrales (titularidad registral y tracto sucesivo) y la que verse sobre el mandamiento que ordena el embargo, conforme a las normas generales de calificación de los documentos judiciales (art. 100 RH).

La actuación del Registrador viene establecida en el art. 144 RH, cuyo contenido sintetizamos:

1.- El mandamiento ha de hacer constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado "uno de los cónyuges", ha sido notificado "el otro" del embargo. Es decir, no concreta que el demandado ha de ser precisamente el cónyuge deudor, como en la nueva ley procesal.

2.- Cuando se trate de bienes inscritos a nombre de un sólo cónyuge, por confesión de su privaticidad el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, "sea o no el cónyuge deudor".

Es decir, parece admitir que la demanda pueda dirigirse contra el titular registral, aunque no sea el propio deudor.

3.- Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos.

Cuando constare en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación al cónyuge titular antes del otorgamiento de aquella.

4.- Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y éste carácter constase en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge del titular".

Estudiemos cada caso por separado.

1. Embargo de bienes gananciales.

**A) El embargo de gananciales durante la vigencia de la sociedad**, puede dirigirse según la inscripción de los bienes —y prescindiendo registralmente del origen de la deuda, privativa o ganancial—

— contra bienes gananciales inscritos a nombre de ambos cónyuges,

— a nombre de uno sólo de ellos con carácter ganancial

— a nombre de uno sólo de los cónyuges con carácter presuntivamente ganancial.

Y conforme al art. 144, se requiere en cualquiera de los tres casos que la demanda haya sido dirigida contra ambos cónyuges, o que habiendo sido demandado sólo uno de ellos, el embargo haya sido notificado al otro.

La anterior redacción del art. 144 (anterior a la modificación del R.D. de 4 septiembre 1998) exigía en general que la demanda se dirigiera contra ambos cónyuges, con la excepción en el caso particular del art. 1373 CC (embargo de gananciales por deudas propias de un cónyuge, por no ser su patrimonio suficiente para satisfacerlas), en que se permitía la notificación del embargo al cónyuge no deudor.

Pero la DGRN volvió a interpretar el supuesto en el sentido de que es suficiente demandar a un cónyuge y notificar al otro, en Res. de 28 marzo y 15 abril 1983, 24 y 28 noviembre 1986, y 20 marzo 1989, y otras, interpretación que ha hecho suya el T.S. en S. 26 septiembre 1986 y 20 marzo 1989, entre otras.

Según esta interpretación jurisprudencial, había que distinguir entre obligaciones contraídas por ambos cónyuges, en que se requiere que la demanda se haya dirigido contra ambos; y obligaciones contraídas por uno sólo de los cónyuges en el ejercicio de sus potestades individuales dentro de la sociedad, en que bastaría dirigir la demanda contra dicho cónyuge notificando al otro su existencia. Y ello, prescindiendo de la correlación entre el que contrajo la deuda y el titular registral.

La nueva redacción del art. 144 RH (R.D. 4 sept. 1998) permite indistintamente que la demanda vaya dirigida contra ambos cónyuges o que estando demandado "sólo uno de ellos", el otro haya sido notificado de la existencia del embargo. Y ello, sin que sea necesario que el cónyuge demandado sea precisamente aquel a cuyo favor estén inscritos los bienes: basta que sea demandado uno de los cónyuges —el titular registral o el otro cónyuge— y notificado el cónyuge no demandado.

Después de la reforma de la LEC, sin embargo, la demanda ha de dirigirse siempre contra ambos cónyuges o contra el cónyuge deudor. Por ello, el pfo. 1 del art. 144 RH había que entenderse después de la reforma como que la demanda haya sido dirigida contra ambos cónyuges, o que estando dirigida "sólo contra el cónyuge deudor", haya sido notificado el otro del embargo".

B) Con ello ha desaparecido, a efectos hipotecarios, en la reforma la referencia especial al régimen del art. 1373, y la distinción entre si las deudas eran gananciales o sólo privativas de uno de los cónyuges.

Otra cosa será la relación entre patrimonios privativos y ganancial, inter partes, que se regirá por el régimen de derecho civil.

2.- Embargo de bienes privativos.

**A) En general.** Pueden embargarse bienes privativos por deudas asimismo privativas, en cuyo caso bastará demandar al cónyuge titular de los mismos.

**B) Supuestos de bienes inscritos al apartado del art. 95,4 RH.**

A los bienes privativos por confesión, se refiere el **art. 1.324** que dispone: "Para probar entre los cónyuges que determinados bienes son propios de uno de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por si sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges".

Dichos bienes son inscritos, conforme al **art. 95,4 RH**: la inscripción se practicará a favor del cónyuge beneficiario de la confesión, expresando dicha circunstancia, y todos los actos inscribibles posteriores se realizarán exclusivamente por dicho titular registral, quien necesitará para los actos dispositivos realizados después de la muerte del confesante el consentimiento de sus herederos forzosos, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de herencia.

A efectos del embargo, el **art. 144,2** dispone que el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, "sea o no el cónyuge deudor".

La jurisprudencia ha estimado:

— es equiparable a éste supuesto el de confesión de privaticidad de los bienes, por confesión del propio cónyuge adquirente corroborada por el otro cónyuge, sin que se acredite (Res. 30 enero 1983 y 2 octubre 1984).

— aunque el art. no distingue si ha de tratarse de deudas que hayan sido contraídas antes o después de la confesión, parece lógico que solo se refieran a las posteriores, en aplicación de los principios de tracto y legitimación (Res. noviembre de 1981).

La repercusión de la nueva LEC en éste supuesto, que no contempla directamente, debe de enfocarse a mi parecer desde la obligatoriedad de que la demanda haya de dirigirse contra el cónyuge deudor, que implicaría modificar lo dispuesto en el art. 144, en el sentido de que:

— si el titular inscrito es el cónyuge deudor, la demanda se ha de dirigir forzosamente contra él, en cuanto deudor y en cuanto titular registral de los bienes.

— si el titular inscrito no es el cónyuge deudor, la demanda también ha de serle dirigida contra él, en cuanto titular registral de los bienes (art. 144,3), con lo que la demanda iría en estos casos dirigida contra el deudor y el propio titular registral. ¿No bastaría con dirigir la demanda contra el deudor y notificar al titular registral? Parece que sea lógico que pudiese ser así, pero para ello habría que modificar el pfo. 2º art. 144 RH.

**C) Supuesto de vivienda habitual de la familia.**

Se regula éste supuesto en el art. 144,5 RH, modificado por la reforma de 1998, que solo lo refiere a las fincas en cuya inscripción conste el carácter de vivienda habitual de la familia, dándose por ello como casos:

— si la vivienda es ganancial, la demanda ha de dirigirse contra ambos cónyuges, o contra uno de ellos, notificando al otro.

— si la vivienda es privativa, y no consta en el Registro su carácter de vivienda habitual, bastará que sea demandado el cónyuge titular de la misma.

— si la vivienda es privativa, pero consta en el Registro su carácter de vivienda habitual, será necesario: que conste en el mandamiento que la vivienda no es la habitual, de la familia.

— que si no consta tal carácter, ha de ser notificado el embargo al cónyuge no titular de la vivienda.

La calificación del carácter familiar de la vivienda es competencia judicial. Si estando inscrito el carácter de vivienda habitual, el Juez considera que ya no lo es, el Registrador no debe entrar en dicha calificación judicial, bastando a efectos registrales que en el mandamiento conste que no se trata de la vivienda habitual.

**3.- Embargo de gananciales, en sociedad disuelta, pero aún no liquidada.**

La sociedad conyugal "en liquidación" supone que la comunidad germana que era la sociedad de gananciales se transforma en comunidad romana o por cuotas, si bien ésta recaerá sobre la totalidad del patrimonio, no sobre bienes concretos y determinados (Res. DG 22 mayo y 3 junio 1986).

El supuesto se regula en el ya citado art. 144.4: Disuelta la sociedad de gananciales si no figura en el registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges y sus herederos.

Caben como casos:

**A) En cuanto a la causa de la disolución:**

a) Si la causa es el fallecimiento de uno de los cónyuges, la demanda ha de dirigirse contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto (Res. 22 mayo 1986 y 11 diciembre 1991).

b) Si han fallecido los dos cónyuges: la demanda se ha de dirigir contra todos los herederos de ambos cónyuges (Res. 16 octubre 1986).

c) Si la causa de disolución es distinta del fallecimiento, la demanda ha de dirigirse contra ambos excónyuges, ya que mientras que no se liquide la sociedad queda sujeta a un régimen específico de gestión y disposición de bienes basado en las reglas de la unanimidad (Res. 8 julio 1991).

**B) En relación con los bienes embargados.**

a) Embargo de bienes en su totalidad: La demanda ha de dirigirse contra ambos cónyuges, o en caso de fallecimiento, contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto.

b) Como regla general no cabe, al no existir cuotas sobre cada finca concreta, anotar el embargo sobre mitades indivisas de la finca ex-ganancial. (Res. 16 octubre 1986).

Pero si cabe dicho embargo de la cuota que haya de corresponder al supérstite en la sociedad en liquidación, siempre que se trate de embargo por deudas propias, contraídas por éste después de la disolución del matrimonio (Res. D.G. 22 mayo, 3 junio y 16 octubre 1986, S.T.S. 21 nov 1987, 8 octubre 1990, 17 febrero 1992).

En cuanto a qué herederos del cónyuge premuerto ha de dirigirse la demanda y requisitos para ello, rige el art. 166,1 RH, que trataremos más adelante.

**4.- Embargo de bienes que fueron gananciales, cuando la sociedad ya está liquidada.**

Una vez verificada la liquidación, se adjudican los bienes concretos de la herencia, que pasan a ser privativos, bien del cónyuge supérstite, bien de los herederos, inscribiéndose en el Registro la adjudicación de cada bien a un heredero o herederos concretos.

La doctrina estimaba que en éstos casos ante el silencio legal, solo podrá anotarse el embargo que se dirija ya directamente contra el adjudicatario, que será ya el titular registral.

La reforma de 1998, sin embargo, regula el supuesto disponiendo que el embargo será anotable en un doble supuesto:

a) si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o su ejecución.

Es decir, sólo si se adjudica al cónyuge (y parece ser que se le embarga por deudas propias). Pero ¿y si se adjudica a los herederos del premuerto, y se embarga por deudas del mismo? La solución debe de ser la misma.

b) o bien si constando en el mandamiento la responsabilidad del bien por las deudas se ha notificado al cónyuge titular el embargo antes de efectuarse la adjudicación.

Es decir, el embargo se verifica cuando los bienes están inscritos a favor de la sociedad conyugal, se embargan los bienes como gananciales, y se notifica el embargo al cónyuge que aparece como titular registral; y con posterioridad, pero antes de anotar el embargo, se verifica la liquidación de la sociedad conyugal, y se adjudican los bienes a uno de los cónyuges o sus herederos. A pesar de dicha adjudicación, el embargo puede ser anotado.

***Fuera de la regulación legal queda el problema de que existan deudas de que deban responder los bienes gananciales, y los acreedores no deben de ser perjudicados por la partición.

Los casos que pueden darse, son:

— que la deuda sea claramente ganancial: juega el art. 1401 CC, "mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial".

— que el carácter de la deuda, contraída por uno de los consortes, quede indeterminado. Los problemas se plantean en torno al caso de liquidación —normalmente fraudulenta— de la sociedad conyugal, mediante capitulaciones matrimoniales.

Se trata del problema de responsabilidad de los llamados **exgananciales**, resuelto por la Jurisprudencia en torno a las fechas del embargo (del embargo, no de su anotación) y de los efectos de las capitulaciones, (por indicación de las capitulaciones en el Registro Civil).

Los casos que pueden darse, son:

a) Embargo anterior a Capitulaciones matrimoniales: Debe anotarse (res. 24 sept. 1987).

b) Embargo posterior a los efectos erga omnes de las capitulaciones —momento de su inscripción en el R.C.—: Denegación (Res. 16 febrero, 29 mayo, 28 octubre, 6 y 12 noviembre 1987; 5 enero y 18 marzo 1988; 3 y 4 junio y 18 julio 1991 y 25 enero 1993).

c) Embargo posterior a la fecha de las capitulaciones; pero an-

terior a los efectos erga omnes de las capitulaciones: Debe anotarse (Res. 25 marzo 1988, 3 y 4 junio y 18 julio 1991).

## II) EMBARGOS DE BIENES INSCRITOS A FAVOR DE PERSONA YA FALLECIDA.

Dispone el Artículo 540 LEC

1. La ejecución podrá despacharse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado.

2. Para acreditar la sucesión, a los efectos del apartado anterior, habrán de presentarse al tribunal los documentos fehacientes en que aquella conste. Si el tribunal los considera suficientes a tales efectos, procederá, sin más trámites, a despachar la ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor en razón de los documentos presentados.

3. Si la sucesión no constara en documentos fehacientes o el tribunal no los considerare suficientes, de la petición que deduzca el ejecutante se dará traslado a quien conste como ejecutado en el título y a quien se pretenda que es su sucesor y, oídos todos ellos en comparecencia, el tribunal decidirá lo que proceda sobre la sucesión a los solos efectos del despacho de la ejecución.

Refiriendo éste art. al supuesto que nos interesa (ejecución de bienes inscritos a nombre de una persona ya fallecida), resultará:

— si se ha despachado el embargo viviendo el causante, al ir dirigida la demanda contra el mismo, se anotará sin problemas. Si dicho embargado fallece durante la tramitación del procedimiento, éste se seguirá contra quien se acredite ser sus herederos, conforme al o dispuesto en el artículo que acabamos de citar.

— si el deudor ha fallecido y se pretende ejecutar una deuda del mismo, el procedimiento ha de dirigirse contra sus herederos directamente (y contra el cónyuge supérstite si siendo los bienes gananciales no se ha liquidado la sociedad conyugal).

Ahora bien, ¿contra qué herederos? Porque según el art. 166.1 RH, la demanda pude ser dirigida contra herederos ciertos y determinados del deudor o contra sus herederos indeterminados. ¿Sigue en vigor éste artículo o en virtud del nuevo artículo 540 de la ley, debe entenderse derogado en cuanto a los herederos indeterminados del deudor? Considero que del artículo 540 e la LEC resulta claro que la demanda ha se dirigirse contra "quien se acredite que es sucesor del deudor" "mediante documentos fehacientes". Por ello, no parece que en lo sucesivo pueda admitirse la demanda contra herederos, indeterminados del deudor, sino que habrá que averiguar quienes son dichos herederos, mediante el procedimiento que el mismo artículo determina, y teniendo claro que dicha determinación de los herederos sólo tendrá valor "a los efectos de la ejecución"

Por ello, el artículo 166,1 habrá que interpretarlo en lo sucesivo:

— puede embargarse bienes de una persona fallecida, dirigiendo la demanda contra sus herederos determinados conforme a lo dispuesto y a los solos efectos e la ejecución, por la LEC.

En éste caso el mandamiento habrá de expresar la fecha de fallecimiento del deudor, las circunstancias personales de los herederos y —supongo— la determinación de que dichas personas son los herederos a efectos de la ejecución.

— no se produce modificación alguna en el caso del párrafo 2ª de dicho artículo, que regula el embargo contra herederos del titular registral, por deudas propias de los mismos herederos (en que se exige hacer constar el testamento o declaración de herederos, los certificados de defunción del causante y del Registro General de Actos de Última Voluntad y el embargo se hará en los bienes sólo en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor).

## III) EMBARGOS CONTRA COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN RÉGIMEN DE P.H.

Dispone el Artículo 544 de la nueva LEC:

En caso de títulos ejecutivos frente a entidades sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados, podrá despacharse ejecución frente a los socios, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico en nombre de la entidad, siempre que se acredite cumplidamente, a juicio del tribunal, la condición de socio, miembro o gestor y la actuación ante terceros en nombre de la entidad. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las comunidades de propietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal.

Es decir, la actual LEC, se limita a disponer que la demanda no ha de dirigirse contra las personas que representen a la comunidad de propietarios, y pasa por alto —danto por supuesto, el problema de si puede demandar y ser demandada ejecutivamente dicha Comunidad de propietarios.

El problema que se presenta es doble: ¿Tiene personalidad jurídica la Junta de propietarios? Y consecuentemente ¿pueden practicarse embargos contra la Comunidad de Propietarios?

La Junta de propietarios carece de personalidad jurídica (Res. 1 septiembre 1981); aunque la tiene procesal, pudiendo demandar y ser demandada. La falta de personalidad jurídica plantea problemas en torno a la posibilidad de anotar preventivamente un embargo a favor de la Junta de Propietarios: Aunque parte de la doctrina defendió la denegación de los embargos a favor de la Comunidad de propietarios, por su falta de personalidad, la mayoría admite dicha anotación sobre la base de que la anotación no da nacimiento a derechos subjetivos de naturaleza real, limitándose a reflejar una situación procesal. Por ello, admitiendo dicha anotación Res. de 9 febrero y 18 marzo 1987, 1 de junio de 1989 y 19 de febrero de 1993.

En la actual L.P.H. el nuevo art. 22 establece que la comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor, de forma que el acreedor se dirigirá contra ella, y sólo subsidiariamente

contra cada propietario, contra el que solo puede dirigirse:

—si la comunidad no paga.

—requiriendo de pago a los propietarios, y dirigiendo la demanda contra ellos (si bien solo en cuanto a la parte que corresponda a cada cuota en el importe insatisfecho).

Con lo cual, es indudable la posibilidad de embargar bienes propiedad de la Comunidad de Propietarios, si existieren. Y si fuere demandado un propietario por deudas de la comunidad, cabe asimismo dicho embargo sobre bienes propios suyos, sin perjuicio de los medios de defensa de que el embargado puede disponer.

## PROCEDIMIENTO DE APREMIO.

La valoración de los bienes a efectos de su realización es un trámite extrarregistral, que no nos interesa en éste estudio.

En cuanto al procedimiento de realización de los bienes se establecen "de nuevo cuño" algunas especialidades, que en su día tendrán repercusión en la adjudicación, por lo que hemos de citarlas:

a) se establece la existencia de una única subasta, cuyos pormenores se regulan muy minuciosamente.

b) se establecen medios alternativos a la subasta para la enajenación de los bienes de forma que:

— Se establece la posibilidad de que el ejecutante y el ejecutado lleguen a un acuerdo sobre la forma de realización de los bienes. Tal acuerdo ha de ser aprobado por el Juez, y en caso de existir acreedores posteriores anotados o terceros poseedores de la finca, han de prestar su conformidad al mismo.

— Se establece la posibilidad de que a petición del ejecutante, o del ejecutado con consentimiento del ejecutante, pueda el Juez encargar la realización del bien a una persona o entidad especializada. Para ello se establece un tope mínimo a la venta del 70% de la valoración del inmueble para su subasta (que es el avalúo del bien menos el valor de las cargas y derechos preferentes). Art. 641.

## ENAJENACIÓN DE LOS BIENES.

Las reglas de enajenación, establecidas respecto de los inmuebles o muebles susceptibles de inscripción en su registro especial, que pueden tener repercusiones registrales, son:

**A) Certificación registral.** (art. 656).

El Juez ordenará al Registro que expida certificación de dominio y cargas de la finca, en que constará:

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

2.- Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien, es especial, regulación "completa" de las cargas inscritas que lo graven, o en su caso que se halla libre de cargas.

La expedición de la certificación se hará constar por nota marginal, expresando su fecha y el procedimiento para el que expide (LEC) a lo que añade el art. 143,2 RH que se hará constar en la nota el procedimiento para el que se expide, las fechas del mandamiento y de su presentación y la fecha de la certificación.

Asimismo, según el art. 143 RH no procederá la extensión de la nota si antes no se ha hecho la anotación de embargo (en cambio, si procede expedir la certificación, pero como certificación ordinaria, sin poner nota y sin comunicarlo a "titulares posteriores", que no existen).

En la propia certificación, y a continuación de la misma, es decir, después de la firma del Registrador —art. 660 y 353 RH— se hará constar la expedición de las comunicaciones por el Registrador.

**B) Actuaciones derivadas de la certificación.**

Sobre la base de los datos que constan en la certificación, se practican las siguientes actuaciones:

**1.- Información por el Juez de la existencia del apremio a los titulares de los derechos registrados con anterioridad.**

Se practicará, a petición del ejecutante, por medio de oficios entregados al Procurador, y tiene como fin que los acreedores informen del estado del crédito en el momento de la ejecución (si subsiste o se ha extinguido; cantidad pendiente de pago, nuevos intereses devengado en su caso etc.).

A la vista de las contestaciones, y si procede, por haberse producido modificación en los créditos, el Juez expedirá los mandamientos que procedan a los efectos del art. 144 LH. Dicho art. 144 LH regula la inscripción de las modificaciones de los créditos garantizados hipotecariamente, mediante asientos de inscripción, cancelación o nota marginal que procedan.

**2.- Si de la certificación resultare que el bien está inscrito a favor de persona distinta del ejecutado** (art. 658), puede suceder:

— "si de la certificación resulta que el bien se encuentra inscrito a nombre de persona distinta del embargado", el juez mandará alzar el embargo, a menos que éste se siga contra herederos del titular inscrito o que el embargo se hubiere trabado teniendo en cuenta tal concepto.

El supuesto a que parece referirse éste precepto es el de embargo dirigido contra persona distinta del titular registral, en cuyo caso se habrá denegado la anotación con anterioridad. Lo más lógico sería que en estos casos el embargo se levantase a consecuencia de la denegación de la anotación; sin embargo, la ley espera a éste momento posterior para ordenar el levantamiento del embargo.

— si la adquisición (y por consiguiente la inscripción) es posterior a la anotación, estamos ante la figura del TERCER ADQUIRENTE DE LOS BIENES EMBARGADOS, en cuyo caso la ejecución continua, teniendo éste tercer poseedor como derechos (art. 662):

a) que se exhiban los autos, sin paralizar la tramitación.

b) que se entiendan con él las ulteriores actuaciones.

c) puede asimismo liberar el bien, pagando principal, intereses y costas en según la cuantía que conste en el Registro en el momento de su adquisición, subrogándose en el lugar del actor, en la forma ya

vista para los acreedores posteriores.

A tales efectos son considerados terceros poseedores de los bienes, los adquirentes de usufructo o nuda propiedad, y dominio directo o útil.

Dentro de éste supuesto se encuadra el caso de que la inscripción del dominio inscrita con posterioridad a la anotación, lo sea en virtud de título anterior al embargo, en cuyo caso el titular registral tiene derecho a ejercitar la tercería de dominio.

**3.- Comunicaciones a efectuar por el registrador a titulares de derechos posteriores a la anotación.** (art. 659).

Se impone al Registrador, una vez emitida la certificación, y haciéndolo constar en pie de la misma, la obligación de comunicar a los titulares de derechos que aparezcan en la certificación la existencia del procedimiento.

Tal comunicación se dirigirá al domicilio que de tales titulares conste en el Registro, y por medio de correo certificado o telegrama con acuse de recibo, o por otro medio fehaciente.

En caso de que en la inscripción no conste el domicilio, o la comunicación sea devuelta, la comunicación se hará mediante edicto publicado durante quince días en el tablón de anuncios del Registro.

La ausencia de tales comunicaciones por el Registro o la existencia en las mismas de defectos de forma, no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución.

**— Naturaleza y efectos de la comunicación.**

Como su propio nombre indica, se trata de una mera "comunicación", no de una verdadera "notificación" ni mucho menos "citación" al procedimiento. En consecuencia:

— su falta no paraliza el procedimiento, que puede continuar adelante.

— no se expresa (a diferencia de en el procedimiento de ejecución de hipotecas) que sea un trámite a calificar por el Registrador para inscribir la adjudicación.

— su ausencia o defecto de forma no será obstáculo para inscribir dicha adjudicación.

No obstante, parece claro que la seguridad jurídica de los titulares de tales derechos queda pendiente de esta comunicación, que le permitirá ejercitar derechos reconocidos en nuestra legislación, por lo que la obligación del Registrador de efectuar las comunicaciones en todo caso es incuestionable.

En cuanto a **los efectos de la comunicación** son dar publicidad frente a los titulares de los derechos posteriores de la existencia del embargo a fin de que puedan ejercitar los derechos que la ley les concede (distintos según se trate de acreedores posteriores o de terceros poseedores de la finca embargada).

No obstante, el procedimiento sigue adelante aunque no se hayan efectuado dichas comunicaciones, o aunque éstas adolezcan de defectos, de modo que el Registrador ha de inscribir en todo caso la adjudicación de los bienes embargados.

En éste punto hemos de tener en cuenta que no se exige expresamente que conste en el testimonio del auto que se han practicado las comunicaciones (quizás por no cargar a los órganos judiciales con una declaración de actuaciones no efectuadas directamente por los ellos), ni tampoco es una actuación que haya de ser calificada por el Registrador en éste procedimiento ejecutivo ordinario (si lo es en el de ejecución de hipoteca, según veremos).

Por todo lo cual, la comunicación queda reducida a una obligación procesal impuesta al Registrador, que ha de cumplirla "bajo su responsabilidad", y de la que el decurso posterior del proceso prescinde olímpicamente. Por todo ello, parece lógico que Registrador haya de tomar alguna cautela protectora contra su posible responsabilidad, como veremos posteriormente.

**— Personas a quien ha de comunicarse.**

Se verificará la comunicación a todos los titulares de derechos que consten en la certificación de cargas y sean posteriores a la carga que se ejecuta (las cargas anteriores no serán perjudicadas por el procedimiento en marcha).

Tales titulares de derechos pueden ser tanto acreedores posteriores a la anotación, como adquirentes de la finca inscritos con posterioridad a la misma.

Por lo demás rige el art. 353 RH, entendiendo su remisión al art. 1489 LEC, por la del artículo 659 de la nueva Ley.

Por ello:

— En los supuestos de hipotecas en garantía de obligaciones, se notificará al Sindicato de obligacionistas, si consta su domicilio.

— En casos de que en la certificación conste la existencia de un asiento de presentación, que no hace constar el domicilio del titular, ni supone por si solo que haya de practicarse un asiento, no habrá de hacerse la comunicación, pero al verificarse la inscripción se hará constar en la nota de despacho del documento la existencia de la ejecución.

En cuanto a los titulares de qué derechos han de ser notificados, creo que podrá aplicarse, mutatis mutandis, lo dispuesto en el art. 225 RH, referido al procedimiento de ejecución de hipotecadas, y al que nos referiremos en el mismo.

**— Lugar al que efectuar la comunicación.**

Se dirigirá ésta al domicilio del titular de tales cargas, que conste en el registro.

No obstante, puede que el domicilio del acreedor no conste en el Registro, ya que el art. 166-12 lo establece como potestativo.

En tal caso, se entenderá verificada la comunicación:

— respecto de fincas radicantes en el término municipal de la cabecera del Registro: mediante la publicación de la comunicación en el tablón de anuncios del Registro durante 15 días hábiles.

— respecto de fincas radicantes en los demás términos del Registro: remitiendo edicto a los Ayuntamientos para su publicación en el Tablón de anuncios del Ayuntamiento durante 15 días hábiles.

En casos de entidades de crédito puede darse la duda de si habrá que notificar al domicilio central del mismo (donde radicará su asesoría jurídica) o bastará comunicar a la sucursal del lugar (que a fin de cuentas lleva el procedimiento en el Juzgado, y es la que sabe de qué se

trata). La obligación es notificar en el domicilio oficial de la Entidad, pero no estará de más ponerse en contacto con la sucursal y que pidan instrucciones al respecto.

**— Forma de la comunicación.**

Se hará por correo o telégrafo, con acuse de recibo (el art. 353 RH sólo exigía el correo certificado, pero no el acuse de recibo).

En cuanto al contenido de la comunicación, no se regula, pero claramente será indicar la existencia de un procedimiento ejecutivo sobre carga anterior, a los efectos del art. 1490 —hoy 659 – LEC (si quieren indicarse cuales serán tales efectos, mejor que mejor).

**— Constancia Registral de las comunicaciones efectuadas.**

Se hará consta "a continuación de la certificación expedida", el haberse efectuado las comunicaciones y la forma en que se han hecho. (Tal constancia se viene haciendo por diligencia, después de la firma de la certificación, con firma de tal diligencia).

En dicha nota constará que se han remitido las cartas de comunicación, pero por razones de cronología puede constar que las comunicaciones han sido efectivamente recibidas, lo que no constará hasta que se reciba el acuse de recibo; tampoco constará la comunicación por medio de edictos, si hubiere que recurrir a ella.

Ahora bien, en cuanto a la constancia de la efectiva realización de dichas comunicaciones no se encuentra regulada en la LEC, disponiendo el art. 535 del RH que "el registrador no habrá de dar cuenta de ninguna de las incidencias relativa a las comunicaciones", y se limitará a archivar copia de la certificación de cargas y de las comunicaciones que provoque y unirá a ellas los documentos que con las mismas se relacionen.

Es decir, la recepción de los envíos, será un documento relacionado con las comunicaciones y bastará su archivo.

La obligación de hacer éstas comunicaciones, se extiende ahora también a los procedimientos de ejecución de hipotecas —como veremos— y plantea como consideraciones:

a) En primer lugar, sigue produciendo perplejidad que una actuación importante de un procedimiento judicial, y que ha de producir diversos efectos dentro de dicho procedimiento, se encomiende a un órgano extrajudicial, como somos los Registradores. Todos conocemos la razón práctica de ésta encomienda (la ya mítica "acumulación de trabajo y falta de medios de la administración de Justicia"), pero al margen del honor que representa la confianza depositada en la eficacia de la organización registral, en términos procesales el supuesto no deja de ser chocante.

b) Los efectos de la comunicación son importantes para la salvaguarda de los derechos de los acreedores posteriores, por eso no se comprende bien el último párrafo del art 660, por el que la falta o defecto en las comunicaciones no es obstáculo que impida la inscripción de la adjudicación del bien.

c) Finalmente, dado que de la existencia o inexistencia de comunicaciones, dependerá que el acreedor posterior o el tercer poseedor de los bienes conozca la existencia de la ejecución, y con base en dicho conocimiento pueda ejercitar los derechos que se le conceden en el procedimiento, hay una consecuencia de claridad meridiana: si no se hacen las comunicaciones o se hacen mal, el Registrador, gratis et amore, puede encontrarse ante una acción de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que los interesados entiendan que se les han podido producir como derivación de tales actuaciones.

Es decir, si mi percepción es correcta, la situación es: Se encarga a los Registradores —órganos extraprocesales—, dentro de un procedimiento judicial, la realización de actuaciones procesales, y desde ese momento el procedimiento se olvida de las actuaciones realizadas (al fin y al cabo, los derechos de acreedores posteriores y terceros poseedores de la finca se pueden ejercitar cualquiera que sea el medio de conocimiento del apremio por los mismos), incluso de si dichas comunicaciones "han sido efectivamente realizadas y cómo".

Quien no se va a olvidar del Registrador —ya ha sucedido alguna vez— es el acreedor o tercer poseedor en caso de que efectivamente no llegue a tener conocimiento del procedimiento, y se va a acordar de él vía reclamación de daños y perjuicios. De donde sin comerlo, ni beberlo, y por una actuación que además no devenga honorarios, el Registrador se puede encontrar ante reclamaciones millonarias, ajenas a su verdadero quehacer profesional.

Si ésto no es resultar cómodos y apaleados, que alguien venga y me levanta la moral. Por todo ello, entiendo que debemos de adoptar algunas medidas "cautelares", preparando una posible contingencia no deseada, y que podrían ser:

— en primer lugar estudiar en profundidad la naturaleza de ésta actuación del Registrador. Porque si está actuando dentro de un proceso, ¿no puede entenderse su actividad como jurisdiccional? ¿No es jurisdiccional todo lo que acaece en el proceso? ¿No se extendería a la actuación registral la protección ante responsabilidades de los órganos jurisdiccionales en éste punto concreto de las comunicaciones?

— en segundo lugar, parece lógico tomar nota al margen de la anotación de embargo, expresando el acuse de recibo de las notificaciones efectuadas. Me refiero a una medida cautelar "seria", con constancia en los libros registrales de que la actuación se ha producido (eso de archivar las incidencias, no me parece una medida "seria", porque un papelito de acuse de recibo archivado, se pierde fácilmente).

Lo que yo propongo es practicar una nota marginal expresiva de haberse recibido las comunicaciones por los interesados, y como medio de que tratándose de un asiento registral "quede salvo la salvaguardia de los tribunales". Ya que los Tribunales nos ponen es ésta tesitura, por lo menos que nos amparen —y se invierta la carga de la prueba— si las cosas se toman conflictivas.

Ahora bien ¿qué tipo de nota será ésta nota marginal: de oficina o de modificación jurídica? A favor de que entendería como nota de modi-

ficación jurídica está que aunque los derechos que los interesados pueden ejercer se establecen por la ley, "solo pueden ejercer dichos derechos desde que tengan conocimiento de la existencia del procedimiento", lo que se deriva en éstos casos de la comunicación; en contra de su calificación como notas de modificación jurídica, que éstas han de ser ordenadas por las leyes.

Por ello, cabe pensar que en principio sería una nota de oficina, pero no parece improcedente hacer aquí un llamamiento en torno a que en la modificación del RH, que habrá que hacer para adecuarlo con la LEC, debería de introducirse la necesidad de hacer dicha nota marginal, como nota de modificación jurídica, sino por necesidades del procedimiento, si al menos como garantía de los Registradores, llamados intespectivamente a participar en el mismo.

**4.- Notificación en el procedimiento ejecutivo de asientos posteriores que puedan afectar a la ejecución** (art. 135, nuevo, LH).

Una vez efectuada la anotación de embargo, además de las comunicaciones ya estudiadas, la LEC sigue involucrando al Registro en el procedimiento, imponiéndole el deber de comunicar al Juez del procedimiento ejecutivo la extensión de asientos posteriores sobre la finca que puedan afectar a la ejecución.

Esta comunicación se establece en la actualidad en el art. 135 RH, reformado, que es de aplicación tanto al procedimiento ejecutivo ordinario como al de ejecución de hipotecas.

Y continua en vigor el art. 143-3 del RH, que dispone:

"Los asientos ulteriores a la anotación de un embargo que, en cumplimiento de lo dispuesto en las leyes, el Registrador debe de comunicar al órgano que la ordenó practicar serán los que produzcan la cancelación de la anotación o disminuyan el derecho embargado; así como los practicados en virtud de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos concursales.

De las vicisitudes relativas a los procedimientos de ejecución de una hipoteca o de un embargo anteriores, solamente comunicará, cuando se produzca, que por el remate o adjudicación se ha cancelado la anotación de embargo.

No tendrá que comunicar la cancelación, por caducidad, de la anotación preventiva al órgano judicial que la mandó practicar.

En ningún caso habrá que comunicar los asientos de presentación".

Con ello, se establece claramente que sólo ha de comunicarse aquello que pueda perjudicar al derecho del embargante. Por ello, no será necesario notificar al Juzgado la existencia de un embargo normal posterior, o de una hipoteca posterior, ya que estos procedimientos, al ser posteriores en el Registro, no pueden perjudicar al embargo, y serán cancelados en su día al producirse la adjudicación derivada del embargo.

Pero si será necesario notificar al Juzgado:

1.- **En cuanto que producirán la cancelación del embargo anotado**, las cancelaciones del embargo producidas por mandamiento de adjudicación dimanante de cargas anteriores. Lógicamente, si otro juzgado ordena cancelar la anotación en virtud de carga con prioridad registral, hay que comunicarlo al Juzgado para que paralice el procedimiento en curso.

Se exige que se dé no la simple posibilidad de cancelación del embargo, sino su cancelación efectiva. Por ello, no se han de notificar la existencia de una ejecución de hipoteca o de un embargo anterior, hasta tanto no se produzca la efectiva cancelación del embargo en virtud de la adjudicación de la finca.

No se han de notificar la cancelación por caducidad de la propia anotación, ni el haberse producido asiento de presentación sobre la finca embargada.

2.- **En cuanto suponen una minoración del derecho anotado**, habrá que notificar por ej. la anotación de embargo derivada de créditos superprivilegiados del Estatuto de los Trabajadores, cuya existencia puede alterar el orden de cobro sobre el crédito anotado. Por la misma razón habrían de comunicarse los embargos derivados de créditos a Hacienda o créditos simplemente privilegiados del Estatuto de los Trabajadores, que asimismo pueden alterar en su día la preferencia de cobros entre los créditos, en virtud de la correspondiente tercería de mejor derecho.

Asimismo, habría que notificar la existencia de un procedimiento expropiatorio contra la finca, o dimanante de incumplimiento de la legalidad urbanística.

Se notificará también cualquier alteración que perjudique al titular registral de la finca, de cuya titularidad depende la existencia del embargo.

3.- **En cuanto derivadas de procedimientos concursales**, las anotaciones e inscripciones de quiebras y suspensiones de pagos. Lógicamente, si todo procedimiento concursal lleva consigo la paralización de las acciones individuales, debe de notificarse al Juzgado para que lleve a efecto tal paralización.

Casos dudosos de notificación, pueden ser:

— **las inscripciones de escrituras de venta de fecha anterior a la anotación, pero inscritas con posterioridad a éstas.** La duda puede provenir de que el adquirente anterior al embargo que inscribe con posterioridad a éste, puede ejercitar una tercería de dominio sobre la finca. Pero, en la actualidad el art. 175 RH establece claramente que dicha inscripción posterior debe de cancelarse por los efectos purgatorios de la adjudicación dimanante del embargo. Es por ello una inscripción posterior al embargo que puede perjudicarlo (si el adquirente ejerce la tercería de dominio y es estimada) o no perjudicarlo (si no ejerce la tercería y se cancela su inscripción a resultas del procedimiento). La posibilidad, pues, de ser perjudicado supone una posible disminución del derecho, que a mi juicio justifica la comunicación al Juzgado.

— **la expedición de certificación de cargas en procedimientos dimanantes de asientos anteriores a la anotación.** El asiento es anterior; la expedición de certificación, posterior a la anotación. la duda ha sido resuelta por el actual art 143 RH que no obliga a comunicar las vicisitudes de un procedimiento anterior mientras que no impliquen la efec-

tiva cancelación de la anotación de embargo.

— **la prórroga de anotaciones anteriores**. Como amplia los efectos de un asiento anterior, no sería obligado notificarla; pero en cuanto puede perjudicar al embargo posterior, al ampliar el plazo de la anotación prorrogada, sería aconsejable su comunicación.

En general cabría concluir diciendo que, el Registrador, en uso de su facultad calificadora, puede comunicar al Juzgado cuantas incidencias puedan a su juicio, redundar en perjuicio de la anotación practicada.

**Efectos de ésta comunicación.**

Nada establece la reforma de la LH ni el art. 143 RH sobre cuales sean los efectos de ésta comunicación, si bien tales efectos se deducen de la propia dinámica del procedimiento ejecutivo: se trata de actuaciones que pueden afectar al procedimiento de la ejecución, y pueden suponer bien la paralización del procedimiento de embargo sobre los bienes de que se trate, bien el conocimiento por parte de los personados en la ejecución de la posible interposición de tercerías de dominio o mejor derecho sobre los bienes.

**Forma de la comunicación:**

— se hará en todo caso al Juzgado que lleve el ejecutivo en que se ordenó el embargo.

— no hay formato obligatorio para hacer la notificación, pero ésta deberá de ser clara, con referencia a los autos a que se refiera (número de estos, acreedor, deudor) y al asiento que se haya practicado en el registro.

— se utilizará correo ordinario, con franquicia (si Correos la acepta).

— no se regula ni las posibles actuaciones del Juzgado ante éstas comunicaciones, ni la necesidad de hacer constar la comunicación en el Registro de forma alguna ¿posible nota marginal?

— no se regulan los posibles efectos que tendría la falta de comunicaciones, ni las posibles responsabilidades del Registrador que no las haga. Creo que debería de hacerse constar la comunicación en el libro de comunicaciones del registro, para que de alguna manera quede constancia de haberse realizado la comunicación.

Con todo lo cual, si bien la LH establece la obligación de efectuar ésta comunicación, parece clara la necesidad de una regulación reglamentaria que amplie y aclare dicha obligación y los efectos de la notificación.

**5.- Notificación por el Juez de la existencia de la ejecución a los arrendatarios y ocupantes de hecho de la finca** (art. 661).

En el anuncio de subasta se expresará la situación posesoria del inmueble, o si éste se encuentra desocupado. A petición del ejecutante el Juez ha de pronunciarse sobre la subsistencia de dichos derechos.

Este pronunciamiento judicial sobre los derechos arrendatarios, hemos de relacionarlo con la calificación por el Registrador de la existencia de arrendamientos, que estudiaremos al hablar de la adjudicación.

## CERTIFICACIÓN DEL TÍTULO.

La falta de presentación del título de las fincas por el ejecutado se suple mediante la petición de certificación de títulos por el Registro.

La inexistencia de títulos podrá suplirse por la inmatriculación de la finca o la reanudación del tracto sucesivo, según el caso de que se trate. Si el tribunal que conoce la ejecución fuere competente para la tramitación de dichos expedientes, se llevarán a cabo éstos dentro del mismo proceso de ejecución. (art. 664)

Puede seguirse la subasta sin que se supla la falta de título del ejecutado. En tales casos y conforme al art. 140,5 RH el rematante ha de verificar la inscripción omitida en los términos que el Juez determine y a costa del ejecutado.

**Valoración del inmueble para subasta.**

El avalúo de los bienes se hace por perito tasador, con intervención del ejecutante y ejecutado (art. 637).

Asimismo tienen derecho a intervenir en la tasación los acreedores y terceros adquirentes posteriores a la anotación, (art. 638).

Sobre la base de dicho avalúo, el bien se sacará a subasta deduciendo de dicho valor las cargas y derechos anteriores a la anotación, según la certificación registral, y según el valor de los mismos reconocido en el procedimiento, (art. 666).

Si el valor conjunto de dichas cargas anteriores excede del de los bienes, se manda alzar el embargo.

**Subasta de los bienes.**

En el anuncio de subasta, que se hace por edicto, han de constar la valoración en que la finca sale a la subasta y los extremos siguientes:

1.- Que la certificación registral y la titulación del inmueble están de manifiesto en la secretaría.

2.- Que se entenderá que el licitador acepta como bastante la titulación existente o la falta de títulos.

3.- La subsistencia de los gravámenes anteriores y la subrogación en los mismos del rematante.

En cuanto a la forma de verificar la subasta, es irrelevante a efectos registrales. Baste repetir lo ya dicho de que el rematante acepta la titulación, se subroga en las cargas anteriores y que el deudor puede liberar la finca pagando lo debido antes del remate.

**Remate en calidad de ceder**.- Solamente el ejecutante puede hacer postura en la subasta reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. La cesión se efectuará mediante comparecencia entre el tribunal ejecutante, con asistencia del cesionario, que deberá de aceptar la cesión, previa o simultáneamente al pago del precio del remate (art. 647).

Es asimismo importante **el destino que se ha de dar al remanente**, si existe, una vez pagado al acreedor ejecutante: el remanente debe retenerse en el Juzgado para el pago de los acreedores posteriores; y si no existen o una vez pagados éstos, queda aun remanente, se entregará al ejecutado o tercer poseedor de la finca (art. 672). (No olvidar aquí que sí se planteó y admitió tercería de mejor derecho, el pago de los acreedores se efectuará según el orden que se haya

fijado por el Juez al admitir dicha tercería).

## ADJUDICACIÓN DE LAS FINCAS.

La adjudicación de las fincas lleva consigo una doble consecuencia registral: de una parte, la inscripción de la finca a favor del rematante y de otra la cancelación de la carga ejecutada y asientos posteriores según el registro ambos regulados en el art. 764:

**La inscripción de la finca a favor del rematante** se efectuará mediante testimonio del auto de adjudicación, expedido por el Secretario Judicial (no se exige expresamente el V.B. del Juez), que expresará:

— el auto de aprobación del remate.

— la adjudicación al acreedor por el procedimiento normal o mediante convenio o venta por persona especializada.

— que se ha satisfecho el crédito al acreedor, y en su caso consignado el remanente para efectuar los pagos necesarios.

— y las demás circunstancias necesarias para la inscripción según la legislación hipotecaria.

Un caso especial es el que el rematante haya obtenido un crédito para hacer frente a la subasta, y pagado el remate con él, en que deberá constar ésta circunstancia en el testimonio del auto, indicando la entidad financiadora y el importe del crédito, "a los efectos del art. 134 LH". Cuales sean éstos efectos no aparece claro: el art. 134 antiguo se refería a los derechos del tercer poseedor de la finca en el procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca y ha sido modificado por la propia ley, regulando a partir de dicha reforma el testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, sin referencia alguna al supuesto de pago mediante un crédito bancario.

**La cancelación de las cargas e inscripciones posteriores a la anotación**, se llevará a efecto mediante mandamiento de cancelación, que ordenará:

— la cancelación de la anotación del gravamen ejecutado.

— la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluidas las expedidas después de la expedición de la certificación registral.

— que el valor de lo vendido o adjudicado fue superior, igual o inferior al valor del crédito; y si fue superior, que el remanente se ha retenido a disposición de los interesados.

— las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para las cancelaciones.

Como interpretación de este art., cabe poner de relieve:

1.- Que en la actualidad, se han de cancelar "todas las inscripciones y anotaciones posteriores" a la ejecutada, con aplicación absoluta del principio de prioridad. En ello coincide éste art. con el 175.2 RH. Los créditos que se consideren preferentes debieron de ejercitar la tercería de mejor derecho en el procedimiento.

2.- ¿Es necesaria la presentación conjunta del testimonio y el mandamiento de cancelación de cargas, o se admite la presentación por separado? Y ¿pueden constar la adjudicación y la cancelación de cargas en un sólo documento?

El actual art. 133 LH así lo admite planteándose la duda interpretativa de si se refiere sólo a los procedimientos de ejecución de bienes hipotecados o es extrapolable a todo procedimiento ejecutivo. En buena lógica debería de admitirse estas posibilidades en todo procedimiento ejecutivo, pero la situación del art. 133 en la LH, dentro del título de las hipotecas, y entre los arts. 132 y 134 que sólo se refieren a la ejecución de bienes hipotecados, puede plantear dudas interpretativas al respecto. De todas formas, el art. 135 nuevo, que está en la misma situación, es aplicable claramente a todo procedimiento ejecutivo. En mi opinión, aunque el art. 674 distingue claramente que el mandàmiento se expedirá a instancia del adquirente "en su caso", distinguiéndolo así del testimonio del auto de adjudicación que se expedirá directamente y en todo caso por el Juez, nada impide que por razones de celeridad procesal pueda expedirse un solo documento, y la futura adaptación del RH a la LEC debería de resolver ésta duda.

3.- Nada se dice acerca de la necesidad de expresar en los testimonios del auto la situación arrendaticia de la finca.

En la nueva LEC se establece en primer lugar que en su manifestación de bienes, el ejecutado haga constar si los bienes están o no ocupados (y en su caso, arrendados), por el art. 589.

El art. 661 trata de la necesidad de notificar el procedimiento a los arrendatarios y de hacer constar la existencia de arrendamientos en los anuncios de la subasta, a partir de la manifestación del ejecutado, y el ejecutante podrá pedir que el Juez se pronuncie acerca del derecho de los ocupantes a permanecer en el inmueble, desalojando directamente a aquellos que son ocupantes de mero hecho o sin título suficiente.

El art. 675, por su parte, trata de la entrega de la posesión de la cosa al rematante, con lanzamiento de aquellos ocupantes (entre ellos arrendatarios) cuyo derecho deba de extinguirse, mediante acto del propio Juez que conoce de la situación, y "sin perjuicio de que los ocupantes ejerzan los derechos que crean que pueden asistirles en el juicio que corresponda".

En suma, la regulación de la nueva LEC establece así la necesidad de que el Juez de la ejecución "entre a conocer" sobre si existen o no arrendamientos, y sobre la subsistencia o extinción de su derecho de ocupación de la finca a consecuencia de la enajenación.

Ahora bien: ¿que arrendamientos han de extinguirse y cuales deben de subsistir? Para resolver ésta cuestión habrá que acudir a las leyes especiales de arrendamientos Urbanos y Rústicos:

A) En cuanto a los Arrendamientos urbanos, conforme al art. 13 de su ley, si durante los 5 primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por... la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arriendo hasta que se cumplan dichos 5 años.

En contratos con duración pactada de más de 5 años, si transcurridos los 5 primeros años, el de-

recho del arrendador quedara resuelto por enajenación forzosa el arrendamiento quedará extinguido, salvo que figure inscrito en el Registro con anterioridad al hecho determinante de la resolución, en cuyo caso, subsistirá por la duración pactada.

Con lo que en suma, se establece un derecho de subsistencia del arrendamiento no inscrito por cinco años desde su constitución; y del arrendamiento inscrito por el plazo pactado de duración.

Con ésta legislación se puso punto final a las dudas anteriormente existentes acerca de si la ejecución forzosa era o no causa de extinción de los arrendamientos posteriores a la causa de resolución del derecho del arrendador (embargo, hipoteca...). Por su parte, el Tribunal Constitucional declaró (STC de 16 de enero de 1992), sin entrar en el fondo del asunto, que el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no es procedimiento hábil para discutir sobre la subsistencia o no del arrendamiento posterior a la hipoteca, ya que el arrendatario no ha podido ser oído en dicho procedimiento y que, en consecuencia, el tema habrá que dilucidarlo en el correspondiente juicio declarativo.

B) Tratándose de arrendamiento rústico, la ejecución de la hipoteca no lleva consigo la extinción del arrendamiento, sino su subsistencia por el tiempo establecido en la LAR (art. 25 y 28).

Esta es la doctrina que subyace en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1990, en la que reconoce derecho de retracto al titular de un arrendamiento rústico constituido con posterioridad a la hipoteca. Esta doctrina se confirma, indirectamente, por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992, al aludir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A partir de la nueva LEC, y en cuanto a la constancia en las decisiones judiciales de la existencia o no de arrendamientos, el Juez tendrá ya siempre conocimiento de la posible existencia de tales arrendamientos, y deberá hacer constar en los testimonios mandamientos la inexistencia de arrendamientos, o su subsistencia o extinción en su caso, a los efectos de la posible existencia de tanteos y retractos por el arrendatario.

En la calificación registral existirán por todo lo dicho dos puntos fundamentales:

a) Respecto a los arrendamientos inscritos (en la actuación casi ninguno), el Juez ha de declarar su subsistencia, y no quedarán sujetos a la cancelación de sus inscripciones por causa de la adjudicación.

b) Respecto de todos los arrendamientos, tanto la LAU como la LAR exigen para inscribir en el Registro los títulos de venta de las fincas de declaración de que no estaban arrendadas o de que estándolo, se han practicado al arrendatario las notificaciones previstas por las leyes, a los efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto. Dichos derechos de tanteo y retracto a favor del arrendatario existen tanto en las ventas voluntarias como en las ventas ejecutivas de las fincas arrendadas.

Hasta la fecha, las dificultades con que tropezaba el Juez para saber la situación arrendaticia de la finca hacían que con frecuencia en los testimonios de sus autos de adjudicación ésta no figurase, de forma que la DGRN subsanó esta falta permitiendo que fuese suplida por la presentación de una solicitud al respecto firmada por el adjudicatario, que expresase la inexistencia de arrendamientos.

Para el futuro, sin embargo, dado el conocimiento que el Juez ha tenido sobre la existencia de arrendamientos, estimo que el testimonio del auto ha de hacer constar siempre la inexistencia de arrendatarios o en caso de su existencia, haberse practicado a los mismos la notificación prevista en el art. 661 de la nueva ley.

## PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN SOBRE BIENES HIPOTECADOS.

La nueva LEC traslada la regulación del antiguamente llamado procedimiento judicial sumario desde la LH a la propia ley de Enjuiciamiento, donde lo regula dentro del tronco general de los procedimientos hipotecarios, si bien como procedimiento dotado de algunas singularidades.

En general, puede decirse:

a) deja de llamarlo "procedimiento judicial sumario", aunque por su regulación continúa siendo de cierta sumariedad.

b) no es el único procedimiento de ejecución hipotecaria que se establece, ya que se admite en el art. 129 LH, reformado, la continuidad de vigencia del procedimiento de ejecución extrajudicial ante notario, que se tramitará por el procedimiento establecido en el RH. Queda así sin fuerza alguna la reciente interpretación del TS contraria a dicho procedimiento.

c) éste procedimiento judicial se configura como un procedimiento de ejecución hipotecaria de carácter general, aplicable tanto a la prenda como a la hipoteca, y por el que se regirán tanto las ejecuciones de hipotecas sobre inmuebles, como las referidas a los bienes muebles susceptibles de algún tipo de inscripción registral, como la hipoteca naval, o la hipoteca mobiliaria, sobre las que establece algunas disposiciones específicas.

d) el procedimiento sigue fielmente el esquema del antiguo procedimiento sumario en el art. 131 de la LH, con algunas modificaciones que veremos a lo largo de la exposición. El actual art. 129 LH, reformado, remite en cuanto a su tramitación, a la regulación general del procedimiento ejecutivo, con algunas especialidades. Por ello, en todo lo no específicamente regulado para éste procedimiento, se aplicará la normativa general del procedimiento ejecutivo ya estudiada.

e) se admite un tipo de embargo complementario de ésta ejecución, ya que como dispone el art. 579, si después de subastados los bienes hipotecados su producto fuere insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte, cuya ejecución se tramitará por las normas generales de la ejecución.

f) se admite hipotecar, añadiendo un número nuevo el art. 107 LH, "el derecho del rematante sobre los bienes subastados en un procedimiento judicial". Se trata de hi-

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

potecar el derecho que el rematante tiene sobre los bienes en cuya adquisición se ha pujado, derecho que sólo nace en virtud de la adjudicación del remate a dicha persona, por lo que la hipoteca habrá de constituirse entre el momento de la aprobación del remate y el de la inscripción de la adjudicación de la cosa al rematante. Y una vez inscrita ésta hipoteca, al verificarse la inscripción de la finca al rematante, la hipoteca pasará a recaer directamente sobre los bienes adjudicados.

Estudiemos en primer lugar el procedimiento en la ejecución de inmuebles, para pasar a continuación a las especialidades del procedimiento sobre bienes muebles inscribibles.

## I.- EJECUCIÓN DE HIPOTECAS SOBRE BIENES INMUEBLES.

**A) Constitución de la Hipoteca.**

El art. 682 LEC sigue el antiguo art. 130 LH, exigiendo como requisitos en la constitución de la hipoteca, que deberán constar en la inscripción.

a) que en la escritura de constitución se determine el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo a la subasta.

b) que en la escritura conste el domicilio del deudor para la practica de los requerimientos y notificaciones.

En cuanto a dicho domicilio, ha de constar el del deudor y en su caso, el del hipotecante no deudor. En cuanto a los terceros adquirentes de los bienes hipotecados, se entenderá que su domicilio es el aparezca en la inscripción de la adquisición.

Los cambios de domicilio de deudor, hipotecante no deudor o tercer poseedor de los bienes hipotecados, se regulan por el art. 683 LEC, que sigue las pautas del anterior art. 130 LH:

— pueden cambiar de domicilio sin necesidad de consentimiento del acreedor, dentro de la misma localidad o al mismo término en que esté enclavada la finca hipotecada; pero se necesita consentimiento del acreedor para cambiar el domicilio a otra localidad distinta.

— el cambio de domicilio se hará constar en el Registro, por nota al margen de la finca hipotecada.

**Procedimiento de ejecución**

**Ejercicio de la acción.**- Conforme al art. 130 LH, reformado: El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, sólo podrá ejercitarse para ejecutar una hipoteca inscrita y dado el carácter constitutivo de la inscripción, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo.

**Competencia.**- El art. 684 sigue las normas de competencia del anterior art. 131,1 LH, atribuyéndola fundamentalmente al Juez de Primera Instancia del partido en que radique la finca.

**Demanda.**- Debe de dirigirse contra el deudor (y en su caso, contra el hipotecante no deudor) o contra el tercer poseedor de los bienes hipotecados, cuando éste haya acreditado la adquisición de los bienes.

A la demanda se acompañarán —además de los documentos exigidos en todo procedimiento ejecutivo los títulos del crédito en que se base la ejecución (es decir, la escritura de constitución de la hipoteca). Si no puede presentarse tal título, deberá ser sustituido por certificación del registro, acreditativa de la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

**Tramitación.**

1.- El primer trámite de la ejecución es el **Requerimiento de pago al deudor** (o hipotecante no deudor o tercer poseedor de los bienes hipotecados), la cual puede hacerse (art. 686, que sigue fielmente al antiguo art. 131, 3 y 4):

— acreditándose el requerimiento extrajudicial de pago, hecho por acta notarial con al menos diez días de antelación, en el domicilio del requerido según el registro, y a la persona que se estima legalmente hábil para recoger la notificación (el interesado, pariente más próximo, familiar o dependiente mayor de 14 años que se encontrase en el domicilio o portero del inmueble).

— en defecto de ese requerimiento notarial, se efectuará el requerimiento judicialmente en el domicilio registral.

2.- Reclamación al Registrador para que expida la **Certificación de dominio y cargas de la finca.**

En dicha certificación constará:

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

2.- Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien, en especial, relación "completa" de las cargas inscritas que lo graven, o en su caso que se halla libre de cargas.

3.- Que la hipoteca a favor del ejecutante se encuentra subsistente y sin cancelar o en su caso, que la hipoteca ha sido cancelada o modificada en el registro.

La expedición de la certificación se hará constar por nota marginal a la hipoteca, expresando su fecha y el procedimiento para el que expide.

La nota marginal publica la existencia del procedimiento ejecutivo contra la finca, de forma que a partir de la misma, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas a la propia ejecución.

En la propia certificación, y a continuación de la misma, es decir, después de la firma —art. 660 y 353 RH— se hará constar la expedición de las comunicaciones por el Registrador.

**3.- Actuaciones posteriores a la certificación Registral.**

— Si de la certificación resultare que la hipoteca no existe o ya ha sido cancelada, se dictará auto poniendo fin a la ejecución.

— Si apareciere en la certificación que el dueño de la finca según el Registro no ha sido requerido de pago, se efectuará ahora dicho requerimiento.

— Si existen cargas o derechos reales posteriores a la constitución de la hipoteca, se remite a la regulación general del procedimiento ejecutivo.

La LEC remite de forma genérica al art. 659, lo que significa que

**la comunicación de la existencia del procedimiento** (que el art. 132 reformado de la LH llama ya "notificación") ha de ser verificada por el Registrador, modificándose así lo dispuesto en la LH, en que las notificaciones habían de hacerse judicialmente.

Como comentario a ésta obligación de los Registradores nos remitimos a lo ya dicho al tratar del procedimiento ejecutivo en general, a lo que cabe añadir que la nueva regulación del art. 132 reformado de la LH llama ya "notificación") ha de ser verificada por el Registrador, modificándose así lo dispuesto en la LH, en que las notificaciones habían de hacerse judicialmente.

Como comentario a ésta obligación de los Registradores nos remitimos a lo ya dicho al tratar del procedimiento ejecutivo en general, a lo que cabe añadir que la nueva regulación del art. 132 LH, establece entre los extremos sobre los que ha de recaer la calificación registral "que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros posteriores", con lo que nos encontramos —a mas de un sutil cambio de terminología de comunicación a notificación— con que el Registrador ha de calificar una conducta propia (si él mismo hizo o no las comunicaciones).

Con lo que si el Registrador que ha de inscribir la adjudicación es el mismo que expidió la certificación e hizo las notificaciones, es juez y parte en el procedimiento y ha de calificar su propia actuación.

Y si hubiese cambiado entretanto el Registrador ¿en qué se basará para hacer dicha calificación? Porque resulta que en el testimonio del auto de adjudicación —a cuyo contenido será aplicable la norma genérica del art. 674, no cita que haya de constar en el mismo la existencia de las notificaciones, y remite en general a "las circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria", que son circunstancias genéricas, y no recogen las especiales de cada procedimiento. Por ello, el mandamiento no expresará si se han hecho o no las comunicaciones, y el Registrador sólo podrá saberlo cotejando una copia de la certificación expedida o haciendo constar la comunicación por nota al margen de la anotación del procedimiento.

Respecto a ello, el art. 353 RH establece que el Registrador archivará copia de la certificación de cargas y las comunicaciones y unirá a ellas los documentos que con las mismas se relacionen, entre los que pueden estar los acuses de recibo de las mismas.

No obstante, como se expuso al tratar de las comunicaciones en el procedimiento ejecutivo en general, me reitero en la conveniencia de hacer constar la efectiva realización de las notificaciones por nota al margen del asiento de constitución de la hipoteca.

4.- En cuanto a los medios y forma de efectuar **la subasta**, rige la normativa general de los procedimiento ejecutivos.

Es importante, a los efectos hipotecarios, la determinación del destino que ha de darse al precio abonado por el rematante (art. 692):

1. Cobrará en primer lugar el actor ejecutante, el principal e intereses devengados y las costas causadas, con los límites de cobertura establecidos en la inscripción;

2. Si queda exceso, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados.

3. Si nos los hubiere o si queda aún exceso, se entregará al propietario del bien hipotecado, salvo en el caso de que éste propietario fuere el propio deudor, en que éste exceso se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante (y salvo que el deudor esté en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra).

## PACTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO.

Legislación después de la LEC:

Artículo 693.

Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos.

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

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

(Este número recoge literalmente el art. 135 LH, en la redacción anterior a la propia LEC, que modifica el contenido de dicho artículo. Únicamente cambia las palabras "lo dispuesto en los arts. anteriores", por las palabras "lo dispuesto en éste capítulo", pero en uno y otro caso, queda claro que a lo que ambos se refieren es a que el procedimiento ejecutivo especial es aplicable a éste supuesto, como si se tratare de una reclamación total del préstamo).

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

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

do 2 del artículo 578. (Ampliación de la hipoteca).

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

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

Continúa vigente el art. 127 LH, que regula los derechos del tercer poseedor de la finca en éstas ejecuciones por vencimiento parcial: derecho a ser requerido del pago; y pagar en su caso lo adeudado, o desamparar los bienes hipotecados.

Por lo demás éste art. remite el art. 135 de la LH, hoy con un nuevo contenido, en una remisión que habrá que entender al art. 693 LEC, que lo ha sustituido, refiriéndose en suma a la transmisión de la finca al comprador con la carga de la hipoteca que quedase por satisfacer.

Y añade como posible actuación del comprador: "Si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer se depositará su importe con los intereses que correspondan para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes".

Antes de entrar en el estudio de esta nueva regulación hemos de hacer una breve consideración, sobre la naturaleza jurídica del préstamo hipotecario, en relación con su carácter unilateral o bilateral. Las ideas tradicionales en éste punto, son: el contrato de préstamo de dinero es un contrato de naturaleza real y unilateral, ya que el prestamista entrega el dinero y a nada se obliga, recayendo la obligación de devolverlo en el prestatario. Y si dicho préstamo se garantiza mediante la constitución de una hipoteca, existen dos contratos unidos de forma indisoluble por la accesoriedad de la hipoteca, sin que por ello se perturbe la naturaleza unilateral del contrato de préstamo. De donde no es aplicable al préstamo hipotecario el art. 1124 CC —que establece para los contratos bilaterales la condición resolutoria tácita—, y plantea problemas la aplicación de la condición resolutoria explícita.

No obstante, parte de la doctrina más moderna pone en duda el carácter unilateral del préstamo hipotecario, en base a que si bien el principal obligado es el prestatario, también el prestamista asume obligaciones en el mismo, como la de respetar el contrato hasta el momento de su vencimiento.

A ello cabe añadir, la posibilidad —en la práctica se convierte en la regla general— de pactar que la devolución del préstamo se hará mediante el pago aplazado de la deuda, lo que incide directamente en la dinámica del contrato. Por ello, ¿no será ya el momento de estudiar el "préstamo hipotecario" como una variedad especial del contrato de préstamo, algo más que la mera suma de préstamo e hipoteca, con características especiales?

Porque junto al juego normal del contrato de préstamo, en el que el prestatario sólo ha de devolver lo prestado al finalizar el contrato, en la modalidad de préstamo con vencimiento por plazos, tal devolución se hará parcialmente; y si se añade el pacto de vencimiento anticipado, podrá resolverse el contrato por impago de alguno de los plazos. Y dicha resolución del contrato supone unas características que se separan del esquema general de contrato unilateral, según veremos.

Estos supuestos, puede darse un esquema de la regulación actual sobre los llamados **pactos de vencimiento anticipado del préstamo con devolución por plazos**, en el que podemos distinguir como posibles casos:

**A) Pacto de ejecución de la hipoteca por incumplimiento parcial de la obligación de pago.- (podríamos llamarlo "pacto de ejecución parcial de la hipoteca").**

— Se admite el pacto de reclamación limitada de la parte vencida e impagada de la obligación (principal e intereses) que permita la ejecución de la finca para su pago, siempre y cuando tal pacto conste inscrito en el Registro.

— Civilmente, el prestatario se obliga a devolver la cantidad recibida mediante su pago en distintos plazos (normalmente mensuales). Y el impago de dichos plazos, llevará consigo la reclamación por el acreedor sólo de los plazos vencidos y no pagados de la obligación, quedando subsistente el contrato en cuanto a los plazos aún no vencidos.

Hipotecariamente, tal reclamación llevará consigo la ejecución parcial de la hipoteca, con las siguientes particularidades:

— la ejecución parcial se llevará a efecto mediante el procedimiento especial de ejecución hipotecaria establecido por la LEC (antiguo procedimiento judicial sumario).

— el juego normal de dicho pacto, será:

—al vencimiento de alguno de los plazos del préstamo, será requerido de su pago el deudor (y en su caso, el tercer poseedor de la finca), para que pague los plazos vencidos o desampare la finca.

—desamparada la finca, se ejecutará la hipoteca sobre la misma.

—llegado el caso de venta de la finca, el adquirente la hará suya en su totalidad, con la carga de la hipoteca en cuanto a la parte no vencida de la misma (y alternativamente, podrá liberarse de la carga depositando su importe para que el Juez verifique el pago de los plazos según vayan venciendo).

**B) Pacto de vencimiento total de la obligación por impago de algunos de los plazos pactados. (el llamado "pacto de vencimiento anticipado de la obligación").**

Se trata de un pacto distinto del anterior: en aquél se pactaba que por impago de alguno de los vencimientos parciales podría llevarse a efecto la ejecución de la finca "sólo para cobro de dichos pagos vencidos" y continuando vigente la hipoteca en cuanto a los aún no vencidos; mientras que en éste caso, se pacta que por el impago de alguno de los plazos vencidos se produzca el total vencimiento de la obligación asegurada, lo que conlleva que la finca

se ejecute "par el pago de la totalidad de la deuda".

La LEC admite asimismo éste pacto, siempre que se inscriba expresamente, y atribuye distintos efectos a cada tipo de pacto:

—mientras que en el pacto de ejecución parcial de la hipoteca, sólo se ejecuta por la parte vencida del crédito y el comprador se subroga en la parte no vencida: en el pacto de vencimiento anticipado del crédito, la ejecución es total y el adquirente adquiere la finca libre de la hipoteca objeto de la ejecución.

—mientras que en el caso de ejecución parcial por impago de algún plazo, el deudor puede liberar los bienes mediante el pago de lo debido (principal e intereses) —según la norma general del art. 670.7 LEC; en el caso de vencimiento anticipado de la obligación, parece que sólo puede hacerlo el deudor sin consentimiento del acreedor en el caso de que se trate de vivienda familiar, y que en los demás casos requerirá de dicho consentimiento. Es decir en el "supuesto normal" de ejecución sólo parcial por impago parcial, el deudor no requiere consentimiento del acreedor para liberar la finca pagando lo debido; mientras que en el "supuesto especial", al considerarse vencida la totalidad de la obligación sólo podría liberarse el deudor pagando la totalidad de dicha obligación, y sólo con consentimiento del acreedor o en su caso de vivienda familiar podría liberarse pagando sólo lo ya vencido y adeudado.

Una vez expuestas las líneas generales de la regulación legal, cabe hacer algunas reflexiones sobre el supuesto, teniendo presentes al respecto la S.T.S. de 27 marzo 1999 y los clarividentes comentarios de J.M. García García en el BCRP, nº 53 de noviembre de 1999:

1.- Por la dinámica normal del contrato de préstamo, dicho contrato tendría la duración pactada, y la obligación de devolver lo prestado sólo sería exigible en el momento de terminación de dicho contrato. Y en consecuencia, en el préstamo hipotecario, sólo podría llevarse a efecto la ejecución a la terminación del contrato.

2.- Para evitar dichos plazos de terminación del préstamo, puede configurarse éste como un préstamo amortizable en plazos, en cuyo caso el pago de cada uno de los plazos se configura como una obligación de pago autónoma desde su vencimiento. Por ello, si se verifica el impago de uno o varios de los plazos vencidos, se trata de una obligación vencida y por ello exigible; y por ende puede verificarse la ejecución parcial de la hipoteca en garantía del pago de dicha obligación vencida.

Asimismo, puede pactarse que el impago de alguno de los plazos lleve consigo no sólo el vencimiento de dicho plazo, sino el de la totalidad de la obligación, y por ende, la ejecución total de la garantía hipotecaria.

Ambos pactos se configuran como válidos e inscribibles conforme a la LEC.

3.- En cuanto a la naturaleza jurídica de éstos pactos, de acuerdo con dicha regulación:

La primera tentación que sobreviene es la de calificar estos pactos como condiciones resolutorias, en cuanto que hacen depender de un suceso futuro e incierto (el impago de plazos), los efectos de la obligación.

No obstante, no es tan fácil subsumir los efectos de estos pactos dentro del esquema general de las condiciones resolutorias:

— En el pacto de ejecución parcial anticipada en realidad el impago de los plazos no producirá la resolución de la obligación, sino sólo la posibilidad de ejecutar directamente la parte de la obligación vencida, con subsistencia del resto y cambio de acreedor respecto de la parte subsistente, ya que pasará a serlo el rematante. Se trataría por ello de una condición con efectos específicos, más que de una condición resolutoria estricto sensu.

— En el pacto de vencimiento anticipado, la existencia de una condición resolutoria es mas clara, ya que se hace depender de un suceso futuro e incierto (el impago de los plazos) la resolución de la totalidad de la obligación.

Ahora bien ¿puede equipararse ésta condición a una condición resolutoria explícita? Existen dificultades de asimilación total, ya que:

1.- No se da resolución total del contrato de préstamo. La resolución total de un contrato opera con efectos retroactivos (ex tunc), por lo que el contrato es como si no hubiera existido, debiendo devolverse las partes sus respectivas prestaciones en su totalidad (recuérdese al respecto la obligatoriedad por parte del vendedor de consignar la parte del precio recibida a disposición del comprador).

En éste caso, sin embargo, el prestamista puede ya haber recibido parte de su préstamo, y la resolución sólo se produce para el futuro y sin efectos retroactivos, y sólo puede reclamarse la totalidad de lo adeudado (vencido o no) en el momento de la reclamación.

2.- El juego de la condición resolutoria explícita viene regulado expresamente para un contrato específico como es la compraventa, y es de difícil extrapolación a otro tipo de contratos, máxime si ponemos en duda el carácter bilateral del préstamo hipotecario.

Por todo ello, creo que en estos pactos de vencimiento anticipado de la obligación existe claramente una resolución convencional del contrato, cuya finalidad se aproxima a la de la condición resolutoria expresa en la compraventa, pero se trata de **una condición resolutoria especial**, cuyos efectos son:

a) si se produce el evento pactado (impago de algún plazo), se producirá la resolución del contrato, sólo en cuanto a lo adeudado en tal momento, y consecuentemente, por el carácter accesorio de la hipoteca la ejecución total de la misma para responde de dichas cantidades adeudadas.

b) dicha resolución —sin efectos retroactivos— se produce en la forma especialmente establecida por la LEC, y tiene efectos especiales relativos al acreedor, deudor, tercer poseedor de la finca y rematante de la misma.

c) la resolución tendrá efectos erga omnes, afectando en especial al adquirente de los bienes hipotecados o tercer poseedor de los mismos, que ocupará la posición originaria del deudor y sufrirá la ejecución total de la hipoteca.

Por todo ello, parece que aunque no se trate de una condición resolutoria explícita de las reguladas en el artículo 1504 CC y 59 RH, no cabe duda de que se trata de un supuesto claramente asimilado a la misma.

4.- Por supuesto, la nueva regulación de la LEC deja sin fuerza los argumentos utilizados por la S.T.S. de 27 de mayo de 1999, y dicho pacto es ya totalmente admisible en nuestro derecho, por lo que huelga entrar a refutar tales argumentos.

5.- Ambos pactos son inscribibles en el Registro, por su condición de condiciones resolutorias, y así lo reconoce la nueva redacción de la LEC. Ahora bien ¿que hemos de entender por "inscritos en el Registro de la Propiedad"? ¿Bastará con que estos pactos consten en el cuerpo de la inscripción, como cláusulas de la hipoteca, o será necesario que se haga inscripción formal de los mismos en el acta de inscripción?

Tradicionalmente, el pacto de vencimiento anticipado ha venido inscribiéndose en el cuerpo de la inscripción, como una cláusula más del contrato, y bastando con ello para despachar la ejecución en los procedimientos incoados. No obstante, y más después de la LEC, creo que deberíamos revisar ésta practica e inscribir el pacto como una condición resolutoria especial en el acta de inscripción, con base en los siguientes argumentos:

a) que la ley exige claramente "que consten inscrito en el Registro", y en el Registro sólo consta inscrito lo que el Registrador inscribe en el Acta de Inscripción, que es la decisión del Registrador en torno a lo que ha de tener en lo futuro la protección de la publicidad registral (protección que, como sabemos, no se extiende a todos los datos que constan en el cuerpo de la inscripción).

b) que se trata de un pacto que rompe el normal juego del contrato de préstamo hipotecario, ya que si no existiesen estos pactos ni la obligación quedaría resuelta, ni podría ser objeto de ejecución total. Y una fractura de tal consideración sobre el normal juego de un derecho, debe ser objeto de inscripción separada y especial.

c) que por el juego del pacto de vencimiento anticipado nacen determinados derechos del acreedor (acudir a la ejecución total de la hipoteca, antes de su total vencimiento) y del propio deudor (liberarse pagando con consentimiento del acreedor y aún sin él, si se trata de vivienda familiar). Se trata por ello de derechos que no dimanan de la hipoteca en si, sino del añadido a la misma, y que por ello este pacto debe de quedar claramente diferenciados en el Registro.

c) Que la vocación de este pacto es que surta efectos erg omnes, y particularmente frente al tercer adquirente de la finca hipotecada. Tal efecto se basa en el conocimiento que el adquirente de la finca hipotecada ha de tener de la existencia de tal pacto, que modifica su posición jurídica en lo tocante a la ejecución de los bienes. Y dicho conocimiento sólo puede darse si el pacto es objeto de inscripción especial "como condición resolutoria", pues en otro caso el Registro no sólo no le informará debidamente sino que le desinformará, induciéndole al error. Porque sólo si consta inscrito como condición resolutoria en el acta de inscripción, se dará conocimiento de tal pacto en la publicidad formal del Registro como "carga" registral que incide en el derecho de hipoteca inscrito.

Es más, estimo que sólo una vez inscrita separadamente la condición resolutoria, y constando su existencia en la certificación de dominio y cargas, puede despacharse la ejecución, ya que el art. 688 LEC dice que si de la certificación resulta que la hipoteca no existe o ha sido cancelada, se dictará auto poniendo fin a la ejecución. Y mutatis mutandis, cabe pensar, que si la ejecución se ha de basar en un pacto específico que anticipa dicha ejecución al impago de alguno de los plazos, y dicho pacto no consta en la certificación habrá que denegar dicha ejecución.

Y aún más. Si la existencia de dicho pacto no constase en la certificación, el tercer poseedor de la finca hipotecada podría oponerse a la ejecución basado en la existencia de una causa resolutoria cuyo conocimiento le fue hurtado. Cierto que éste desconocimiento no aparece como causa de oposición a la ejecución en el art. 695 (lo cual es lógico dado su carácter específico) pero se derivaría del juego de la fe pública registral, porque lo cierto es que (se entienda la buena fe como subjetiva o como objetiva) el adquirente no tuvo conocimiento a través del Registro de la existencia de una causa de resolución anticipada y no pudo por ello ejercitar su derecho a defenderse adecuadamente de la misma. Dicho sea lo anterior con todas las salvedades que se quieran, y sólo a los efectos de demostrar los efectos perniciosos a que puede llevar la no inscripción del pacto de vencimiento anticipado como objeto de inscripción separada en el acta de inscripción de la hipoteca.

Por ello, estimo que existen suficientes argumentos para inscribir el pacto de vencimiento anticipado como objeto separado de inscripción en el acta registral, y en consecuencia:

—haciendo constar su existencia en la publicidad formal que se expida (notas y certificaciones registrales).

—dando conocimiento de las dimensiones reales de la hipoteca en que se subroga al adquirente de la finca hipotecada.

—dando al Juzgado ejecutante publicidad completa de la situación jurídica de la finca, a efectos de su ejecución.

Y como modelo de Acta de Inscripción, podría valer (previo hacer constar claramente en el cuerpo de la inscripción el contenido total del pacto) algo parecido: "En su virtud, inscribo a favor de ..... su derecho de hipoteca en los términos expresados, y con sujeción, como condición resolutoria, al pacto de vencimiento anticipado reseñado".

## OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN.

Se admiten como causas de oposición, que llevarán consigo la suspensión de la ejecución, las siguientes:

1.- Extinción de la obligación garantizada y su garantía. Se prueba mediante certificación registral acreditativa.

2.- En las hipotecas en garantía de cuentas corrientes, error en la determinación del saldo exigible.

3.- Tercerías de dominio. Solo se admitirá si dicho dominio tiene título fehaciente de fecha anterior a la constitución de la hipoteca; inscrito en el Registro con fecha anterior a la fecha de la inscripción de la garantía. Se acredita mediante certificación del Registro que acredite dicha inscripción y su subsistencia, (el art. 696.1 habla de ese doble contenido de la certificación).

Recoge la misma causa que el antiguo art. 132 LH, caso que nunca he logrado entender: Si el título adquisitivo de la cosa fue inscrito a favor del tercero con anterioridad a la hipoteca ¿como se inscribió ésta? ¿Cómo no se denegó en su día por falta de tracto sucesivo? La doctrina en su totalidad expresa perplejidad ante éste precepto, que cada cual explica como puede acudiendo a interpretaciones peregrinas. Por ello, lo más lógico hubiera sido su supresión en la nueva LEC.

4.- Cuando exista lo que llama prejudicialidad penal: es decir, una causa criminal sobre la falsedad del título o la invalidez o licitud de la ejecución.

Fuera de éstos casos no se admite oposición a la ejecución, sin perjuicio de que pueda contenderse sobre la nulidad del título o sobre los pormenores de la deuda en el juicio que corresponda.

## CALIFICACIÓN REGISTRAL.

El art. 132 LH reformado —aplicable sólo a la ejecución hipotecaria— establece el ámbito de la calificación registral:

<<A los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lu-gar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del registrador se extenderá a los extremos siguientes:

1º Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.

2º 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 sufrirá los efectos de la notificación.

3º 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.

4º 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>>.

A estos requisitos habrá que añadir el que se notificó la subasta a los arrendatarios de las fincas, si los hubiere, en los términos del art. 661 LEC, que estimo aplicable también a la ejecución de hipoteca (o en su caso, la expresión de no existir arrendamientos sobre la finca). Puede verse al respecto lo argumentado al tratar del procedimiento ejecutivo en general.

## TÍTULO DE LA ADJUDICACIÓN Y MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN DE CARGAS.

**El título para la inscripción de la adjudicación** será siempre el testimonio del auto de adjudicación, y el de la cancelación de cargas, el mandamiento al efecto, conforme al art. 133, reformado de la LH,

<<El testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo del auto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El mandamiento judicial de cancelación de cargas y el testimonio del auto 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>>.

Es decir: a partir de la nueva LEC los títulos de adjudicación y cancelación de cargas, con sus respectivas circunstancias, pueden constar en un mismo documento, o en dos documentos separados; pero si constan en documentos separados, han de presentarse conjuntamente en el Registro.

En cuanto a **las operaciones a practicar en el Registro**, en virtud de tales títulos, dispone el artículo 134 LH, reformado.

<<El testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento.

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>>.

Con lo que estamos ante la misma doctrina del art. 175.2 LH relativa al procedimiento ejecutivo ordinario: rige la prioridad registral de forma absoluta, prescindiendo de posibles preferencias de titularidad y crediticias, cuyo ámbito de actuación ya se ha estudiado suficientemente.

Finalmente, establece el nuevo art. 131 de la LEC:

<<Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar

la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto>>.

## SUBSISTENCIA DE LA REGULACIÓN DE LA LEY Y EL REGLAMENTO HIPOTECARIO, en cuando a la ejecución de la hipoteca y en lo no modificado por la LEC.

Modificados los arts. 129 a 135 de la LH quedan en vigor, en lo que se refiere a la ejecución de la hipoteca, los arts. 126, 127, 128, de la LH, planteándose dudas acerca de la subsistencia de los arts. 222 a 233 del Reglamento.

Queda vigente el art. 126 LH relativo al caso de que se persigan por el procedimiento ejecutivo ordinario bienes hipotecados que hayan pasado a un tercer poseedor, por lo que subsisten los derechos de dicho tercer poseedor a ser requerido de pago y verificar dicho pago o desamparar los bienes hipotecados.

Asimismo subsiste el art. 127, sobre los derechos del tercer poseedor en la ejecución de las deudas pagaderas a plazos.

Finalmente, subsiste el art. 128, sobre el plazo de prescripción (20 años) de la acción hipotecaria.

En cuanto a los arts. 222 y siguientes del RH:

Los arts. 222 a 224 RH regulan aspectos relativos a la hipoteca ejecutada por el procedimiento ejecutivo ordinario. En la actualidad, el procedimiento ejecutivo hipotecario es el general, con algunas particularidades, lo que deja estos artículos sin contenido practico, de forma que o bien han sido sustituidos por alguna norma de la LEC, o son una simple repetición de las mismas.

El art. 222 RH se refiere a la forma de hacer el requerimiento de pago al deudor y al tercer poseedor de los bienes hipotecados, y ha sido sustituido en cuanto a las personas a quien puede entregarse el requerimiento, por el art. 686 LEC.

El art. 223 RH, en cuanto al destino del sobrante a favor del tercer poseedor de la finca hipoteca, ha de estimarse complementario del art. 696, párrafo 1º de la LEC.

El art. 224 RH, al citar como título inscribible de la ejecución en el procedimiento el testimonio del auto de adjudicación, nada añade a la regulación tanto del procedimiento ordinario como del hipotecario.

En cuanto a la normativa del RH referida expresamente al procedimiento hipotecario (arts. 225 y siguientes), cabe pensar:

El art. 225 RH se refiere a las personas que han de estimarse como acreedores posteriores a la ejecución, a efectos de las "notificaciones", y en la actualidad habrá de considerarse como vigente, si bien referido a las "comunicaciones registrales". Lo mismo cabe decirse del art. 226, pfo. 2º, en cuanto a la innecesidad de notificar a los titulares de derechos posteriores a la certificación, regla por otra parte recogida en el art. 659, 2 LEC. El art. 227 RH sobre rango de las cargas simultáneas, es asimismo aplicable como complemento de la regulación de dichas notificaciones.

El art. 226, 1º RH sigue vigente, si bien carece de razón de ser como norma independiente, ya que su contenido ha sido recogido por el art. 693 LEC.

El art. 228 RH ha de estimarse derogado, ya que en la actualidad sólo se admite el remate en calidad de ceder a favor del propio ejecutante (art. 647, 3 LEC).

El art. 229 RH carece de razón de ser, ya que se refiere a las resultas de la tercera subasta, cuando en la actualidad se ha impuesto el sistema de única subasta. El supuesto de subasta sin postores, referido a dicha única subasta, viene en la actualidad regulado en el art. 651 LEC.

Los art. 230 y 231 RH se refieren al caso de pago por el deudor en ventas con subrogación de la hipoteca, y deben estimarse vigentes, así como el art. 232, complementario de los anteriores.

Finalmente, el art. 233 que exige un distinto modo para ordenar la cancelación de las cargas en el mandamiento de cancelación (específico para las que conste en la certificación registral y genérico para las posteriores a dicha certificación), considero que debe entenderse vigente, aunque entiendo que nada añade al proceso y que su desaparición evitaría a los Registradores un continuo forcejeo con los Juzgados, a cuenta de su omisión como requisito en innumerables mandamientos.

## ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO EN CASOS DE HIPOTECA NAVAL E HIPOTECA MOBILIARIA.

Siendo el procedimiento de ejecución básicamente el mismo, la LEC establece algunas especialidades en cada caso, respecto a las que nos remitimos al propio texto legal y no entramos en éste estudio, concebido con carácter más general. Un estudio pormenorizado de dichos supuestos requiere además la consideración de las normas de las leyes sectoriales que la propia LEC deroga, así como su correlación con el nuevo Registro de Bienes Muebles, lo que alargaría innecesariamente este trabajo.

## CONSIDERACIONES FINALES.

—La nueva LEC entrará en vigor al año de su publicación en el BOE, es decir, el día 9 de enero del año 2001.

— Los procedimientos ejecutivos ya iniciados a la entrada en vigor de la LEC se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones del procedimiento posteriores a dicha entrada en vigor.

— La nueva LEC deja fuera de su regulación tanto la Jurisdicción Voluntaria, sobre la que prevee un proyecto a enviar a las Cortes en plazo de un año desde el 8 de enero del año 2000, como los procedimientos concursales, sobre los que prevee una Ley Concursal a enviar a las Cortes en plazo de seis meses desde dicha fecha.

## DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

## TEXTO DE LA LEY EN CUANTO PUEDE TENER CONEXIÓN CON EL REGISTRO.

De las medidas cautelares: disposiciones generales.

Artículo 721.

Necesaria instancia de parte.

1. Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvencional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.

2. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas.

Artículo 727.

Medidas cautelares específicas.

Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

1ª El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

5ª La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.

6ª Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.

Artículo 729.

Tercerías en casos de embargo preventivo.

En el embargo preventivo, podrá interponerse tercería de dominio, pero no se admitirá la tercería de mejor derecho, salvo que la interponga quien en otro proceso demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero.

La competencia para conocer de las tercerías a que se refiere el párrafo anterior corresponderá al tribunal que hubiese acordado el embargo preventivo.

Artículo 735.

Auto acordando medidas cautelares.

1. Terminada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá mediante auto sobre la solicitud de medidas cautelares.

Artículo 738-2.

2. Si lo acordado fuera el embargo preventivo se procederá conforme a lo previsto en los artículos 584 y siguientes para los embargos decretados en el proceso de ejecución, pero sin que el deudor esté obligado a la manifestación de bienes que dispone el artículo 589.

5ª La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.

6ª Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.

## CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA LEGITIMACIÓN. ART. 41 LH.

1. Artículo 41 LH (queda reducido a su actual párrafo 1º).

<<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>>.

**Su regulación como juicio verbal.**

Artículo 250.

Ámbito del juicio verbal.

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:

7º Las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

Artículo 439.

2. En los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, no se admitirán las demandas en los casos siguientes:

1º Cuando en ellas no se expresen las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere.

2º Si, salvo renuncia del demandante, que hará constar en la demanda, no se señalase en ésta la caución que, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64, ha de prestar el demandado, en caso de comparecer y contestar, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio.

3º Si no se acompañase a la demanda certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante.

Artículo. 440.

Admisión y traslado de la demanda sucinta y citación para la vista.

2. En los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, en la citación para la vista se apercibirá al demandado de que, en caso de no comparecer, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor. También se apercibirá al demandado, en su caso, de que la misma sentencia se dictará si comparece al acto de la vista, pero no presta caución, en la cuantía que, tras oírle, el tribunal

determine, dentro de la solicitada por el actor.

Artículo 441.

Actuaciones previas a la vista, en casos especiales.

3. En los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, el tribunal, tan pronto admita la demanda, adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere.

Artículo 444.

Reglas especiales sobre contenido de la vista.

2. En los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, el demandado sólo podrá oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el tribunal en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de esta Ley.

La oposición del demandado únicamente podrá fundarse en alguna de las causas siguientes:

1º Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada.

2º Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito.

3º Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción.

4º No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

Artículo 447.

Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales.

3. Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito.

## OTROS PRECEPTOS DE IMPORTANCIA REGISTRAL.

Art. 206.2ª: "Se dictarán autos cuando... se resuelva sobre anotaciones e inscripciones registrales, medidas cautelares...

Art. 207.2: "Son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno, bien por no preveerlo la ley, bien porque, estando previsto ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado".

Art. 241: Pago de gastos y costas del proceso.

Se considerarán ... costas la parte de aquellos que se refiera a los siguientes conceptos:

5.- Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la ley, salvo los que se reclamen por el tribunal de los registros y protocolos públicos, que serán gratuitos.

Art. 265: A toda demanda o contestación, habrán de acompañarse:

3º.- Las certificaciones y notas sobre cualesquiera asientos registrales o sobre el contenido de libros registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase.

Art. 317: Se considerarán documentos públicos:

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

Art. 797: De la administración del caudal hereditario:

3.- Podrá hacerse constar en el registro de la propiedad el estado de administración de las fincas de la herencia y el nombramiento de administrador mediante el correspondiente mandamiento judicial con los requisitos previstos en la Ley Hipotecaria.

## DISPOSICIÓN FINAL DECIMOCTAVA. PROYECTO DE LEY SOBRE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

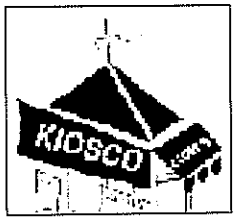
En el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de la ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.

## DISPOSICIÓN FINAL DÉCIMO NOVENA. PROYECTO DE LEY CONCURSAL.

En el plazo de seis meses desde la fecha de entrada en vigor de ésta ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley Concursal.

## DISPOSICIÓN FINAL VIGESIMO PRIMERA. ENTRADA EN VIGOR.

La presente ley entrará en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.



Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

# RESEÑA LEGISLATIVA

* Los epígrafes en negrita y con recuadro se transcriben, total o parcialmente, en las páginas siguientes. En los índices generales se indicará, a continuación del número de la revistilla, con las siglas TT o TP, respectivamente.

## RESEÑA LEGISLATIVA
## (Hasta BOE/DOGV 31-7-00)

### Estado español

**CATALUÑA — PENSIONES PERIÓDICAS.**
Ley catalana 6/2000 de 19 jun. (BOE 26-7) de pensiones periódicas.

**ARAGÓN — JUEGO.**
Ley aragonesa 2/2000 de 28 jun. (BOE 27-7) del juego en la C.A. de Aragón.

**REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES — DEMARCACIÓN.**
Instrucción de la DGRN de 25 jul. 2000 (BOE 31), en desarrollo de la Orden de 6-6-2000, por la que se dictan normas para la ejecución del RDto. 398/2000 de 24 marzo, sobre demarcación registral.

■

informativa
de derecho
privado y
registral
LUNES
4'30

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana