LUNES
CUATRO TREINTA

Revista de asuntos registrales

Año XXII - Núm. 459 - marzo, 2009

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

FUNDADOR
Enrique Colomer Sancho

COORDINADORES GENERALES
Alicia Mª de la Rúa Navarro
Pedro Fandos Pons

COLABORADOR ESPECIAL
José Bollaín Gómez

CONSEJO DE REDACCIÓN
Maria-Emilia Adán García
Vicente Carbonell Serrano
Rafael Carbonell Serrano
Vicente Domínguez Calatayud
Guillermo Dromant Jarque
Consuelo García Pedro
Carmen Gómez Durá
Belen Gómez Valle
Marta Gozálbes y Fernández de Palencia
Susana Juste Ribes
Cristina Martínez Ruiz
Francisco Molina Balaguer
Fernando Ortega Gironés
Mercedes Ríos Peset
Ana Mª Sabater Mataix
Miguel Soria Lopez

MAQUETACIÓN
Regina Martínez Vicente

SECRETARIA
Sta. María Dolores
Plaza de la Reina nº5
46003 - Valencia
Tfno.: 96.353.27.65
FAX: 96.352.19.96
cuatrotreinta@hotmail.com

Depósito legal: V-1212-1988

sumario

Nº 459 Marzo de 2009

CASOS 2

RESOLUCIONES 7

SENTENCIAS 13

NOS ESCRIBE: LA DEROGACIÓN FÁCTICA DEL ARTÍCULO 51 DEL RD 1093/97 Y EL ANACRONISMO DE LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 10 DE MARZO DE 2007 Y SUS POSTERIORES SECUELAS por Pedro Fandos Pons 20

CINDER

CINDER: LA EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA COMO GARANTÍA JURÍDICA DEL MERCADO SECUNDARIO por Juan María Díaz Fraile 35

RESEÑA LEGISLATIVA 118

La revista Lunes 4.30 agradece y respeta los trabajos de todos sus colaboradores sin asumir las opiniones vertidas en los mismos.

CASOS PRÁCTICOS

CRISTINA MARTÍNEZ . Registradora de la Propiedad

EFICACIA DE LA NOTA MARGINAL DE PROHIBICIÓN DE DISPONER EN LAS VIVIENDAS PROTEGIDAS.

En el Registro figura inscrita una vivienda protegida a nombre de un determinado señor que obtuvo ayudas para la adquisición de la misma, por lo que al margen de la inscripción de su adquisición consta la nota marginal de prohibición de disponer durante 10 años.

Esa finca fue objeto, en su día, de una anotación preventiva de embargo. El embargo se ejecutó, la finca salió a pública subasta y ahora se presenta en el Registro el testimonio del auto de adjudicación junto con el mandamiento de cancelación de cargas, antes de que hayan transcurrido esos 10 años.

La cuestión que se plantea la Registradora, es si puede inscribir esa adjudicación o si por el contrario la existencia de la nota marginal de prohibición de disponer impide dicha inscripción.

Todos los contertulios entendieron que la adjudicación es inscribible ya que esa nota marginal lo que trata de impedir es la venta voluntaria, pero no la venta forzosa, como sería este caso. Es decir, si el titular registral quisiera vender voluntariamente la finca, necesitaría la previa autorización de la Administración correspondiente, para que dicha venta fuera inscribible.

Otra cuestión es, qué ocurre con la nota marginal, ya que se plantea si al inscribir esa adjudicación puede cancelarse automáticamente dicha nota o, si por el contrario es necesario para la cancelación la correspondiente resolución administrativa.

En este punto, no hubo acuerdo entre los contertulios ya que, parte de ellos entendían que al inscribirse la adjudicación debe cancelarse automáticamente dicha nota marginal, pues esta prohibición de disponer sólo puede afectar al titular que obtuvo las ayudas para la adquisición de la vivienda, pero no a un tercero que no tiene nada que ver con dichas ayudas.

Sin embargo, otros contertulios entendieron que esa nota marginal funcionaría como una especie de carga previa y no se puede cancelar sin la correspondiente resolución administrativa, ya que es a la Administración competente a la que corresponde el control de la devolución de las ayudas, puesto que de lo contrario se vería perjudicada dicha Administración.

.

DESAFECTACIÓN DE LA VIVIENDA DEL PORTERO.

Se presenta en el Registro una escritura en la que se desafecta la vivienda deL portero, que hasta entonces era un elemento común del edificio, para convertirla en un elemento privativo que posteriormente ha sido vendido en otra escritura.

El edificio está compuesto por diez elementos privativos, ocho de los cuales tienen cargas y dos de ellos están libres de cargas.

En el acuerdo de la comunidad de propietarios, adoptado por unanimidad, se acuerda desafectar la vivienda del portero, atribuyéndole determinada cuota de participación, que resulta de la cesión de parte de la cuota que tenían los dos elementos privativos que no tienen cargas.

Como consecuencia de ello, se indica tanto en esta escritura, como en la de compraventa, que esta vivienda de portero desafectada está libre de cargas.

El Registrador se plantea varias cuestiones:

1º- Hay que distinguir dos cuestiones diferentes. Una cosa es determinar qué elementos privativos van a reducir su cuota para atribuírsela al nuevo elemento privativo desafectado, y otra cosa es el arrastre de cargas.

En una propiedad horizontal, tal y como establece el artículo 396 CC y el artículo 3.b) LPH, al dueño de cada piso o local le pertenece, además del derecho singular y exclusivo sobre su piso o local, la copropiedad junto con los dueños de los demás pisos y locales de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes. En consecuencia, la titularidad de la vivienda del portero pertenece a cada uno de los dueños de los pisos y locales, y estas partes en copropiedad son enajenadas y gravadas juntamente con el elemento privativo del que son anejo inseparable. Por ello, cuando la vivienda del portero se desafecta y pasa a ser elemento privativo, dado que procede de todos y cada uno de los elementos privativos existentes en ese momento, debe arrastrar todas y cada una de las cargas y gravámenes que afecten a dichos elementos privativos, y ello con independencia de los pisos o locales concretos que hayan reducido su cuota para cederla a la vivienda del portero.

Únicamente, podría estar este nuevo elemento libre de cargas, si los titulares de las mismas consintieran dicha liberación, ya que sino consintieran y no se arrastraran dichas cargas, los titulares de las mismas se habrían visto perjudicados como consecuencia de dicha desvinculación, ya que cuando se gravó ese piso o local, también se gravó la parte en copropiedad sobre la vivienda del portero, y, en consecuencia, cualquier modificación sobre el objeto gravado debe ser consentida por el titular de esa carga.

2º-Dado que hay dos propietarios especialmente perjudicados por este acuerdo ya que sólo ellos reducen su cuota a favor de la vivienda del portero, se consideró por la mayoría de los contertulios que respecto de ellos no puede considerarse el acuerdo de la Junta como un acto colectivo que puede ser elevado a público por el Presidente, si no que sería un acto uti singuli (para seguir con la terminología utilizada por la DGRN en sus resoluciones) ya que afecta directa e individualmente a su derecho de propiedad y, en consecuencia, deberían haber ido al otorgamiento de la escritura para consentir expresamente dicho acto.

HIPOTECA EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA. INTERVENCIÓN DEL DEUDOR.

Se presenta en el Registro una escritura en la que se constituye hipoteca en garantía de una cuenta de crédito en la que se van a cargar las deudas de un tercero, es decir, que se constituye la hipoteca en garantía de una deuda ajena, pero sin que al otorgamiento haya concurrido el deudor.

En la escritura se indica el número de cuenta, el plazo de entrega, las operaciones que se van a cargar, entre ellas unas pólizas que no se protocolizan, la regulación de dicha cuenta,…, es decir, todo lo relativo al funcionamiento de dicha cuenta de crédito, y que va a afectar al deudor, y sin embargo éste no comparece.

Se plantea el Registrador si es o no necesaria su comparecencia para poder inscribir la hipoteca. Los contertulios se dividieron, ya que mientras que unos entendieron que sí que era necesaria la intervención del deudor para causalizar la hipoteca y la cuenta y porque el reconocimiento de una deuda sólo puede hacerse por el deudor, otros, sin embargo, entendieron que no era necesaria su presencia ya que estaba suficientemente acreditada la causa y la obligación garantizada.

EJERCICIO DEL RETRACTO ENTRE COLINDANTES.

En su día se inscribió en el Registro una escritura por la que el titular registral de una finca rústica (A) la vendía a otro señor (B), que estaba casado en régimen de gananciales pero que no expresó que la adquiría para su sociedad conyugal, por lo que se inscribió la finca a favor de B con carácter presuntivamente ganancial (art. 94.1 RH).

Uno de los colindantes (C) ejercita judicialmente el derecho de retracto dirigiendo la demanda únicamente contra B.

B alega en el juicio la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por entender que la demanda debía haberse dirigido también contra su esposa. El Juez resuelve expresamente sobre este asunto entendiendo que no existe ese litisconsorcio pasivo necesario, ya que la demanda de retracto debe dirigirse únicamente contra quien en su día compareció a la compraventa como comprador.

En la sentencia el Juez estima la demanda y obliga al demandado (B) a otorgar una escritura de compraventa de la finca a favor del colindante (C) y por un precio de 460.000 pesetas.

Tanto B como C otorgan la indicada escritura de compraventa y al final hay una diligencia en la que interviene la esposa de B indicando que se opone a dicha venta.

La Registradora se plantea si puede inscribir esa escritura de compraventa ya que partiendo del artículo 94.3 RH, en principio, parece que no sería inscribible por no contar B con el consentimiento de su esposa.

Sin embargo, los contertulios entendieron que esta escritura sí que es inscribible ya que en ella B no está realmente haciendo un acto de disposición, sino que está ejecutando un fallo de una sentencia declarativa de un derecho legal y objetivo, como es el retracto, y porque no está vendiendo propiamente la finca sino deshaciendo una venta anterior, y por ello, sólo debe concurrir a deshacer esa venta la persona que concurrió en su día a la compra, por ello, el Juez en su momento desestimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

PACTO COMISORIO Y DESISTIMIENTO

Se presenta en el Registro una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un pagaré que está intervenido notarialmente y en la misma escritura se pacta un derecho de opción de compra a favor del acreedor para el caso del impago.

Este derecho de opción de compra no es inscribible, pues es evidente que en el presente supuesto la opción se concede en función de garantía, dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida (cuyo impago determina la concesión de la opción y su extinción se produciría caso del ejercicio de tal opción). En consecuencia, y como ha dicho en diversas ocasiones la DGRN, la última en la Resolución de 26 de noviembre de 2008, estableciéndose en el documento calificado un derecho de opción en función de garantía, ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio; la cual sigue vigente en nuestro ordenamiento, tal como confirman los artículos 1. 859 y 1. 884 del Código Civil.

A continuación, el presentante plantea si él solo puede desistir de la inscripción del derecho de opción para que se pueda inscribir la hipoteca. Sin embargo ésto no es posible ya que estamos ante un negocio indisoluble y hay una unidad sustantiva entre ambos pactos, la hipoteca y la opción de compra, por lo que será necesario que acreedor y deudor otorguen una escritura de rectificación debiendo necesariamente volver a exhibir el pagaré al Notario autorizante como medio de acreditar la condición de acreedor.

ADJUDICACIÓN EN VACÍO

En 1960, D.AAA vendió verbalmente una finca a D. BBB, pero el vendedor en 1961 falleció antes de dejar constancia por escrito de dicha venta.

En 1962, la viuda y los hijos de D.AAA, como legítimos herederos e integrantes de la comunidad hereditaria de la herencia de D. AAA, ya que ésta todavía no había sido partida, plasmaron en un documento privado la venta que su marido y padre, respectivamente, había hecho a favor de D. BBB.

En 1970, se hace la partición de la herencia de D. AAA y esta finca se le adjudica a uno de los hijos, D. CCC, es decir, estamos ante lo que la doctrina denomina «adjudicación en vacío» ya que se trata de una adjudicación sin contenido económico, ya que se adjudica un bien, pero a los simples efectos de que posteriormente se formalice una transmisión anteriormente efectuada.

En 1990, se eleva a público el contrato privado de compraventa y a dicho otorgamiento tan sólo concurre el comprador y el hijo adjudicatario, D.CCC, y la Registradora se plantea si a dicha elevación a público deben concurrir los demás interesados en la herencia y que en su día formalizarón el documento privado, es decir, la viuda y los demás hijos.

Todos los contertulios entendieron que no es necesaria su comparecencia ya que, si bien en el documento privado debieron intervenir todos como titulares de la comunidad hereditaria, en el momento del otorgamiento de la escritura ya existe un titular adjudicatario de dicha finca.

SUBROGACIÓN ACTIVA EXISTIENDO DOS HIPOTECAS CON IGUALDAD DE RANGO

En el Registro consta que sobre una misma finca figuran inscritas dos hipotecas a favor de una misma entidad bancaria, existiendo entre ellas el pacto de igualdad de rango.

El artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo de subrogación y novación de préstamos hipotecarios, en su redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, establece en el inciso segundo de su párrafo segundo lo siguiente: *« Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos»*.

En la escritura de subrogación la nueva entidad sólo se subroga en el primero de los préstamos hipotecarios, ya que parece que la misma interpreta que, al existir el pacto de igualdad de rango, no sería necesaria la subrogación en ambas hipotecas, puesto que en caso de ejecución de la primera hipoteca no se produciría la purga o cancelación de la segunda.

Sin embargo, los contertulios entendieron que el tenor de la norma es muy claro y no recoge excepción alguna, ya que evitar la posible purga por la ejecución de la primera hipoteca no es la única finalidad de dicha norma.

TESTAMENTO CON LIMITACIONES

Se presenta en el Registro una escritura de partición de herencia otorgada por los tres hijos de causante fallecido.

En el testamento dicho causante instituyó herederos por partes iguales a los tres hijos, pero en relación a uno de ellos, estableció una serie de limitaciones estableciendo que dichas limitaciones

subsistirían hasta que hubieran transcurrido cinco años del fallecimiento de la madre y se acreditara por el certificado médico expedido por dos facultativos que el hijo estaba rehabilitado.

En la escritura de partición de herencia los hijos se adjudican por terceras partes todas las fincas y no hacen mención alguna a las limitaciones condicionadas antes indicadas y la Registradora se plantea si esta escritura en estos términos es inscribible.

Todos los contertulios entendieron que no es inscribible y la subsanación puede hacerse de dos maneras:

- o bien acreditando que las condiciones se han cumplido (certificado médico más certificado de la defunción hace más de cinco años de su madre),
- o bien rectificando la escritura para determinar del tercio que se ha adjudicado ese hijo, la parte que le corresponde por legítima, que estará libre de toda carga y gravamen, y el resto, que quedará gravado con las limitaciones impuestas en el testamento.

VENTA DE LA VIVIENDA PORTERO DESAFECTADA

Se presenta en el Registro una escritura en la que se vende una vivienda que en el protocolo anterior había sido desafectada por haberse destinado hasta entonces a vivienda del portero.

En la escritura de compraventa interviene:

- en representación de la comunidad de propietarios, el secretario/administrador, y
- en representación de la Sociedad Limitada compradora, el administrador único, que resulta ser el Presidente de dicha comunidad de propietarios.

Esta escritura no puede inscribirse dado que el legal representante de la comunidad de propietarios es el Presidente, tal y como resulta del artículo 13.3 de la LPH, y no corresponde dicha representación ni al Secretario ni al Administrador, salvo que hubieran sido especialmente apoderados mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de poder.

De modo que, o bien se otorga poder mediante la correspondiente escritura a favor de dicho Secretario, o bien la comunidad de propietarios acuerda unánimemente vender a la Sociedad Limitada de la que es administrador el Presidente de dicha comunidad, con lo que dicho Presidente podría concurrir a otorgar la escritura de venta en representación tanto de la comunidad de propietarios como de la SL, quedando salvada la autocontratación o conficto de intereses con dicho acuerdo unánime.

Asimismo se consideró que en dicho acuerdo unánime debería constar también el precio de dicha venta para evitar que surgiera el conflicto de intereses respecto de la SL.

Mª CARMEN SOTO DE PRADO, FRANCISCO MOLINA (Registradores de la Propiedad)

R. 26 DE NOVIEMBRE DE 2008 (BOE 8-1-09)

OPCIÓN DE COMPRA. PACTO COMISORIO.

Se deniega la inscripción de una escritura en la que se reconoce una deuda y, en caso de que en fecha determinada no se haya hecho efectivo el pago, se concede a favor del acreedor un derecho de opción de compra por el importe de la cantidad adeudada, pues se entiende que se está vulnerando la prohibición del pacto comisorio. La DG desestima el recurso y confirma la nota de calificación, reiterando así su doctrina mantenida en anteriores resoluciones, por ser evidente que la opción se concede en función de garantía dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida cuyo impago determina la concesión de la opción, y su extinción se produciría caso del ejercicio de tal opción lo que implica la existencia de pacto comisorio.

(Mª Carmen Soto de Prado)

R. 27 DE NOVIEMBRE DE 2008 (BOE 8-01-09)

RECTIFICACIÓN ASIENTOS REGISTRALES. SEGREGACIÓN.

Se suspende la inscripción de una ejecutoria dictada en juicio declarativo de nulidad de escritura pública y de rectificación de los asientos del Registro de la Propiedad, por la que se determina la línea divisoria entre las fincas de los demandantes y la de los codemandados ; y se declara que una pequeña porción situada al sur de la línea divisoria queda segregada de su finca matriz y pertenece a los demandantes, alegándose:primero, la falta de datos necesarios para practicar la inscripción, en concreto la falta de identificación de las fincas registrales afectadas , de la descripción de la finca segregada y de la finca resultante de la agrupación que se hace de la porción segregada con otra finca de los demandantes así como la aclaración de si debe realizarse alguna rectificación de los linderos de las fincas afectadas; y segundo, falta licencia municipal de segregación o certificado municipal del que resulte que dicha licencia no es necesaria y, además, acreditar que se cumple con la unidad mínima de cultivo. La DG estima el recurso en cuanto al defecto primero respecto a la falta de identificación de las fincas por entender que los datos resultantes del título presentado son suficien-

tes para identificarlas, como hace la propia Registradora en su nota de calificación, y en cuanto a la aclaración de la rectificación de los linderos, ya que de la propia sentencia resulta que lo que se pretende es la constatación registral de la línea entre ambas fincas que se describe literalmente en la sentencia; y también estima el recurso en cuanto al defecto segundo en relación con la acreditación del cumplimiento de las normas relativas a la unidad mínima de cultivo ya que, aunque no se conozca la superficie objeto de la segregación, la ulterior agregación a otra finca de los demandantes que ya supera la unidad mínima de cultivo permite entender cumplida dicha normativa. Y se confirma la nota de calificación en su defecto primero, en la necesidad de expresión de la superficie de la finca segregada por ser una circunstancia necesaria para practicar la segregación y ulterior agrupación así como en cuanto a la falta de descripción de la finca resultante de la agrupación, pues al no conocer la superficie segregada tampoco se puede determinar la superficie resultante de dicha agrupación. En cuanto al defecto de la necesidad de licencia de segregación o certificado municipal de su innecesariedad, es confirmado también por la DG ante la inequívoca exigencia legal del artículo 79 del RD 1093/1997.

(Mª Carmen Soto de Prado)

R. 28 DE NOVIEMBRE DE 2008 (BOE 8-1-09)

PRIORIDAD REGISTRAL

Se suspende la inscripción de una escritura pública de compraventa de una octava parte indivisa de una finca rústica por existir sobre las siete octavas partes indivisas de la misma finca una anotación de prohibición administrativa de disponer, consecuencia de un expediente de disciplina urbanística que se practicó con posterioridad a la fecha de la antedicha escritura de compraventa. La DG desestima el recurso y confirma la nota de calificación del Registrador, ya que la anotación ha ganado prioridad registral impidiendo despachar cualquier título de fecha igual o anterior, que sea incompatible o contradictorio con él, lo que supone por tanto el cierre registral.

(Mª Carmen Soto de Prado)

R. 1, 2, 2, 3, 5, 9 DE DICIEMBRE DE 2008 (BOE 8-1-2009)

R. 4, 5 DE DICIEMBRE DE 2008 (BOE 14-1-2009)

R. 16 DE DICIEMBRE DE 2008 (BOE 24-1-2009)

R. 7 DE ENERO DE 2008 (BOE 07-02-2009)

COMPRAVENTA. PRECIO.

Se suspende la inscripción de una escritura pública de compraventa con subrogación y novación de hipoteca en la que como elementos integrantes de la cantidad total que debe pagar el comprador se incluye la constitutiva del precio en sí

mismo y la que procede por la repercusión del IVA, por entender que el precio de la venta es inferior a la cantidad retenida por el comprador y por tanto deberá determinarse la causa o relación jurídica que justifique una deuda que supere el precio de la cosa y porque el tributo que grava la transmisión no es precio de la compraventa y, por lo tanto, no cabe aplicar su importe al pago del préstamo garantizado con la hipoteca, pues el descuento o retención cabe sólo sobre dicho precio pero no sobre el precio de la venta más el tributo. La DG revoca la nota y estima el recurso, ya que en el contrato se establece expresamente que al precio de la compraventa se añade determinada cantidad por el impuesto, de modo que, se determina el alcance exacto de la contraprestación, cumpliéndose la exigencia registral de que en la inscripción de los contratos en que haya mediado precio se haga constar el que resulte del título y, también, porque tampoco existe obstáculo para la asunción global cuestionada pues el vendedor, como sujeto pasivo del IVA, tiene el derecho de repercutirlo al comprador satisfaciendo éste ambos créditos, precio y tributo, mediante la subrogación del préstamo hipotecario que se había concedido en su día al vendedor.

(Mª Carmen Soto de Prado)

R. 1 DE DICIEMBRE DE 2008 (BOE 8-01-2009)

REPARCELACIÓN. OPERACIÓN COMPLEMENTARIA.

Se suspende la inscripción de una operación jurídica complementaria a un proyecto de reparcelación ya inscrito, primero, porque las actuaciones que se pretenden exceden de la corrección de errores materiales o de hecho implicando una modificación de las fincas resultantes del proyecto de reparcelación, sin que conste el consentimiento expreso de los titulares de las fincas de reemplazo inscritas, defecto confirmado por la DG; segundo, por hacerse modificaciones de superficies sin acudir a las reglas generales de la legislación hipotecaria sobre segregaciones, divisiones y agrupaciones, en cuanto que las alteraciones se producen sobre fincas ya inscritas en el Registro,defecto confirmado por la DG; tercero, porque la finca adjudicada al Ayuntamiento debe estar libre de cargas y por no determinarse con claridad las cargas afectantes a las fincas de reemplazo, defecto confirmado por la DG; cuarto, porque la rectificación de linderos de determinadas fincas debe implicar la rectificación de los linderos de otras fincas resultantes, defecto revocado por la DG; y quinto, por no acreditarse la publicación en el Diario Oficial de la modificación del Plan Parcial de Ordenación dado que la calificación registral de los documentos administrativos se extiende a los trámites esenciales del procedimiento seguido, defecto que también es confirmado por la DG. La DG estima el recurso sólo en cuanto al defecto cuarto pues los linderos de las parcelas, a las que se refiere la nota, están perfectamente identificados en el proyecto ya inscrito y no sufren variación alguna con la operación jurídica complementaria que se pretende inscribir, sino sólo un cambio en la denominación de las parcelas colindantes, cuya actualización no es obligatoria y puede realizarse en los títulos posteriores que se inscriban sobre las mismas fincas.

(Mª Carmen Soto de Prado)

R. 10, 10 DE DICIEMBRE DE 2008
(BOE 14/01/09)

R. 15, 15, 17, 18, 19 DE DICIEMBRE DE 2008
(BOE 23-01/09)

R. 13, 17, 19, 19, 22 DE DICIEMBRE DE 2008
(BOE 24-01/09)

R. 09, 12, 20, 22 DE DICIEMBRE DE 2008
(BOE 26-01/09)

R. 08, 08, 09, 10, 13 DE ENERO DE 2009
(BOE 07-02-09)

R. 12, 13, 14 DE ENERO DE 2009
(BOE 11-02-09)

R. 12 DE ENERO DE 2009
(BOE 24-02-09)

OBRA NUEVA. VIVIENDA UNIFAMILIAR. AUTOPROMOTOR. LIBRO DEL EDIFICIO. CÉDULA DE HABITABILIDAD.

- Presentada escritura de ampliación de una obra destinada a vivienda de uso propio, el Registrador exige que se acompañe el acta de depósito del Libro del Edificio o al menos se contenga la manifestación de tenerlo a disposición de los sucesivos usuarios, así como que se aporte la Cédula de Habitabilidad o Licencia de Primera Ocupación.

- La DG parte de la base de considerar que el sistema establecido por la legislación del suelo y comentado en su Resolución Circular de 26 de julio de 2007 tiende a proteger al usuario de la vivienda, no al promotor, con lo que no sería razonable exigir el cumplimiento de las disposiciones relativas al Libro del Edificio, cuando uno y otro son la misma persona, caso de los supuestos de autopromoción. Además, señala que los requisitos relativos a dicho Libro y a la Cédula de Habitabilidad, en su caso, no lo son para la patrimonialización de la obra ejecutada, ya que no son requisitos o condiciones para edificar - y en este punto la calificación registral supone un refuerzo del control de la legalidad urbanística - sino para una ulterior transmisión, como medida de protección del usuario. En otros términos, cuando el art. 19·1 de la Ley del Suelo de 2007, aplicable al caso, alude a las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística se está refiriendo a los que acreditan el cumplimiento de las deberes propios del régimen que resulte aplicable al tipo de suelo, para poder llevar adelante el proceso constructivo, es decir, esencialmente, la licencia de obras.

(Francisco Molina)

R. 22 DE DICIEMBRE DE 2008
(DOGC 16-01-09)

CÉDULA DE HABITABILIDAD. CERTIFICADO TÉCNICO SUSTITUTIVO. LEGITIMACIÓN DE FIRMA.

- En escritura de venta de una vivienda, el comprador exime al vendedor de la aportación de la Cédula de Habitabilidad, incorporándose a la escritura el correspondiente certificado técnico, con visado colegial, pero sin legitimación notarial de firma. El Registrador considera la legitimación requisito para asegurar la autenticidad del documento, y el Notario recurrente que la Ley de Derecho a la Vivienda de Cataluña no exige tal legitimación, que derivaría de una aplicación analógica inadecuada del RD 1093/1997.

- Efectivamente, no procede una aplicación analógica del RD 1093/1997, que en todo caso sería norma supletoria, pero la propia Ley de Derecho a la Vivienda sí exige que el certificado lo expida técnico competente. La capacitación profesional derivará del visado del Colegio correspondiente, pero la identidad del firmante sólo puede adverarse con la legitimación notarial de firma, como requisito que, de hecho, es predicable respecto de todo documento privado que haya de acceder al Registro, ya directamente, ya incorporado a una escritura.

(Francisco Molina)

R. DE 14 DE ENERO DE 2009 (DOGC 11-02-09)

LEGADO OBLIGACIONAL Y REAL. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

- El titular registral de mitad indivisa de una finca fallece, bajo testamento en el que manifiesta que de su primer matrimonio deja 4 hijos, a los que lega, en pago de su legítima de Derecho catalán, y en cuanto exceda, como liberalidad, la nuda propiedad de la mitad de la herencia, con sustitución vulgar a favor de los respectivos descendientes, derecho de acrecer a falta de éstos, y para el caso de no aceptación del legado, se reducirá el derecho del renunciante a la legítima estricta. En el resto de los bienes, esto es, en el pleno dominio de la mitad de la herencia y el usufructo de la otra mitad, instituye heredera a la segunda esposa. Ésta acepta la herencia y se adjudica la totalidad de la herencia, argumentando, en fase de recurso, que el legado debe reputarse obligacional, ya que «la mitad indivisa de la nuda propiedad de una herencia no es un bien concreto y singular, sino una universalidad de bienes» . El Registrador suspende la inscripción en cuanto a la nuda propiedad de la mitad de la herencia, es decir, de la cuarta parte de la finca.

- Rigiendo la sucesión el Código de Sucesiones de Cataluña, hay que atender a la distinción que en él se hacía entre legado real - el legatario adquiere el derecho objeto de legado desde la apertura de la sucesión - y obligacional - el legatario tiene un crédito contra el heredero. En el primer caso, el legatario puede obtener anotación preventiva sobre los bienes legados e impedir que el heredero los inscriba a su favor; en el segundo, el legatario puede obtener anotación sobre todos los bienes de la herencia y el heredero no puede inscribirlos a su nombre, hasta transcurridos 180 días desde la apertura de la sucesión. Por disposición de la Ley, se considera legado real el de usufructo universal, y obligacional el de parte alícuota, pero atendiendo siempre a los principios de libertad y de respeto de la voluntad real del testador. En el caso objeto de recurso,

parece clara la voluntad del causante de atribuir eficacia real al legado: no se atribuye al legatario una parte alícuota de la herencia, sino de la nuda propiedad, lo que implica una desmembración del dominio que exige, inexcusablemente, que los legatarios hayan de concurrir. Además, la cláusula de institución hereditaria determina expresamente que la misma se extiende al usufructo de la mitad de la herencia y el pleno dominio del resto, lo cual resulta aplicable a todos y cada uno de los bienes de la herencia.

Francisco Molina

SENTENCIAS

ALICIA Mª DE LA RÚA NAVARRO *Registradora de la Propiedad*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2008.

TERCERÍA DE DOMINIO: BIEN EMBARGADO POR DEUDAS DEL ESPOSO, ADJUDICADO PREVIAMENTE A ESPOSA EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio.

Artículos citados: 1317 y 1401 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- La Tesorería Territorial de la Seguridad Social, en expediente de apremio contra D. A, dicta el 20 de octubre de 1994 diligencia de embargo sobre la vivienda X, por deudas de los años 1980 a 1985, que se presenta en el Registro de la Propiedad el 7 de noviembre de 1994 y causa la anotación de embargo letra A.

2º.- D. A y su esposa Dª B otorgan escritura de capitulaciones matrimoniales el 18 de marzo de 1994, en la que se adjudica a esta última la finca X, que es inscrita en el Registro el 23 de enero de 1995.

3º.- Dª B interpone demanda de tercería de dominio.

4º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda, y su sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial en apelación. La demandada (TTSS) recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La cuestión planteada consiste en determinar si la demandante tiene la condición de tercero en la tercería de dominio al ser la fecha de adjudicación (capitulaciones matrimoniales) anterior al embargo o, por el contrario, si no tiene tal condición, dado que las deudas generadas con la Seguridad Social por su esposo son de fecha anterior a la modificación del régimen económico matrimonial y, por tanto, de dicha deuda responde, vigente la sociedad de gananciales, el inmueble que le fue adjudicado.

El art. 1317 C.c. establece que «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros», lo que significa que los cónyuges no pueden oponerse a las ejecuciones contra los bienes que pertenecieron a la masa de los gananciales, a pesar del cambio de régimen, siempre que se den los requisitos exigidos en dicho precepto, independientemente de la declaración o no de la nulidad de los propios capítulos, y es que lo que establece tal artículo es una responsabilidad «ex lege», inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la

PRUDENCI JURIS

validez de las adjudicaciones y que, en consecuencia, no requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna. El art. 1317 C.c., completado con los arts. 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas.

Por lo expuesto, se estima el recurso de casación, desestimando la demanda.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 2008.

USO DE VIVIENDA DE LOS PADRES DEL EXCÓNYUGE. FRAUDE DE LEY EN PARTICIÓN DE HERENCIA.

Ponente: Salas Carceller, Antonio.

Artículos citados: 6.4 y 348.2 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Los esposos D. A y Dª B, dueños de una vivienda, ceden gratuitamente su uso a su hijo D. C para que la ocupe junto a su esposa Dª D y el hijo de ambos.

2º.- Producida la ruptura matrimonial, la sentencia de separación atribuye el uso de la vivienda a la esposa en cuya compañía queda el hijo menor del matrimonio.

3º.- Fallecidos D. A y Dª B, titulares de la vivienda, su heredero D. E interpone demanda de desahucio contra su hermano D. C y su esposa Dª D para recuperar la posesión de la vivienda; demanda que es desestimada por considerarse improcedente el ejercicio de tal acción entre copropietarios.

4º.- Fallecido D. E sin haberse producido la partición de la herencia de sus padres, quedan como interesados en ella D. C y sus tres sobrinos, hijos de aquél, quienes, mediante escritura de 29 de mayo de 1996 y «a cuenta de futura partición», aceptan las herencias de los mismos y acuerdan adjudicar la vivienda por terceras partes iguales a favor de los tres sobrinos, nietos de los causantes.

5º.- Uno de tales nietos formula demanda contra Dª D y su hijo, solicitando que se les condene a dejar libre y expedita a disposición de la propiedad la vivienda.

6º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, desestimando la demanda. El demandante recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo comienza constatando la existencia de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que pueda prosperar la acción reivindicatoria y reconoce, respecto a la situación de precario que se crea en virtud de la cesión gratuita de los padres a los hijos por razón de su matrimonio, que la atribución de uso a uno de los cónyuges que se produce por virtud del proceso matrimonial no supone la creación de un derecho real específico ni puede interferir en los derechos de terceros ajenos al proceso matrimonial.

No obstante, entiende que la partición realizada lo ha sido en fraude de ley y con la finalidad de crear un título para la reivindicación por lo que, por aplicación del art. 6.4 C.c., considera que tal fraude no puede alte-

rar la situación de hecho existente en orden a la ocupación de la vivienda por los demandados.

El fraude de ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley. Se caracteriza por la presencia de dos normas: la denominada «de cobertura», que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, denominada «eludible o soslayable», además de que ha de perseguir un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente. No se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la ley, pero es preciso que la Ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente y que la actuación se encamine a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente.

En el presente caso, se ha constituido una titularidad del demandante y sus hermanas sobre la vivienda que, en principio, le habilita para dar fin a la situación de precario de la que se beneficia la demandada. Pero existen hechos que demuestran el «iter» fraudulento y preconcebido en la sucesión del bien para crear una legitimación «ad hoc» que permita al actor ejercer la acción reivindicatoria, junto con una dejación de derechos por parte del esposo de la demandada en cuanto a los que pudieran corresponderle sobre la vivienda.

El art. 1058 C.c. atribuye a los herederos mayores de edad que gocen, además, de la libre disposición de sus bienes, la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente. Dicha facultad, tan amplia que se trata más bien de actos de disposición que de partición, puede afectar a todos los bienes de la herencia o ejercitarse parcialmente, completándose con los restantes bienes y llevándose a cabo la definitiva en un momento posterior, y teniendo acceso, incluso la parcial, al Registro de la Propiedad, conforme a los arts. 14 LH y 80 RH. Pero en el supuesto de autos, siendo herederos tanto el actor y sus hermanas, todos ellos por representación de su padre D. E (art. 924 C.c.), como su tío D. C, esposo de la demandada, en lugar de efectuar una verdadera partición, total o parcial, realizan algo distinto buscando un resultado antijurídico al amparo de dicha norma, como es atribuir pro indiviso a los primeros, que tienen conjuntamente un derecho a la mitad del caudal hereditario, la propiedad íntegra de la vivienda, excluyendo de todo derecho sobre ella al esposo de la demandada, titular de un derecho a la herencia que representa la mitad restante de la misma, sin siquiera señalar si existen o no otros bienes hereditarios al faltar un inventario de los mismos.

Por todo ello, se declara no haber lugar al recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE MARZO DE 2008.

SUCESIÓN: RESERVA LINEAL.

Ponente: Salas Carceller, Antonio.

Artículos citados: 811 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Dª A, después de tener una hija extramatrimonial, Dª B, contrae matrimonio

con D. C, con quien tiene dos hijos, D. D y Dª E.

2º.- Dª A fallece el 19 de febrero de 1982, bajo testamento por el que mejora en determinados bienes a su hijo D. D. Éste fallece el 14 de julio de 1995, sin descendientes y sin testamento, por lo que, abierta la sucesión intestada, le hereda su padre D. C en la totalidad de sus bienes, incluidos los recibidos de su fallecida madre Dª A. Su padre, D. C, fallece el 21 de febrero de 1997 habiendo designado heredera universal a su hija Dª E, quien otorga escritura de aceptación y adjudicación de herencia el 27 de agosto de 1997, que se inscribe en el Registro de la Propiedad.

3º.- Dª B interpone demanda contra su hermana Dª E, solicitando que se declare que existe reserva del art. 811 C.c. respecto de los bienes que D. C adquirió por herencia «ab intestato» de su hijo D. D y que éste había adquirido por herencia de su madre, Dª A, siendo reservatarias Dª B y Dª E por iguales partes indivisas; y se declare la nulidad o ineficacia absoluta de la escritura de herencia otorgada por la demandada y la cancelación de las correspondientes inscripciones registrales.

4º.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Recurrida su sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estima la demanda, si bien declarando que la demandada debe tomar como reservataria doble porción en los bienes que la actora. La demandada recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El art. 811 C.c. establece la reserva lineal: «el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiere adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden», norma que plantea numerosos problemas de interpretación. Esta reserva extraordinaria o especial, denominada usualmente reserva troncal o semitroncal, lineal o familiar, se añade a la que el Código Civil establece en sus arts. 968 y ss. a cargo del cónyuge viudo que, comúnmente, se denomina reserva ordinaria.

Prescindiendo de las distintas posturas en orden a la naturaleza jurídica de la reserva lineal (usufructo legal especialísimo, sustitución fideicomisaria, derecho condicional, expectativa jurídica, sucesión legítima a favor de los reservatarios, limitación en la sucesión de los ascendientes, sucesión troncal o pseudo-troncal, etc.), la cuestión fundamental que se plantea en el presente caso es la de determinar si la obligación de reservar constituye una mera limitación en cuanto a la disposición de sus bienes por «el ascendiente que heredare de su descendiente», la cual queda cumplida por el hecho de su atribución a quien ostenta la condición de reservatario o, por el contrario, da lugar a la imposición de una especie de sucesión forzosa e igualitaria para los reservatarios similar a la sucesión intestada, en cuya virtud aquéllos volverían a suceder en cierto modo al primero de los ascendientes a que la norma se refiere en cuanto a determinados bienes, dándose una especie de doble sucesión.

La interpretación más acorde con la realidad social actual contraria a limitar al causante sus facultades de disposición sucesoria (art. 3 C.c.) y con la necesidad de que la institución sea objeto de una consideración restrictiva, es la primera, según la cual basta que no pasen los bienes a línea distinta de la originaria para que la institución de la reserva haya cumplido su finalidad. El fundamento del art. 811 está en el propósito de evitar que los bienes salgan de la línea y vayan a

parar a personas extrañas a aquellas de quienes procedan, por lo que la imposibilidad de disposición «post mortem» debe entenderse como imposibilidad de disposición a favor de parientes distintos de los reservatarios, sin que pueda sostenerse un principio de absoluta igualdad entre los llamados por ser del mismo grado. De este modo, después de fallecido el reservista, quedará satisfecha la reserva si los bienes objeto de la misma pasan a los parientes del descendiente del que heredó que estén dentro del tercer grado.

En el caso presente, quien finalmente hereda, Dª E, tiene la condición de reservataria siendo hija de la titular originaria de los bienes y hermana de doble vínculo del «descendiente» a que se refiere el art. 811 C.c., por lo que hay que entender cumplida la reserva, y la demandante únicamente podría oponerse a que los bienes hubieran pasado a distinta línea.

En consecuencia, se declara haber lugar al recurso de casación, desestimando la demanda.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 2008.

TERCERO HIPOTECARIO: ACREEDOR HIPOTECARIO. NULIDAD DE COMPRAVENTA POR SIMULACIÓN ABSOLUTA: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN.

Ponente: Salas Carceller, Antonio.

Artículos citados: 1218, 1275 y 1301 del Código Civil; 1, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A, deudor de la entidad B según sentencia de los tribunales alemanes de 29 de marzo de 1987, vende la finca X mediante escritura pública de 4 de octubre de 1989 a Dª C, con quien convive (y con quien posteriormente contraerá matrimonio), quien posteriormente constituye sobre ella hipoteca en garantía de un préstamo a favor de la Caja de Ahorros D el 3 de enero de 1997.

2º.- La entidad B presenta demanda contra D. A, Dª C y la Caja de Ahorros D, solicitando que se declare la nulidad absoluta de la compraventa, por tratarse de un negocio simulado en perjuicio de la actora como acreedora, así como la nulidad de todos los actos o negocios jurídicos posteriores, como la hipoteca.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, siendo confirmado por la Audiencia Provincial en apelación. La demandante recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La primera cuestión que se plantea es la posible caducidad de la acción.

La simulación contractual da lugar a la nulidad absoluta o radical del contrato simulado pues falta en el mismo la causa como elemento fundamental exigido por el art. 1261.3º C.c.; nulidad radical, sin posibilidad de sanación posterior, que se produce tanto en los supuestos de simulación absoluta como en los de simulación relativa, en éstos referida al contrato simulado bajo cuya apariencia pudiera encubrirse otro fundado en una causa verdadera y lícita (art. 1276 C.c.). Como consecuencia de ello, la acción para pedir la declaración de nulidad del contrato simulado no está sujeta en su ejercicio a plazo de caducidad o de prescripción alguno, pues lo

que no existe no puede pasar a tener realidad jurídica por el transcurso del tiempo. De ahí que en tales casos no sean aplicables los arts. 1300 y 1301 C.c. sobre la nulidad contractual, pues ya el primero se refiere de modo expreso a «los contratos en que concurran los requisitos que expresa el art. 1261», los cuales, siendo existentes, pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley; el art. 1301 C.c. se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo. Por tanto, tratándose en este caso de nulidad radical por simulación, no ha caducado la acción.

La cuestión principal de fondo se centra en la simulación contractual de la compraventa.

A estos efectos, y ante la dificultad en la prueba, el Tribunal Supremo admite como suficiente la prueba de presunciones, y en el presente caso concurren indicios bastantes en tal sentido, ya que se trata de un negocio celebrado entre personas que mantenían una situación de convivencia, continuando el «vendedor» habitando el inmueble; se fijó un precio que no se correspondía con el de una parcela con chalet edificado en una zona turística, y, además, no consta que el mismo fuera pagado; se ha pretendido sostener que la edificación del chalet se realizó por la compradora, que efectivamente declaró en escritura pública la obra nueva, cuando consta acreditado que en el año 1997, al momento de efectuarse dicha declaración de obra nueva, la edificación tenía una antigüedad superior a diez años, según se deduce de la inscripción 8ª; y, por último, ya se conocía la existencia de la sentencia dictada en Alemania por la que el «vendedor» resultaba ser deudor de la entidad demandante.

Así, ha de concluirse la inexistencia del contrato por faltar la causa onerosa propia de la compraventa, sin que haya de plantearse la existencia de una causa gratuita encubierta por la presencia real de un «animus donandi», dada la invalidez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa por faltar el requisito «ad solemnitatem» de constar la donación, y no cualquier otro negocio, en escritura pública y figurar también en ella la aceptación del donatario.

Declarada la nulidad de la compraventa, ha de examinarse su alcance en relación con la hipoteca.

La Caja de Ahorros D, acreedora hipotecaria, tiene la condición de tercero hipotecario protegido por el Registro de la Propiedad (art. 34 LH) ya que adquiere a título oneroso un derecho real limitado, como es el de hipoteca, de quien aparecía en el Registro de la Propiedad como titular dominical y, por tanto, con facultades para su constitución y, a su vez, lleva a cabo la inscripción de su derecho, sin que se haya acreditado la existencia de mala fe en su actuación. La buena fe, que ha de existir en el momento de la adquisición del dominio o derecho real, ha de ponerse en relación con el posible conocimiento de la realidad extrarregistral contraria a lo que proclaman las hojas registrales, sin que sea exigible al adquirente una diligencia especial en la averiguación de las circunstancias que afecten al derecho inscrito a cuyo contenido registral puede atenerse.

Por lo expuesto, se declara haber lugar al recurso de casación, con estimación parcial de la demanda, declarando la nulidad de la compraventa y ordenando la cancelación de su inscripción registral, y absolviendo a la Caja de Ahorros D.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE MAYO DE 2008.

DOBLE INMATRICULACIÓN: SEGREGACIÓN SIN FIJACIÓN DE NUEVOS LINDEROS EN FINCA RESTO Y VENTA DE ÉSTA.

Ponente: Salas Carceller, Antonio.

Artículos citados: 1471 del Código Civil; 38 y 47 de la Ley Hipotecaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Los cónyuges D. A y Dª B segregan de la finca registral X de su propiedad un solar edificable de 386,13 metros cuadrados, que se inscribe como finca Y, anotándose dicha segregación al margen de la finca X.

2º.- Mediante escritura pública de 3 de agosto de 1989, los citados cónyuges venden la finca resto X a la sociedad C, S.A., pero por error en la descripción se fijan los mismos linderos que existían con anterioridad a la segregación, error que se repite en la venta que esta sociedad hace posteriormente a D, S.A., que por ello ocupa también la finca Y segregada.

3º.- Los cónyuges D. A y Dª B presentan demanda contra D, S.A. y C, S.A. en ejercicio de acción reivindicatoria sobre la finca Y, solicitando subsidiariamente, si fuera imposible la restitución, indemnización de daños y perjuicios.

4º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. La demandada recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo comienza poniendo de relieve que el fenómeno de la doble inmatriculación resulta frecuente en nuestro derecho inmobiliario registral precisamente por la propia facilidad de los medios de inmatriculación y se produce cuando dos fincas registrales son idénticas entre sí, aun cuando sus respectivas descripciones estén hechas de modo diferente, y también cuando una de las fincas coincide sólo parcialmente o se encuentra superpuesta respecto de otra. Ésta es la situación que se generó en el caso al no darse adecuado cumplimiento a lo previsto en el art. 47 R.H. en el momento de la segregación de la porción de terreno que dio lugar a la registral Y, pues la finca matriz X permaneció con iguales linderos, de modo que se vendió por D. A a C, S.A. con una descripción determinada, fijando así el objeto de la compraventa con designación de unos linderos, que son los que efectivamente hay que tener en cuenta para determinar la realidad física de la finca vendida, según se desprende de lo dispuesto por el art. 1471 C.c., del que resulta la preferencia de dicho comprador y de su adquirente D, S.A. en la situación de doble inmatriculación creada. La fijación de linderos en la transmisión de fincas es la determinante del objeto vendido, realidad frente a la que no puede alzarse quien vendió una finca así descrita para sostener que, realmente no era ése el objeto de la venta pues por el lado derecho existía otra que previamente había segregado, dando lugar a la registral Y, y que no se comprendía en la venta, lo que disminuía notablemente la fachada a la calle de la eventual edificación a levantar por el comprador.

En consecuencia, el supuesto de doble inmatriculación que se ha dado no puede resolverse a favor de la parte demandante, por lo que se declara haber lugar al recurso de casación, desestimando la demanda.

ESCRIBE PARA LUNES

Pedro Fandos Pons.
Registrador de la Propiedad.

LA DEROGACIÓN FÁCTICA DEL ARTÍCULO 51 DEL RD 1093/97 Y EL ANACRONISMO DE LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 10 DE MARZO DE 2007 Y SUS POSTERIORES SECUELAS

Tratábamos en un artículo anterior, la que, a nuestro entender, era la correcta interpretación del artículo 20 del TRLS 2/2008, interpretación que también ha mantenido la DGRN posteriormente en Resoluciones de finales de 2008 y principios de 2009. Sin embargo, y como continuación del artículo anterior, distinto es el régimen jurídico de la entrega de viviendas al usuario, pues la legislación Valenciana impone una serie de requisitos para la entrega de viviendas al usuario, que han sido obviados por la Dirección General en algunas de sus resoluciones, amparándose en el anacrónico artículo 51 RD 1093/97, que se ha visto superado por la legislación posterior, por lo que no cabe, en el estado legislativo actual, entrega de viviendas en construcción a los adquirentes, sin el cumplimiento de los requisitos legales. Mantener la postura contraria, significa, a nuestro entender un manifiesto fraude de ley, y vamos a tratar de explicar porqué.

El artículo 51 del RD 1093/97 dispone:

"Inscripción de títulos que tengan por objeto la obra declarada en construcción.

Cuando en el asiento no constare la terminación de la obra nueva, los títulos que tengan por objeto el edificio o alguno de sus pisos o locales, se inscribirán con la descripción resultante de aquél, haciendo constar el Registrador en la nota de despacho que la obra está pendiente de que se practique la nota registral de su finalización, único medio de dar publicidad «erga omnes» del cumplimiento de lo prevenido en la licencia correspondiente."

Como dice GARCÍA GARCÍA, este artículo ha generalizado la criticable doctrina de la RDGRN 21-III-1997, fomentando una indeseable discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, pues si existe esta facilidad para inscribir escrituras de transmisiones y gravámenes, de pisos que en el Registro figuran todavía en construcción, pero que en el título constan como terminados, la tendencia práctica será probablemente la de no reflejar nunca las terminaciones de obra[1].

Este mismo autor, en el año 1998, entendió que caben dos interpretaciones antitéticas del precepto[2], que resumidamente se exponen, y que son:

1) Entender que el precepto se refiere a los títulos traslativos relativos a pisos o locales en construcción, que tanto en el título como en el Registro, aparecían como en construcción, porque todavía no se habían terminado.

2) Entender que el precepto se refiere a los títulos relativos a pisos o locales terminados o que no se diga que están en construcción, pero que en el Registro figuran como en construcción.

- Argumento a favor de la primera interpretación es la propia dicción literal del precepto, que habla de "los títulos que tengan por objeto la obra declarada en construcción", por lo que si los pisos o locales están ya terminados, según la escritura, serían objetos consistentes en obra nueva terminada y no pueden inscribirse como obra en construcción. Según esta interpretación, lo que preocuparía al Legislador, es la venta o gravamen de pisos o locales en situación de prehorizontalidad, es decir, todavía no terminados, en cuyo caso el artículo 51 permite la inscripción de los pisos proyectados o futuros, pero siempre que se inscriban con la descripción que resulta del Registro, es decir, como formando parte de un edificio en construcción o sólamente comenzado. Y para dar una mayor información a estos consumidores inmobiliarios de pisos futuros o en construcción, que ofrecen cierto peligro o inseguridad para ellos, el precepto se adelanta a la Ley 13/1998 de 7 de Abril, sobre condiciones generales de la contratación, y les informa en la nota al pie del documento, insistiéndoles no sólo en que la obra está pendiente de que se declare su finalización, que es una obligación legal según el artículo 22 de la Ley del Suelo de 1998, sino además, que es ése el único medio de dar publicidad "erga omnes" del cumplimiento de lo prevenido en la licencia correspondiente, que ha previsto unos plazos para la terminación, y que pueden implicar unas infracciones urbanísticas, que como propietarios de las entidades, les pueden afectar. Todas estas advertencias de la nota hay que referirlas al supuesto en que esté en la mano de los consumidores inmobiliarios el velar por el cumplimiento de la legalidad vigente y sólo les corresponde en el indicado supuesto de que hayan comprado los pisos en construcción o futuros, pues si han comprado los pisos ya terminados, pero constando en el Registro que están todavía en construcción, la obligación legal de acomodar el Registro a la realidad no les corresponde a ellos, sino al promotor. En cambio, si los adquirentes compran pisos futuros o en construcción, deben saber que están obligados a velar por la constancia registral de la terminación de la obra, como propietarios que son en el momento de la terminación.

La consecuencia de esta interpretación, es que si en el Registro pretende inscribirse una escritura de venta o gravamen de un piso o local descrito como terminado, o dándolo como terminado por la vía tácita de no hacer alusión a ello en su descripción, a pesar de que en el Registro figure el edificio en construcción, en tal caso el Registrador suspenderá la inscripción del documento, hasta que se aclare que lo que se vende es un piso o local de un edificio en construcción, o de un edificio terminado, y en este último caso habrá de exigirse previamente que se cumpla la obligación del artículo 22 de la Ley del Suelo de 13 de Abril de 1998, que exige como obligación legal, que el propietario haga constar la terminación de la obra, a través del acta notarial. La exigencia del cumplimiento de esta obligación legal por el propietario constructor, en nada perjudica a los compradores, sino todo lo contrario, pues el comprador puede exigir del constructor el cumplimiento de esta obligación legal, e incluso que pague los gastos del otorgamiento del acta notarial, pues conforme al artículo 10 de la Ley de defensa de consumidores, el vendedor no puede repercutir en los compradores los gastos de declaración de obra nueva. En otro caso, se perpetuaría en el Registro la situación del edificio en construcción, y tarde o temprano la tendría que hacer alguien, cargando con gastos que no le corresponden y que sería muy difícil repercutir en el constructor.

- La segunda posible interpretación es entender que el artículo 51 se refiere al supuesto de que la escritura aluda a un piso o local terminado, pero que en el Registro figure todavía en construcción, como hizo la RDRN de 21 de Marzo de 1997. Si se aceptara esta segunda interpretación, resultaría que el Registrador tendría que inscribir la escritura en que se describieran los pisos o locales como terminados, a pesar de la discordancia entre el objeto de la venta y el objeto inscrito en el Registro de la Propiedad, pretendiendo salvarlo haciendo la inscripción en forma distinta a la que consta en el título, y además indicando en la nota de despacho todas las advertencias señaladas. Esta interpretación tiene graves inconvenientes. El primero es, que tanto el Notario como el Registrador permanecerían

impasibles ante el incumplimiento de una obligación legal del constructor de la legislación urbanística, que se vería frustrada si se permite la inscripción del título de compraventa, liberándose el constructor de la misma y trasladándola al comprador. Esta interpretación hace cómplices a Notarios y Registradores en el incumplimiento de una obligación legal, actitud que la propia ley proscribe cuando el artículo 22 de la Ley del Suelo de 13 de Abril de 1998 emplea la palabra deberán, como obligación legal del propietario, que no pueden pasar por alto, tanto Notario como Registradores. Esto nos lleva a interpretar que el artículo 22 obliga a Notarios y Registradores a que controlen el requisito del acta notarial de terminación de la obra, del mismo modo que les impone la obligación de que se les acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia municipal de construcción. Si ese requisito no es controlado por ambos operadores jurídicos, no puede ser controlado por ningún otro funcionario y el precepto quedaría en una letra muerta y obligaría al comprador a ejercer las correspondientes acciones judiciales, que casi nunca se ejercitarán en la práctica, porque los compradores se someterán a los dictados del promotor, según enseña la experiencia. Por lo que debería impedirse la inscripción de estos títulos, desde el punto de vista de la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, que en este caso no se cumplen, porque se incumple la legislación hipotecaria en materia de descripción de las fincas, y supone también un obstáculo que surge del Registro. En definitiva, esta interpretación tiene el inconveniente de que permite un fraude de ley, pues con ella se elude el cumplimiento de una obligación legal del promotor que impone el citado artículo 22, perpetuando una discordancia entre el Registro y la realidad jurídica.

La legislación posterior, ha ido reforzando la primera de las interpretaciones como la única posible, utilizando todos los medios de interpretación que la Ley ofrece al intérprete, sin embargo, la DGRN ha seguido manteniendo su doctrina, claramente enfrentada a la legalidad vigente, tanto en materia urbanística, como hipotecaria y de protección de los consumidores, como vamos a tratar de explicar, desde un triple punto de vista, el estatal, el autonómico y el de la legislación de consumidores y usuarios.

A) Legislación estatal.

Hay que partir de una clara delimitación competencial en esta materia, pues estamos ante un supuesto de hecho en el que debemos distinguir dos momentos, claramente diferenciados:

1.- El de la terminación de la obra, como hecho jurídico, consecuencia de la adquisición por el promotor del derecho a edificar y del resultado de lo edificado, que se rige por la normativa autonómica, pero fijando la normativa estatal el contenido básico de ese derecho, que garantice la igualdad de su ejercicio en todo el territorio nacional, conforme al artículo 149.1.1 CE, que dispone:

"1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias.

1. regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

Como consecuencia de ello y al amparo del artículo 149.1.8ª, que dispone que "*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias. 8. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial*", se dicta el TRLS 2/2008 y el RD 1093/97, que determinan los requisitos necesarios para la inscripción de la terminación de la obra en todo el territorio

nacional, completado por lo dispuesto por la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de Noviembre de 1999.

2.- El de la entrega de la vivienda a los usuarios, cuya competencia exclusiva es de las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 148.1. 3 que dispone:

"1. Las comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

3. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda".

Por lo tanto, en este momento, las Comunidades Autónomas, en uso de su competencia exclusiva, sí que pueden añadir requisitos adicionales a cumplir en el momento de entrega de la vivienda a los usuarios, como así ha hecho, por ejemplo, la Legislación Valenciana con las Leyes 3/2004 y 8/2004, el cumplimiento de cuyos requisitos debe ser controlado en el momento de la calificación registral.

Así, la Legislación urbanística, seguía manteniendo la vigencia de la obligación legal que exigía el anterior artículo 22 de la Ley del Suelo de 13 de Abril de 1998, pues el artículo 20.1 párrafo 2º del TRLS 2/2008 dispone que:

"Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística".

La utilización de la expresión "exigirán", así lo acredita, pero además impone otro requisito adicional que no recogía el anterior artículo 22, cual es "la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios". Con esta expresión, como defendimos en un artículo anterior, el artículo 20.1 párrafo 2º se está refiriendo a la necesaria constitución del seguro decenal para poder entregar la vivienda a los usuarios, como ya exigía la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de Noviembre de 1999. Con ello, parece lógico pensar que con esta exigencia se deja sin efecto la segunda interpretación del artículo 51 del RD 1093/97, a la que antes nos hemos referido, así lo entendió ya GARCÍA GARCÍA[3].

En la segunda disposición adicional de esta ley, se prevé que la exigencia de la obligatoriedad de las garantías a las que se hace referencia en el artículo 19 de la Ley que dispone:

"1. El régimen de garantías exigibles para las obras de edificación comprendidas en el artículo 2 de esta Ley se hará efectivo de acuerdo con la obligatoriedad que se establezca en aplicación de la disposición adicional segunda, teniendo como referente a las siguientes garantías:

c) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio".

"1. No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19" .

Este artículo, combinado con la nueva redacción del artículo 20.2 TRLS 272008, refuerza la derogación fáctica del artículo 51 del RD 1093/97, cerrando el paso a la inscripción de entrega de viviendas en construcción, sin acreditarse la constitución de las garantías, para proteger a los adquirentes de las mismas.

Pero además, la Disposición Adicional 2ª, después de excluir al autopromotor de una única vivienda familiar para uso propio de la exigencia de constitución del seguro decenal, en el inciso final del párrafo segundo del número 1, dispone: *"A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión inter vivos sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma"*.

Lo que significa, desde nuestro punto de vista, que siguiendo con el privilegio que se le concede al autopromotor de una única vivienda familiar para uso propio de no tener que contratar el seguro decenal para inscribir la terminación de la obra, del mismo modo, no se le permite transmitir, durante 10 años, inter vivos la vivienda, lo cual implica entrega de la misma, sin constituir la garantía o sin ser expresamente exonerado de su constitución por el adquirente, por lo que, a "sensu contrario", y teniendo en cuenta que al ser una norma excepcional, debe ser interpretada en sentido restrictivo, en los restantes casos de transmisión de elementos privativos de un edificio de nueva construcción destinado a viviendas, no puede haber entrega al usuario, sin que se acredite o testimonie la constitución del seguro decenal, pues la Ley sólo ha concedido este privilegio al autopromotor, por lo que está cerrando claramente el camino registral a la inscripción de negocios jurídicos, que impliquen entrega al usuario de viviendas en construcción, máxime si se describen en el título como terminados, sin que se haya hecho constar registralmente su terminación, obligación legal que la Ley impone al promotor-constructor.

A pesar de ello, no fue esa la postura mantenida por la DGRN, así:

La Resolución de 20 de marzo de 2000 en respuesta a una consulta de la Asociación de Promotores Constructores de España, sobre el artículo 20.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, para que se aclare que dicho precepto se refiere tan sólo a la declaración de obra nueva terminada y no a la obra nueva en construcción, declaró que *"el hecho de la declaración de obra nueva en construcción es potestativa, mientras que es obligatoria, en todos los casos, la declaración de obra terminada; y en segundo lugar, el seguro de daños no puede constituirse hasta el momento de la finalización de la obra, ya que hasta ese momento no es posible constituir las garantías, pues no existe inmueble que pueda sufrir daños, de manera que lo único que es posible es firmar un contrato de promesa de aseguramiento que empiece en el momento de la recepción de la obra"*.

Implícitamente, la DG con esta afirmación, está reconociendo que la entrega de la vivienda en construcción al usuario no cumple con todos los requisitos legales, pues falta la constitución del seguro decenal y la constatación registral de la terminación de la obra, por ello, hace referencia a la posibilidad de firmar un "contrato de promesa de aseguramiento que empiece en el momento "de recepción de la obra", reconociendo implícitamente la posibilidad de que el obligado a constituir el seguro decenal pueda eludir, con su interpretación, esa obligación legal. Pero los términos en que está redactado el precepto no dejan espacio para ese contrato de aseguramiento, pues impone que no se autoricen ni se inscriban escrituras públicas de declaración de obra nueva a las que sea de aplicación esta ley, sin la constitución de las garantías, como requisito necesario para la entrega, por lo que no se pueden entregar

viviendas en construcción, porque como bien dice la DG, no existe objeto asegurable y por tanto tampoco susceptible de entrega.

El Centro Directivo resolvió la consulta formulada de manera que las obras nuevas realizadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, se ajusten a los siguientes criterios:

1°. Los Notarios y Registradores de la Propiedad tan sólo exigirán la acreditación de la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación al autorizar o inscribir, respectivamente, las escrituras de declaración de obra nueva terminada y las actas de finalización de obras.

2°. En la autorización e inscripción de escrituras de obra nueva en construcción no se exigirá la prestación de las citadas garantías. Se hará constar al pie del título el carácter obligatorio de la constatación registral de la finalización de la obra, momento en el cual procederá la exigencia de tales garantías.

3°. En la autorización o inscripción de compraventas, hipotecas y demás negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción los Notarios y los Registradores de la Propiedad advertirán expresamente y harán constar al pie del título, respectivamente, la circunstancia de no constar registralmente la finalización de la obra ni la prestación de las garantías legalmente exigidas a los efectos de los artículos 19 y 20.1 y disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre.

Sin embargo, este número 3 queda sin efecto, en cuanto a las compraventas en las que ya hay una entrega al usuario, al exigir el actual artículo 20.1 párrafo 2º del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2/2008, la acreditación documental de todos los requisitos exigidos por la Ley de Ordenación de la Edificación para la entrega a los usuarios, por lo que no puede haber entrega a los usuarios sin el otorgamiento del seguro decenal y por tanto sin que se acredite registralmente la terminación de la obra, con lo que un precepto reglamentario como el que estamos analizando, queda derogado tácticamente por los preceptos legales citados de la Ley de Ordenación de la Edificación y el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

La resolución circular de la DGRN 8-VII-2002, sobre la aplicación de la LOE, sin embargo, declaró:

En cuanto a la segunda cuestión, no se trata de una ley que prive de la posibilidad de inscribir en el Registro, pero sí cierra éste a aquellos títulos de obra nueva terminada sin que se acredite la constitución del mencionado seguro decenal. Si bien es cierto que en varios casos, presenta dificultades con las compañías aseguradoras la constitución del seguro, en tanto no se modifique la letra de la Ley, dado que ésta es clara en ese sentido, dicha constitución del seguro será requisito indispensable para poder inscribir en el Registro las obras nuevas terminadas."

La Instrucción de la DGRN de 3-12-2003, declaró que la no constancia registral de la terminación de obra no cierra el Registro a los eventuales actos posteriores (compraventas, hipotecas…). El Registrador se limitará a expresar en la nota de despacho el carácter obligatorio de la registración de la citada terminación de obra, momento en el cual se planteará la cuestión sobre la exigibilidad del seguro decenal. Lo cual es un contrasentido, porque si su constancia es obligatoria, no se pueden celebrar esos negocios jurídicos si en ellos se describe la finca como terminada, porque no hay coincidencia entre la descripción de la finca registral y la que es objeto del negocio jurídico, y si se

describe en construcción, no pueden acceder al Registro los negocios jurídicos que impliquen entrega al usuario, por imperativo del artículo 20 del TRLS 2/2008.

B) Legislación autonómica.

Desde el punto de vista de la Legislación autonómica Valenciana, la Generalitat cuenta con competencias en materia de vivienda y defensa de los consumidores y usuarios al amparo del Estatuto de Autonomía, y también, en virtud de las transferencias, en materia de regulación y control de la calidad de edificación y del patrimonio arquitectónico.

En el contexto de la Ley de Ordenación, ésta tiene en especial consideración a los usuarios de la edificación, estableciendo exigencias a los agentes intervinientes sobre el producto edificado, durante el proceso y vida útil del edificio, atribuyendo a aquéllos un papel activo en el ciclo de vida útil. A lo largo del articulado se va desgranando el proceso edificatorio, el cual tiene su inicio en la fase de promoción y culmina con la puesta en uso del edificio. El enfoque que la ley valenciana hace del proceso de la edificación se plantea desde el punto de vista de la actividad que se desarrolla en cada una de las fases en que se estructura el proceso, y a cargo de cada uno de los agentes intervinientes. Es decir, esta ley centra su atención en el elemento objetivo del proceso, la actividad, completando el modelo seguido por la LOE, el cual parece se centra más hacia el elemento subjetivo encarnado por los agentes participantes en el mismo.

Así el artículo 3 de la Ley 3/2004 dispone:

"Concepto de calidad

1. Se entiende por calidad de un edificio a efectos de esta ley, el conjunto de características que reúne y prestaciones que proporciona el referido edificio, para satisfacer las necesidades y expectativas de los usuarios y de otras partes interesadas que intervienen en el proceso de edificación o se ven afectadas por él.

2. Para satisfacer las demandas de los usuarios se establecen los requisitos básicos de la edificación, que se concretan a través de la normativa técnica de edificación, la cual regula el nivel mínimo de referencia para los requisitos citados.

El nivel de calidad de un edificio viene dado por el grado en que se supera el nivel mínimo de los requisitos básicos de la edificación.

3. Con el fin de fomentar la mejora de la calidad, se establecerá un sistema de evaluación y de distintivo de edificios que podrá ser oficialmente reconocido".

Por su parte el artículo 13 dispone

"Generalidades

1. La ejecución de las obras es la acción material de realizar un edificio basado en un proyecto debidamente autorizado, con sujeción a las órdenes de la dirección facultativa y a la legislación aplicable, y aportando los medios necesarios, propios o ajenos, para satisfacer el fin de la promoción. En ella se comprenden las actuaciones de dirección facultativa de las obras, el comienzo de las obras, la construcción, el suministro de productos y su recepción, la prestación de asistencias técnicas y servicios, la terminación y la recepción de la obra, y la documentación del edificio".

Por lo que el artículo 13 incluye dentro del proceso de ejecución de las obras la terminación de las mismas, con los requisitos de calidad de las mismas, que permitan el cumplimiento del concepto de calidad a que se refiere el artículo 3.

El artículo 19 dispone:

La terminación de las obras

"1. A la terminación de las obras se procederá a la declaración formal de su finalización, mediante el certificado final de obra, suscrito por la dirección facultativa, que hará referencia a:

a) El ajuste de la obra al proyecto de ejecución y, en su caso, a las modificaciones aprobadas por la Administración Pública, quedando documentado en el proyecto final de obra.

b) La justificación del cumplimiento del nivel de calidad previsto en proyecto, mediante el Libro de Gestión de Calidad de Obra.

c) La suficiencia de los servicios urbanísticos exigibles según la Licencia municipal de edificación y la conexión con las redes de infraestructuras correspondientes, y, en su caso, las garantías necesarias para la reposición de los servicios e infraestructuras afectados provisionalmente.

d) La disponibilidad para ser destinada al fin para el que se construyó.

2. El director de obra hará entrega al promotor, junto al certificado final de obra anteriormente citado, del proyecto final de obra en el que se describirá el edificio realizado, a fin de que el usuario y cualesquiera otros interesados, puedan tener un exacto conocimiento de él, de sus instalaciones, las características finales obtenidas y de los usos previstos para el edificio.

Sin perjuicio de que para inscribir obras nuevas finalizadas, en el mencionado certificado de final de obra, se acredite por el técnico que la descripción que pretende acceder al Registro, concuerda con la realidad y con el proyecto para el que se obtuvo licencia".

El artículo 19.1 d) al exigir la disponibilidad para ser destinada al fin para el que se construyó, parece exigir que la obra cumpla con todos los requisitos legales cuando se vaya a entregar a los usuarios, entre ellos el seguro decenal a que se refiere la Ley de Ordenación de la Edificación.

La Legislación Valenciana también exige, en el ejercicio de su competencia, otro requisito que ha de cumplirse para la entrega de la vivienda a los usuarios, cual es la licencia de ocupación.

Así dispone el artículo 32:

"*Licencia municipal de ocupación*

1. La licencia municipal de ocupación es el acto que reconoce y ampara la aptitud para el uso de las edificaciones a las que se refiere esta ley, ya sea en su totalidad o en alguna de sus partes susceptibles de uso individualizado. Tiene por objeto comprobar la adecuación de la obra ejecutada al proyecto para el que fue concedida la licencia municipal de edificación.

2. Para todas las edificaciones existentes, ya sea en su totalidad o en las partes susceptibles de uso individualizado, la licencia municipal de ocupación tiene por objeto comprobar la adecuación de las mismas a la normativa de aplicación, en función del uso y características de los edificios.

3. Las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas, telecomunicaciones y otros servicios, deberán exigir para la contratación con los usuarios finales de los respectivos servicios, la licencia de ocupación.

Por su parte el artículo 33 dispone:

Exigencia de la licencia municipal de ocupación.

1. Será exigible la obtención de la licencia municipal de ocupación una vez concluidas las obras comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente ley.

2. Transcurridos diez años desde la obtención de la primera licencia de ocupación será necesaria la renovación de la misma en los siguientes supuestos:

· *a) Cuando se produzca la segunda o posteriores transmisiones de la propiedad*
· *b) Cuando sea necesario formalizar un nuevo contrato de suministro de agua, gas o electricidad.*

3. En los casos de edificaciones existentes, ya sea en su totalidad o en alguna de sus partes susceptibles de uso individualizado, que no dispusieran con anterioridad de la licencia municipal de ocupación, siempre será necesaria la obtención de la misma en los supuestos señalados en los apartados a) y b) del apartado anterior.

4. Siempre que se ejecuten obras de las comprendidas en los apartados b) y c) del artículo 2.2 de la presente ley o se produzca una alteración del uso de la edificación, será preceptiva la obtención de la licencia de ocupación, con independencia del tiempo transcurrido desde la obtención de la anterior en su caso.

5. En el caso de viviendas protegidas de nueva construcción, la cédula de calificación definitiva sustituirá a la licencia de ocupación cuando se trate de la primera transmisión de la vivienda".
Por tanto, como se desprende del primer inciso del artículo, la licencia de primera ocupación debe exigirse una vez finalizadas las obras, lo cual incluye la obligación legal de su constatación registral, y por tanto, antes del acto de entrega de las mismas a los usuarios, por lo que no cabe la entrega de las viviendas en construcción

Para finalizar con esta Ley, dispone la Disposición Adicional segunda:
"Obligatoriedad del Libro del Edificio.
Toda edificación que de acuerdo con lo establecido por el artículo 87 de la Ley, se someta a la inspección periódica, deberá disponer del Libro del Edificio con el alcance y contenidos que reglamentariamente se establezcan".

Es importante, en este punto, destacar la Disposición Derogatoria única, cuando dice:

"Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a esta ley".

Y entre esas disposiciones que deben entenderse derogadas, debemos incluir el artículo 51 del RD 1093/97, por su carácter reglamentario, cuando además la competencia para regular la entrega de las viviendas a los usuarios es de carácter autonómico.
Por su parte el artículo 7 de la Ley 8/2004 dispone:
"Garantías.
La transmisión de las viviendas de nueva construcción y las resultantes de la rehabilitación integral de edificios, requerirá que el promotor haya constituido las garantías a favor de los adquirientes por daños materiales que puedan ocasionarse por vicios y defectos de la construcción conforme a la legislación de ordenación de la edificación".

Y el artículo 16 de la Ley 8/2004 de la Vivienda de la Comunidad Valenciana dispone:

"...en las compraventas de viviendas terminadas de nueva construcción… se exigirán los requisitos... siguientes:

a) Las garantías por daños materiales derivadas de vicios y defectos de construcción establecidas en la legislación de ordenación de la edificación;
b) el importe del préstamo hipotecario que corresponda a la vivienda, las condiciones del mismo y los requisitos de subrogación del comprador.

Los anteriores requisitos señalados en los apartados a) y b), deberán acreditarse en la escritura de compraventa;

c) el libro del edificio...
d) la Licencia de ocupación....

Por tanto el artículo es taxativo, y su aplicación evita la posibilidad de aplicación del artículo 51 RD 1093/97, pues en las compraventas de viviendas terminadas se exigirá el seguro decenal, por lo que si se describe como terminada en el título y no consta registralmente que se ha constituido el seguro decenal, ni se acredita ello en la escritura, no podrá inscribirse como en construcción, haciendo inviable en la Comunidad Valenciana la aplicación de la doctrina de la DGRN al respecto.

C) La Legislación de Consumidores.

Conforme al artículo 51 CE:
"1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.
3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales."
Por lo tanto, la protección de los consumidores es uno de los principios jurídicos que informan nuestro total Ordenamiento Jurídico, por lo que las Leyes deben interpretarse siempre del modo en que los consumidores o usuarios resulten más protegidos y beneficiados, entendidos éstos como las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (art. 3 RD Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre), a los cuales deben entregarse bienes seguros, es decir aquéllos que estén en condiciones de uso (art. 11), que en materia de vivienda, se acredita con el otorgamiento de la licencia de ocupación correspondiente, como hemos visto. El artículo 114 por su parte dispone que el vendedor está obligado a entregar los productos que sean conformes con el contrato, por lo que si la compraventa tiene por objeto una vivienda terminada, y así se declara en el contrato, no se puede inscribir la venta de ese objeto como en construcción, pues ese objeto no es conforme con el contrato, y por tanto se vulnera el artículo 114. Y todo ello porque el artículo 149 dispone:
"Responsabilidad por daños causados por la vivienda.
Será aplicable el régimen de responsabilidad establecido en el artículo anterior a quienes construyan o comercialicen viviendas, en el marco de una actividad empresarial, por los daños ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico".

D) La postura actual de la DGRN.

Sin embargo, tras toda esta legislación examinada, la DGRN sigue manteniendo su errónea doctrina en diversas resoluciones.

Así, la Resolución de 10 de marzo de 2007, acogiéndose a la segunda de las interpretaciones vistas, es decir, la más contraria a la legislación vigente y a la protección de los consumidores y usuarios, permite inscribir la entrega de viviendas, sin que se acrediten el cumplimiento de las condiciones necesarias para su uso, ordenando la inscripción de una escritura de compraventa de una vivienda descrita como terminada y que en el Registro aparecía como en construcción, constando en la nota de despacho la advertencia de que deberá constatarse registralmente su terminación. Y declaró que "la cuestión planteada en el presente recurso fue resuelta por esta Dirección General en su Instrucción de fecha 3 de diciembre de 2003, al señalar: *«No se exigirá por tanto la prestación de la garantía en las escrituras de declaración de obra nueva en construcción, lo cual es coherente por otro lado con la inexistencia de bien asegurable de daños mientras no existe edificación. Si bien sí deberá hacerse constar al pie del título el carácter obligatorio de la constatación registral de la finalización de la obra, momento en el que procederá la exigencia de tales garantías; siendo obligación del Registrador de la Propiedad, por tanto, al inscribir la obra nueva en construcción, la de advertir sobre la futura exigencia de la prestación del seguro en la inscripción de la declaración de terminación de obra, sin que se pueda prejuzgar al inscribir la obra nueva en construcción si va a haber o no dispensa de la prestación de las garantías, ya que los requisitos de la Disposición Adicional segunda tienen que concurrir en el momento de la terminación de la obra y no antes, por mucho que en algunas escrituras a efectos de la exención fundada en la autopromoción, ya se anticipe que se cumplen todos los requisitos previstos en la ley. Por otro lado, si se celebraren compraventas, hipotecas u otros negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción, Notarios y Registradores de la Propiedad advertirán expresamente y harán constar al pie del título, respectivamente, la circunstancia de no constar registralmente la finalización de obra ni la prestación de las garantías exigidas a los efectos de los artículos 19 y 20 y la Disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre».*

Las Resoluciones de 8, 9, 10, 11, 12, 14 de Abril de 2008, reiteran la anterior, expresando además que la omisión de esta advertencia, por parte del Notario en la escritura, no determina que la actuación del Registrador sea otra que la señalada en dicha instrucción, es decir el despacho del título, haciendo constar en la nota al pie del mismo lo establecido en el citado artículo 51 del RD 1093/1997. En el caso de la Resolución, el Registrador suspendió la inscripción de una escritura de compraventa de una finca registral en construcción, porque estaban pendientes de despacho los títulos de rectificación y finalización de obra, presentados con anterioridad a los de compraventa y calificados negativamente.

E) Crítica de la doctrina de la DGRN.

La doctrina de la Dirección General merece hoy una crítica más negativa, aún si cabe, que la de la de 1997 citada, porque se hace con posterioridad al Texto Refundido de la Ley del Suelo 2/2008 en relación con la Ley de Ordenación de la Edificación, la Ley Valenciana de Calidad de la Edificación y el Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, confundiendo el hecho jurídico de la terminación de la obra con el acto jurídico de su entrega y las diversas competencias estatal y autonómica implicadas en los mismos.

Esta doctrina constituye sencilla y llanamente un fraude de ley, definido por DE CASTRO como "la realización de uno o varios actos que originan un resultado prohibido por una norma jurídica y que se amparan en otra norma dictada con una finalidad distinta", regulado en el artículo 6.4 CC cuando dispone:

"4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

El acto realizado es el de entrega de una vivienda como terminada, cuando aún no se ha hecho constar registralmente su terminación. El resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, es decir la norma vulnerada es el artículo 20 de la LOE y el 32 de la Ley valenciana 3/2004 y su Disposición Adicional 2ª y los artículos 7 y 16 de la Ley Valenciana 8/2004 , de los cuales se desprende que, no se pueden inscribir en el Registro entregas de viviendas a los usuarios si no consta la constitución del seguro decenal, la licencia de ocupación y el libro edificio, que aunque no es necesario que se acrediten en la escritura, deben acreditarse ante el Registro, para que el Registrador pueda controlar el cumplimiento de la legislación de la edificación vigente, pero también se vulnera la legislación de protección de consumidores y usuarios, pues con esa interpretación reciben una construcción que no está en condiciones de uso, razón por la cual, se opone también a la Ley Valenciana de Calidad de la Edificación, y la ley de cobertura para amparar esta interpretación es una norma reglamentaria, dictada con distinta finalidad y referida a la inscripción de obras nuevas en el Registro de la Propiedad y no a la entrega de viviendas al usuario de las mismas, dado el momento anterior en el que fue dictada, su distinta finalidad y que no resiste la interpretación propuesta por la DG, si utilizamos los elementos de interpretación lógico, sistemático, teleológico, histórico e incluso el gramatical.

Con esta interpretación se autoriza un título, sin que se le acrediten todos los requisitos legales necesarios para que se entregue al usuario un producto final o terminado en condiciones de uso, pues el promotor puede entregar las viviendas sin el cumplimiento de los requisitos legales. Pero perjudica al consumidor o usuario, porque se altera su voluntad de comprar una vivienda terminada, pues con esa intención ha ido al Notario a autorizar el título y con ese convencimiento sale de la Notaría, pero después aplicando la doctrina de la Dirección General, se le inscribe una vivienda en construcción, por lo que no podrá dotarla de los servicios adecuados como luz, agua y demás, pues al no tener la licencia de ocupación, que no puede solicitarse hasta que se termine la obra, puede perpetuarse en el tiempo la situación conocida popularmente como la luz de obra. Situación fáctica que pone en entredicho la afirmación de que cuando se ha firmado el título, el vendedor sabe lo que ha vendido y el comprador lo que ha comprado, pero no es así para éste, pues, aplicando esta doctrina se tergiversa su voluntad, sin que sea suficiente que preste su consentimiento a la inscripción de la obra nueva como en construcción, pues lo que se impone al promotor constructor es una obligación legal.

La propia DGRN en varias Resoluciones recientes, como las de 10-XII y 18-XII de 2008, reiteradas por otras de 8, 9, 10, 13 y 14-I-2009, dictadas con distinta finalidad, en las cuales el Centro Directivo resolvió que no era preciso acreditar el otorgamiento de la licencia de ocupación para inscribir una terminación de obra, interpretación que se defendió en artículo anterior publicado en esta misma Revista, de fecha previa a las citadas Resoluciones, utiliza un argumento que implícitamente deja sin efecto su doctrina anterior, cuando en el fundamento de derecho 3 declara:

" 3. Respecto del mencionado artículo 19.1 de la Ley de Suelo, este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en Resolución Circular de 26 de julio de 2007, según la cual la única novedad reseñable respecto del régimen anterior es que dicha Ley exige que en las escrituras de declaración de obras nuevas terminadas (y en las actas de fin de obras) se acredite documentalmente el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y esta exigencia «… significa que no se autorizarán por los Notarios ni se inscribirán por los Registradores de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada o actas de finalización de obra de edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación … (en lo sucesivo LOE) sin que se les acrediten tanto el seguro decenal regulado en el artículo 19 de la citada Ley, como los demás requisitos documentales

exigidos por esa ley para la entrega al usuario. Tal documentación no es otra que el Libro Edificio a que se refiere el artículo 7 de la LOE. En él se integrarán el proyecto, la identificación de los agentes intervinientes, licencias, y demás requisitos exigidos por el citado artículo 7 de la ley 38/1999 y en su caso los demás requisitos exigidos por la legislación autonómica como integrantes del mismo».

Por lo que por aplicación del artículo 16.a) de la Ley valenciana 8/2004, no puede haber entrega sin acreditarse la constitución del seguro decenal, no cabe la entrega de pisos en construcción, por lo se imposibilita la interpretación que del artículo 51 hacían las resoluciones antes citadas.

En estas resoluciones de 2008 y 2009, excediéndose de su ámbito competencial, declara que el requisito de acreditar el otorgamiento de la licencia de primera ocupación, no es exigible ni siquiera cuando se entrega la vivienda a los usuarios, utilizando como argumento peregrino el que el artículo 16 de la Ley 8/2004 no exige la acreditación al Notario del otorgamiento de la licencia de primera ocupación, cuando autoriza la escritura de compraventa, pero ello no excluye que no deba acreditarse el otorgamiento de ese documento administrativo, y por tanto público y accesible al Registro de la Propiedad, en el momento de la inscripción de la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad, momento en el que se realiza el control de la legalidad urbanística y de la edificación, toda vez que el artículo 16 de la Ley 8/2004, impone esos requisitos y por tanto han de ser cumplidos, ya sea mediante su acreditación al presentar el título en el Registro como documentación complementaria, o bien mediante simple declaración del promotor, compareciente en el título, de que ha cumplido una obligación legal, aceptando el adquirente dicha declaración, de lo contrario se dejarían sin efecto los requisitos c y d del artículo 16. En todo caso, esa es una interpretación que corresponde a los Órganos Autonómicos Competentes en materia de vivienda, pero no a un Órgano administrativo del Estado Central como es la DGRN, que con esta interpretación invade competencias que corresponden a los Órganos Autonómicos correspondientes competentes en materia de vivienda, la cual es una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, como hemos visto anteriormente.

Por tanto, acreditado que estamos ante un fraude de ley, como se ha demostrado en algún caso práctico, en el que los usuarios no pueden inscribir su terminación de obra porque el promotor no suscribió su seguro decenal, amparándose en esta doctrina de la Dirección General, su consecuencia no puede ser otra que la aplicación de la ley que se ha tratado de eludir y por tanto, no puede haber entrega sin la constitución del seguro decenal, pues el cumplimiento de la legalidad urbanística y la protección del consumidor así lo demandan. Consumidor o Usuario que, aunque también comparece en el título, sus intereses no son lo suficientemente protegidos, como los de la otra contraparte que comparece en el título, con una posición de superioridad, pues suele mantener una relación comercial habitual con el autorizante del título, por lo que la presión sobre él puede ser mayor.

Cuando se controla realmente el cumplimiento de la legalidad es con la calificación registral, al exigirse que conste registralmente la terminación de la obra, la constitución del seguro decenal y la licencia de ocupación y la puesta a disposición de los usuarios del libro edificio, con carácter previo a la entrega de la vivienda, se protege, no sólo a los terceros no intervinientes, sino también a los usuarios, cuyos intereses no han sido suficientemente protegidos al otorgarse el título, ni a los que la Dirección General parece tener en cuenta, al preferir proteger otros intereses de carácter espureo, con el objetivo de limitar la calificación registral, y que deberían estar subordinados al cumplimiento de la legalidad urbanística y a los intereses de los usuarios.

Es falsa la afirmación de que el cierre registral es una medida muy agresiva contra el usuario adquirente de la vivienda, que se ve perjudicado cuando no se inscribe la entrega del piso en construcción. Él es, precisamente, el mayor perjudicado por esta interpretación, que beneficia a la contraparte en el negocio jurídico, que puede eludir una obligación legal, y decimos puede, porque la mayoría de los promotores cumplen con sus obligaciones legales, lo que ocurre es que ha sido desde la propia Dirección General, con esta extraña doctrina, la que ha abierto la puerta a posibilitar dicho

incumplimiento, en perjuicio del adquirente, que puede dar lugar a situaciones fraudulentas, más en una época de crisis en la que la necesidad de reducir costes de producción empieza a ser acuciante, pero el beneficio de los consumidores o usuarios es un interés jurídico superior digno de una protección absoluta.

Conclusión.

Teniendo en cuenta estas críticas, ¿cuál sería pues la adecuada interpretación, a nuestro entender, del artículo 51 citado, toda vez que las críticas vertidas por GARCÍA GARCÍA han recobrado vigencia tras la reiteración de esta perniciosa doctrina?

El precepto ha de ser interpretado, utilizando todos los elementos de interpretación que la Ley ofrece al intérprete, conforme al artículo 3 CC, es decir, no sólo el literal, sino también el lógico, el teleológico, el sistemático y el espiritualista.

Así, cuando el artículo 51 dice que "cuando en el asiento no constare la terminación de la obra nueva, los títulos que tengan por objeto el edificio o alguno de sus pisos o locales, se inscribirán con la descripción resultante de aquél", debe interpretarse que se refiere a los títulos relativos a edificios o construcciones excluidos de la constitución del seguro decenal y a edificios destinados a vivienda en construcción, realizados por su titular registral, que no impliquen entrega a un tercero, como pueden ser una hipoteca para financiar la construcción, una modificación de la propiedad horizontal, la constitución de una servidumbre etc…, pero no pueden implicar también negocios jurídicos de compraventa referentes a elementos privativos de edificios sometidos al ámbito de aplicación de las leyes citadas, sin que se acredite el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la entrega.

Por lo tanto la lógica impone distinguir diversas situaciones por su distinta naturaleza:

El acto jurídico de la obra nueva en construcción, de inscripción potestativa con los requisitos del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2/2008 y 45 y siguientes del RD 1093/97, fase durante la cual, sólo podrán inscribirse negocios jurídicos, otorgados por el titular registral que no impliquen entrega al usuario de viviendas sometidas al ámbito de la legislación mencionada, en los cuales se describirá el edificio como en construcción, y así se inscribirá, y a ellos se refiere el artículo 51. Sin perjuicio de situaciones excepcionales como la prehorizontalidad, en la que se pueden celebrar contratos privados de compraventa de viviendas con los usuarios, en esta fase de construcción, la defensa de cuyos intereses requiere que estos contratos privados puedan tener acceso al Registro de la Propiedad, bajo el asiento temporal de anotación preventiva, que asegure su derecho hasta el otorgamiento de la escritura pública de compraventa con los requisitos legales para la entrega, una vez constatada registralmente la terminación de la obra con sus requisitos legales, postura que ya fue defendida por ARNÁIZ EGUREN en su ponencia del II Congreso Nacional de Registradores, celebrada en Santiago de Compostela en Octubre de 2004, aunque para ello es necesario una disposición legal que así lo ordene. Otra situación especial sería la de construcción del edificio en régimen de comunidad valenciana, donde no se plantean estos problemas, pues dada su configuración jurídica, admitida por la Dirección General, no existe entrega, por lo que están excluidas del requisito del seguro decenal, según la Instrucción de la DGRN de 3 de Diciembre de 2003.

- El acto jurídico de la declaración de obra nueva junto con el hecho jurídico de su terminación, de inscripción obligatoria, que en este caso requerirá, además los requisitos exigidos por el artículo 19 LOE y el artículo 20 del Texto Refundido, que, como interpretamos en un artículo anterior, se refiere a los requisitos anteriores junto con el certificado del técnico competente y la constitución del seguro decenal, como "requisito necesario para la entrega exigido por la legislación correspondiente", que es la propia Ley de Ordenación de la Edificación, así lo interpretó la propia DGRN en la Instrucción de 26 de Julio de 2007, por tanto no puede haber entrega sin seguro decenal.

- El hecho jurídico de la terminación de obra, que constituye una obligación legal del promotor de hacer constar la finalización de la obra en construcción mediante la correspondiente nota marginal, sin que se pueda entregar los diferentes elementos privativos hasta que conste registralmente la terminación.

- La entrega de la vivienda al usuario que requiere además que se acredite la concesión de la licencia de ocupación, que acredite que la vivienda se encuentra en estado adecuado para el uso a que ha de ser destinada, evitando que el usuario pueda recibir productos defectuosos y el Libro Edificio exigido por la Disposición Adicional 2ª de la Ley Valenciana de Calidad de la Edificación, y exigido también por una Instrucción de la DGRN de 26 de Julio de 2007, salvo que se trate de un supuesto de autopromotor de una única vivienda para uso propio, como así lo ha entendido la RDGRN de 14-I-2009.

Ésa sería la correcta interpretación, a nuestro entender, de los preceptos comentados, en adecuada protección de los consumidores y usuarios y con pleno respeto a la legislación autonómica, única competente para regular la entrega de viviendas a los usuarios, que es vulnerada por la interpretación de estas Resoluciones, invadiendo esta competencia exclusiva autonómica, sin ninguna norma de habilitación, y como la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva para regular la entrega a los usuarios, también deberá ordenar el reflejo registral de la misma, razones por las cuales la Dirección General, debería revisar la doctrina criticada, en aras del beneficio de los usuarios.

Pedro Fandos Pons. Registrador de Benissa.

(Footnotes)

[1] GARCÍA GARCÍA, J.M. Código de Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil. Editorial Thomson Civitas. Quinta Edición. Madrid, 2006. Nota al artículo 51 RD 1093/97. Página 1555.

[2] ¿Transmisión de pisos en construcción o terminados? Dos posibles interpretaciones del artículo 51 del Reglamento de 4-7-97. BNCR nº. 41. Octubre 1998. Páginas 2495 y siguientes.

[3] Op cit en nota 2.

CINDER

Por Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad
Catedrático de Derecho Civil (acreditado) Presidente del Consejo de Dirección del CIDDRIM

LA EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA COMO GARANTÍA JURÍDICA DEL MERCADO SECUNDARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. LA INTEGRACIÓN DE LOS MERCADOS HIPOTECARIOS EUROPEOS. EL PAPEL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Al hablar del tema de la integración de los mercados hipotecarios europeos, hemos de comenzar aludiendo a las construcciones doctrinales sobre la "eurohipoteca" que, a pesar de alguna reciente resolución del Parlamento europeo hablando de la creación de un mercado hipotecario paneuropeo, hoy por hoy se mueve en el terreno de lo puramente especulativo.

Ya sabemos que los Ordenamientos jurídicos hipotecarios son diferentes en los distintos países europeos. El Derecho hipotecario inglés tiene un contenido dispositivo en muchas de sus partes permitiendo a las partes contratantes fijar libremente las modalidades de su hipoteca, en tanto que en el Derecho hipotecario continental la hipoteca se configura como un derecho real típico, con un contenido delimitado por la ley. A su vez, las hipotecas continentales responden a dos modelos básicos distintos: el de las hipotecas accesorias y el de las hipotecas independientes, básicamente la Grundschuld o deuda territorial alemana y la Schulbrief o deuda hipotecaria suiza.

a) Es cierto que, vista esta diversidad y las posibles consecuencias adversas para el funcionamiento del mercado interior de capitales que pudiera tener, la Comunidad Económica Europea encargó en 1966 a un grupo de expertos presidido por el profesor Claudio Segré la elaboración de un informe al respecto, en cuyas conclusiones se consideraba que la deuda territorial alemana u otra garantía semejante podría extenderse como modelo a los demás Estados miembros. b) Posteriormente, la Comisión europea encargó en diciembre de 1971 al Instituto Max Planck para el Derecho Extranjero y el Derecho Internacional Privado de Hamburgo un informe sobre la armonización de las hipotecas europeas. La primera parte del informe tenía por objeto describir la situación existente sobre la regulación de las hipotecas en los distintos países que en aquél momento integraban la Comunidad Económica Europea. En 1976 el profesor inglés Paul Jackson completó

esta parte del informe con los datos de los nuevos Estados adheridos: Dinamarca, Irlanda, Reino Unido e Irlanda del Norte. Sin embargo, la segunda parte del informe que debía tener por objeto el estudio de nuevas garantías de crédito no llegó a ser elaborada.

A partir de ahí, las discusiones sobre el tema de la "eurohipoteca" se residencian en ámbitos puramente académicos, o a través de foros como el "Forum Group" creado por la Federación Hipotecaria Europea, en cuyas discusiones alcanza cierta notoriedad la propuesta para la regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio que realizan los doctores Otmar Stöcker y Hans Wolfsteiner, encabezando a un grupo de juristas alemanes. Pero, como el propio prof. Otmar Stöcker reconocía en una conferencia pronunciada en Barcelona el 21 de mayo de 1997 la idea de armonizar el derecho hipotecario en Europa mediante la introducción de una eurohipoteca es futurista o tal vez utópica. De hecho las autoridades de la Unión Europea no han llegado en ningún momento a acoger de forma real y operativa la idea de la armonización hipotecaria. Antes al contrario ya a finales de los 70 se había decidido abandonar este camino y sustituirlo por el principio del mutuo reconocimiento de las técnicas financieras acogido por la Segunda Directiva bancaria de 15 de diciembre de 1989, que deja no ya sin armonizar sino incluso fuera del principio del mutuo reconocimiento todo lo que tenga que ver con el Derecho civil, hipotecario, concursal y procesal.

¿Cuál es la razón de ser de todo ello?. A parte de las enormes dificultades prácticas de todo intento de armonización de las legislaciones internas de los países miembros en esta compleja materia, existe una razón jurídica de fondo que es la de que los títulos competenciales de la Unión Europea en materia de propiedad, especialmente en el caso de la propiedad inmobiliaria y de los derechos reales limitados constituidos sobre la misma - como el derecho de hipoteca - son limitados y circunscritos a los siguientes fundamentos:

1º. En desarrollo de la libertad de establecimiento, el artículo 54 nº 3, e) del Tratado- CEE prevé que el Consejo y la Comisión adopten iniciativas «haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado *mi*embro».

2º. La liberalización de capitales consagrada por el artículo 67 del Tratado-CEE y desarrollada por la Directiva 88/361/CEE, de 24 de Junio, ha supuesto no sólo la abolición de las restricciones cambiarias a las inversiones extranjeras inmobiliarias, sino también la supresión de las especialidades impuestas por la legislación a las adquisiciones de bienes inmuebles por extranjeros comunitarios por razones de Defensa nacional.

Fuera de las limitaciones y excepciones indicadas, en materia del derecho de propiedad la competencia para su regulación se atribuye a los Estados. Así resulta con toda claridad del propio Tratado de Roma cuyo artículo 222 - no alterado por el Tratado de Maastricht de 1992, y nuevamente confirmado por el Tratado de Amsterdam de 1997[1], que se limita a cambiar el número del artículo - dispone con cierto énfasis que «El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros». El reciente Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 tampoco ha alterado esta regla de atribución de competencia.

Esta norma responde a la consideración de que los bienes raíces forman el substrato territorial de los Estados como elemento básico de soberanía. Igualmente coadyuvan a fundamentar esta solución el principio comunitario de mutuo reconocimiento de legislaciones (en el que no hay armonización, sino admisión por cada Estado de la bondad de la legislación de los restantes Estados comunitarios),

y el principio, surgido de Maastricht, de la subsidiariedad, conforme al cual en las materias en que no exista una competencia exclusiva de la Comunidad, ésta sólo puede actuar en caso de que su acción sea más eficaz que la de los Estados.

Todo lo anterior supone la coexistencia en el ámbito europeo de distintos sistemas de tráfico jurídico inmobiliario y de publicidad registral del mismo.

Así, desde el punto de vista civil sustantivo coexisten los sistemas de adquisición y transmisión de derechos reales de tipo consensual basados en el mero consentimiento, como el francés, italiano o belga, los que responden a la doctrina del título y el modo, con una doble variante según que el efecto traditorio se atribuya a la escritura -caso español- o a la inscripción registral -caso de Suiza-, y los sistemas basados en el negocio real dispositivo de carácter abstracto, esto es, desconectado de la causa del negocio obligacional subyacente - caso de Alemania -.

Finalmente, como reconocía el propio prof. Otmar Stöcker en la conferencia citada otras dos dificultades insalvables para la regulación de una "eurohipoteca", hasta tanto no existe un Derecho Civil uniforme en Europa, son el Derecho Internacional Privado con su regla "lex rei sitae" para determinar la ley aplicable a los derechos y garantías reales, y las divergencias existentes entre la legislación concursal de los países miembros. Así, por ejemplo, si en un Ordenamiento jurídico, por ejemplo, en Francia, la eficacia y calidad de la garantía hipotecaria se ve restringida fuertemente por privilegios del Estado y de los trabajadores, esta hipoteca no tendrá el mismo nivel de garantía y calidad que una hipoteca constituida en un país en que dichos privilegios no existan. Y finalmente lo mismo cabe decir de las diferencias en la regulación del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria: no es lo mismo un procedimiento en que las causas de oposición o suspensión de la ejecución sean unas u otras, o en que las reglas sobre tasación, notificación o subasta sean estas o aquellas.

Esta situación hoy en nada ha cambiado según se desprende claramente del contenido del Libro Verde sobre el crédito hipotecario en la Unión Europea presentado por la Comisión en julio de 2005, y del que a estos efectos quiero destacar tan sólo dos aspectos: 1º sobre legislación aplicable a las garantías reales, el Libro Verde afirma que "la Comisión no ve a priori ninguna razón para abandonar el principio bien asentado de que la legislación aplicable es la del país en que está situada la propiedad"; 2º sobre la eurohipoteca, la Comisión afirma tener conocimiento de proyectos dirigidos por medios académicos encaminados a concebir un modelo de eurohipoteca realizable bajo la forma de "régimen 26º", y afirma que "revisará cómo proponen estas iniciativas que se trate un tema tan complejo, que afecta a muchos otros ámbitos relacionados tales como la legislación sobre la propiedad y la legislación sobre contratos". Por cierto que del llamado *"régimen 26º"* no se tiene noticia de aplicación alguna en el ámbito de los servicios financieros. En el mismo sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el "Libro blanco sobre servicios financieros" aboga por mantener como instrumento de convergencia el principio de país de origen, es decir, el reconocimiento recíproco de las respectivas legislaciones nacionales.

La convergencia europea debe centrarse, en línea con la Segunda Directiva Bancaria de 1989 y de acuerdo con lo previsto en el Libro Verde de la Comisión, en temas de carácter esencialmente financiero y, en particular, mediante la aproximación de las regulaciones nacionales en materia de definición de la TAE, de las normas sobre transparencia, de la información en la fase precontractual (Código de Conducta Europeo), fiscalidad, información sobre insolvencias, homogenización de las

normas sobre tasaciones, etc, pero no pasa por unificar las regulaciones nacionales en materia de garantías reales.

Así lo ha venido a confirmar finalmente el Libro Blanco de la Comisión Europea de 18 de diciembre de 2007 sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario en el Unión Europea, en la que se centra como extremos esenciales que es preciso abordar en los relativos a la información precontractual, el tipo de interés anual efectivo (TAE), la concesión responsable de los préstamos y la amortización anticipada. Aún sobre estos temas la Comisión considera "prematuro decidir si una directiva aportaría el necesario valor añadido". Por otra parte, desde el punto de vista de la legislación aplicable, la Comisión hace una distinción muy clara entre, por un lado, la relativa al contrato hipotecario que entiende debe encuadrarse en el Reglamento "Roma I", recientemente aprobado por el Consejo y el Parlamento Europeo, y, por otro lado, la legislación aplicable a la garantía hipotecaria, respecto de la cual "la Comisión no ve ningún motivo para no aplicar el arraigado principio de que rija la legislación del país en el que se halle situado el bien".

Todo ello nos lleva a considerar que la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria, como instrumento jurídico-procesal vinculado al ejercicio de la esencial facultad del acreedor hipotecario de realización del valor del objeto de la garantía en caso de impago de la obligación garantizada, queda sometido a este mismo criterio de ley aplicable (cfr. arts. 10 nº1 del Código civil, 22 n1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Convenio sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968).

Ahora bien, ello no quiere decir que la regulación de este procedimiento de ejecución, desde la perspectiva de la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario de la Unión Europea, resulte indiferente. De hecho, el Libro Blanco de la Comisión ha subrayado su consideración de que los Estados miembros deberían hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa, por considerar que es un factor que encarece la actividad de los prestamistas hipotecarios, aumentando en algunos casos la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía y eleva los costes de refinanciación, lo que reduce la eficiencia de los proveedores ya existentes y disuade a posibles nuevos operadores. Por ello, la Comisión ha adoptado en relación con este tema una doble iniciativa. Por un lado, publicará periódicamente "marcadores" actualizados que recogerán información objetiva sobre el coste y la duración de los procedimientos de ejecución hipotecaria en todos los Estados miembros, y, por otro lado, presentará en 2008 una recomendación en la que exhortará a los Estados miembros a velar por que sus procedimientos de ejecución hipotecaria tengan una duración y un coste razonable.

Desde otro punto de vista, hay que destacar el interés de esta materia para el eficaz funcionamiento del mercado secundario, toda vez que tras la reforma de la Ley 2/1981, reguladora de este mercado introducida por la reciente Ley 41/2007, de 7 de diciembre, hoy se consideran aptos para servir de cobertura a emisiones de títulos hipotecarios los préstamos y créditos que estén garantizados por inmuebles situados dentro de la Unión Europea, mediante garantías de naturaleza equivalente a las que se definen en esta Ley. Entre los requisitos de esa equivalencia de garantías, el actual Proyecto de Reglamento de desarrollo de la citada Ley incluye el de que el acuerdo de garantía y el procedimiento jurídico en que se sustenta permitan a la entidad de crédito acreedora liquidar el valor de la garantía por su propia cuenta en un plazo razonable ante una situación de impago, y la existencia de mecanismos suficientes para garantizar la obtención de un precio justo en la ejecución de la garantía, mecanismo que no es otro que el del procedimiento de ejecución hipotecaria que, en consecuencia, entra en la perspectiva de integración europea, sin merma de la autonomía normativa

estatal, a través de este parámetro de equivalencia. Todo ello invita a estudiar el procedimiento de ejecución hipotecaria desde, la perspectiva de la necesidad de cumplir este nuevo patrón o canon normativo de equivalencia europea, en función del objetivo de la eficiencia de los mercados secundarios.

II. BREVE REFERENCIA A LOS ORÍGENES Y SIGNIFICADO DE LOS MERCADOS HIPOTECARIOS

Desde que San Raimundo de Peñafort redactase su Tratado del "*Modus iuste negotiandi*" y su "*Summa de casibus*" se ha considerado refutada la opinión dominante hasta el siglo XII sostenida por San Juan Crisóstomo y recogida por Graciano en su compilación canónica contra la profesión mercantil como impropia de un cristiano, que condenaba el afán de lucro y, muy especialmente el préstamo a interés, fundado en el principio canónico de la esterilidad del dinero ("*peccunia peccuniam non parit*"). Este planteamiento sobre la licitud moral del préstamo a interés era condición previa a su reconocimiento jurídico, toda vez que no se produce una verdadera separación entre el "ethos" y el "ius", entre la moral y el Derecho hasta la llegada de la Ilustración, varios siglos después.

Ahora bien, esa licitud estaba basada en una simultánea preocupación por limitar los excesos de la usura y alcanzar la justicia en el precio de las transacciones, preocupación a la que igualmente trataron de responder los autores de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, ya que la situación anterior a la misma resultaba a tal punto insostenible que el Real Decreto de 1855 que crea la Comisión encargada de su redacción llega a afirmar que "pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgentes que las leyes hipotecarias. Las actuales - sigue diciendo - no garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales".

En ausencia de publicidad registral, la clandestinidad inmobiliaria y la inseguridad en el tráfico hacía temer a los prestamistas que la propiedad ofrecida en garantía no resultase suficiente porque apareciesen cargas ocultas, hipotecas legales tácitas, acciones rescisorias o resolutorias, etc. Esto hacía que el capital circulase menos por el temor a su pérdida, y que cuando se daba en préstamo se pretendiese compensar el riesgo con altísimos tipos de interés. Al desaparecer la situación de oscuridad inmobiliaria, las garantías obtenidas por los prestamistas son más sólidas y seguras y con ello se contribuye a la moderación del interés del dinero.

Esta idea esencial del carácter preventivo del Derecho a través de las distintas figuras de garantías fue certeramente intuida por el jurisconsulto alemán Jellinek que, frente a la opinión comúnmente sostenida desde el siglo XVIII a partir de las construcciones de los filósofos Tomasio y Kant que incluyeron la coacción o coercitividad como elemento esencial del Derecho, sustituye tal elemento por el de garantía y dice: "no es la coacción, sino la garantía de que la coacción es una de sus formas peculiares, lo que constituye el carácter esencial de la idea del Derecho. Las normas jurídicas - concluye- no son tanto normas coactivas cuanto normas garantizadas". Definición que encaja plenamente en las normas por las que se rige el derecho de hipoteca.

Sobre la importancia de este derecho da buena cuenta el hecho de que el mismo da nombre a la propia Ley y Reglamento hipotecarios, pues gran parte de sus preceptos tratan de esta institución. Su

transcendencia económica y social es innecesario ponderarla a la vista de los datos estadísticos que nos indican que el año 2007 el saldo vivo de los créditos hipotecarios ha rebasado en España la cifra del billón de euros. Pero, obviamente, no se trata de un fenómeno que se produzca aisladamente en nuestro país. Según los datos de la Unión Europea (vid. Libro Blanco sobre integración de los mercados hipotecarios), los activos hipotecarios representan un valor equivalente al 47% del conjunto del PIB europeo.

Pero a pesar de la importancia enorme que esta modalidad de garantía presenta en la actualidad, es lo cierto que su estudio jurídico, con ser prolífico, ha estado centrado fundamentalmente en el aspecto estático o latente de su existencia. El aspecto dinámico de este derecho, el que atañe a su efectivo ejercicio y ejecución, ha contado con aportaciones mucho más limitadas, y en gran parte centradas sobre el aspecto procedimental de tal ejercicio. Lo mismo se puede decir desde la perspectiva del mercado secundario: las condiciones que se imponen para que un crédito hipotecario pueda servir de cobertura para la emisión de títulos en el mercado secundario se refieren casi exclusivamente al estadio estático del derecho de hipoteca, pero no a su fase dinámica o de extracción de valor, aspecto este último cuya importancia, sin embargo, ha advertido de forma clarividente el Libro Blanco sobre integración de los mercados hipotecarios de la Unión Europea, aprobado por la Comisión el 18 de diciembre de 2007, como tendremos ocasión de comprobar en esta ponencia.

III.- LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL MERCADO SECUNDARIO EN ESPAÑA. SUS OBJETIVOS[2].

A) ANTECEDENTES NORMATIVOS

Los hitos fundamentales que jalonan la evolución normativa de nuestro Derecho en esta materia se pueden resumir en los siguientes:

1º. La Ley hipotecaria de 1861 rechazó la posibilidad de trasmitir los créditos hipotecarios por endoso. Aceptó como únicos cauces para negociar los activos hipotecarios la cesión total o parcial del crédito garantizado y la subhipoteca.

2º. La Ley Hipotecaria de 1869 admite la hipoteca en garantía de créditos trasmisibles por endoso y títulos al portador. Lo justifica diciendo que lo esencial es que el Registro de la Propiedad de a conocer las fincas hipotecadas y el importe de los gravámenes, sin que sea absolutamente necesario que designe las personas que tienen derecho a exigir el cumplimiento de la obligación garantizada. Se añade para ello un nuevo párrafo al artículo 153 Ley Hipotecaria, en lo que constituye un gran avance. Ya antes se había autorizado a los concesionarios de los ferrocarriles para emitir títulos al portador garantizados con hipoteca.

3º. La Ley de creación del Banco Hipotecario de España de 2 de diciembre de 1872 le autoriza para emitir, hasta el importe de las cantidades prestadas, cédulas hipotecarias y otras obligaciones reembolsables. Su garantía ya se configura entonces como una hipoteca especial, sin necesidad de inscripción, sobre todas las que en cualquier tiempo se constituyan a favor del Banco sobre bienes inmuebles. Este privilegio se le concede por un plazo de 99 años.

4º. El Código de comercio de 1885 regula las compañías o bancos de crédito territorial a las que se asigna las operaciones de prestar a plazo sobre inmuebles y emitir obligaciones y cédulas hipotecarias, pero deja esta última facultad en suspenso en tanto subsista el privilegio del Banco Hipotecario.

5º. La Ley de Hipoteca Naval de 1893 previó la creación de compañías de crédito naval con la posibilidad de emitir cédulas y obligaciones de crédito naval, y admitió que la hipoteca naval pudiera constituirse a favor de determinada persona o a su orden.

6º. Las Leyes de reforma de 1909 y de 1944 perfeccionan la regulación en la materia de la ley de 1869, mejorando las condiciones de los tenedores de los títulos-valores, nominativos o al portador garantizados por hipoteca ya que se les facultó para seguir el juicio sumario de ejecución sin necesidad de aportar copia de la escritura de constitución de la hipoteca.

7º Impulsado por los Pactos de la Moncloa de octubre de 1977 en los que se acuerda la "remoción de los obstáculos jurídicos y administrativos que se oponen a la creación de un mercado amplio de hipotecas", se aprobará el Texto Refundido de la legislación sobre Viviendas de Protección Oficial de 12 de noviembre 1976 y el Real Decreto-Ley de 31 de octubre de 1978 construcción y financiación de estas viviendas, que hacen realidad el deseo de que otras entidades financieras, distintas del Banco Hipotecario de España, pudieran emitir títulos hipotecarios, con el mismo régimen de garantías que el previsto para éste.

8º. El siguiente paso será ya la aprobación de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario que es la que, con diversas modificaciones, la última de las cuales se ha producido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, constituye el régimen legal vigente en la materia en España, cuyo principal objetivo es garantizar al inversor en valores hipotecarios la máxima seguridad que pueden ofrecer la legislación financiera y civil nacional, asegurando de esta forma la capacidad del mercado hipotecario para acceder a los mercados de capitales y obtener los recursos necesarios para financiar su actividad crediticia[3].

9º. A todo ello hay que sumar como dato muy importante las normas de transposición a nuestro Ordenamiento jurídico de la Directiva europea 88/361/CEE, de 24 de junio de 1988 sobre liberalización del movimiento de capitales en la Unión Europea, ya que si hasta entonces el mercado secundario obtenía recursos procedentes del ahorro interior, desde esa fecha multiplica su poder de captación de recursos al poder provenir estos de capitales exteriores. El Gobierno español, consciente de esta ventaja, renunció a agotar el plazo de transposición y procedió a liberalizar plena e incondicionalmente todas las transacciones de capital en virtud del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior.

B) OBJETIVOS

El largo plazo de amortización de los préstamos hipotecarios implica la inmovilización de grandes sumas de recursos financieros que tardan muchos años en recuperarse y ello de forma fraccionada, lo que determina que los activos hipotecarios tengan muy baja liquidez, no pudiendo ser fácilmente convertibles en dinero lo que, a su vez, disminuye el volumen de capitales disponibles. Para obviar esta dificultad se crea el mercado secundario en el que se compran y venden los créditos hipotecarios que integran el mercado primario. Con ello se consigue que los titulares de los créditos hipotecarios recuperen liquidez que les permite obtener recursos para volver a invertirlos de nuevo en

la concesión de nuevos préstamos hipotecarios primarios (Hernández Crespo). Por otra parte, al evitar las consecuencias de la rigidez y amplitud de los préstamos hipotecarios se disminuye el riesgo de las carteras.

Es evidente que la transmisión de los créditos nominativos con sus exigencias de notificación, escritura pública e inscripción registral no era el instrumento jurídico idóneo para la movilización en masa de los créditos hipotecarios. Estas dificultades se salvan mediante el mercado secundario, por el que se transforman los créditos hipotecarios, dispares en riesgo, cuantía y otras características, en documentos hipotecarios (obligaciones, cédulas, bonos, etc) con riesgo, rentabilidad y características homogéneas y fácilmente transmisibles, evitando la hetereogeneidad y falta de liquidez inicial de las hipotecas.

IV.- MARCO POLÍTICO-ECONÓMICO EN QUE SE HA DESARROLLADO EL MERCADO SECUNDARIO. LA CRISIS FINANCIERA DE LAS HIPOTECAS "SUBPRIME"

Bretton Woods – New Hampshire - , julio de 1944, en este lugar y fecha se reúnen los dirigentes del mundo occidental y acuerdan la constitución del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, marcando con ello el inicio de la internacionalización de la economía y el fin del nacionalismo económico. He aquí el origen remoto de la actual crisis financiera internacional cuyo epicentro se localiza en la crisis de las hipotecas "*subprime*" de Estados Unidos y que se ha contagiado al resto de los mercados internacionales a través de los productos de Titulización de su mercado secundario.

¿Qué ha sucedido y qué podemos hacer los juristas, en general, y los registradores, en particular, para corregir la situación y para evitarla en el futuro? Para responder a estos interrogantes lo primero es conocer las causas de lo sucedido. Lo curioso y paradójico es que cuando analizamos estas causas observamos que la actual crisis está motivada en buena medida por el gran desarrollo económico mundial de los últimos decenios. En este sentido podemos decir que es una crisis de crecimiento.

Los Acuerdos de Bretton Woods condujeron a la liberalización del comercio y a la reducción de las barreras aduaneras, favoreciendo la división internacional del trabajo y permitiendo captar nuevas fuentes de aprovisionamiento a precios más baratos. Pero estos efectos se produjeron de forma limitadas porque la Unión Soviética, que participó en la Conferencia, no llegó a ratificar los acuerdos, y China, que también participó, se retiró en 1949 al triunfar la revolución comunista. Ahora bien, esta limitación se supera a partir de la caída del muro de Berlín en 1989, al dejar al descubierto la desastrosa situación económica que existía al otro lado del telón de acero, peor de lo que habían pronosticado los economistas de los países occidentales.

La planificación económica centralizada quedó sentenciada como un sistema económicamente ineficiente, y ello produjo un movimiento de suplantación progresiva de la misma por el capitalismo de mercado en la mayor parte del mundo, al margen de algunas excepciones como las de Cuba o Corea del Norte. Este cambio se produjo no sólo en los países del antiguo bloque soviético, sino también en gran parte de los países del tercer mundo. El caso paradigmático fue el de la China comunista, cuyo camino hacía la economía de mercado, comenzado en 1978, se aceleró a partir de finales de los años 80. Su pausada evolución hacia la protección de los derechos de propiedad de los extranjeros se acentuó, determinando con ello un rápido despegue de las inversiones extranjeras directas en el país a partir de 1990, con un crecimiento constante a tasas superiores al 20% anual. Algo parecido había

sucedido años atrás en los denominados tigres asiáticos, en particular Corea del Sur, Hong Kong, Singapur y Taiwán, gracias a sus masivas exportaciones hacia Occidente

Las tasas de crecimiento económico de estos países y de otros como India, ha producido un aumento importante de la parte del producto interior bruto mundial imputable a los países en desarrollo, tendencia que tiene repercusiones financieras espectaculares, ya que el ahorro es porcentualmente mucho más elevado en estos países que en los países industriales, debido a dos factores: la ausencia o debilidad de políticas de protección social, que obliga a las familias a ahorrar en previsión de la llegada de malos tiempos, y la falta de una cultura de consumo, por lo que existe menos incitación al gasto. Este fenómeno ha coincidido con el aumento de la productividad inducido por las nuevas tecnologías a que dio lugar el descubrimiento de las propiedades electrónicas del silicio, con la aparición de los microprocesadores, la tecnología láser, y la universalización del uso de internet y de los teléfonos móviles. La conjunción de todos estos factores ha provocado un tal crecimiento del ahorro mundial que su aumento global ha excedido con mucho de las opciones de inversión disponibles.

La acción de mercado que hace coincidir el ahorro y la inversión global efectivos, como explica Alan Greenspan[4] ha producido una reducción significativa de las tasas de interés reales (interés nominal corregido por la inflación) debido a que la oferta de fondos en busca de destinos de inversión rentables ha aumentado más rápidamente que la demanda de inversiones. Todo ello ha conducido a una situación en que las tasas de inflación anual se han mantenido en la mayor parte de los países del mundo (con excepciones como las de Venezuela y Zimbawe) en cifras de un solo dígito, situación que se produce por primera vez desde el abandono del patrón oro y la adopción de la moneda fiduciaria tras la Primera Guerra Mundial.

Esta bajada de las tasas de inflación ha ido acompañada de un alza de los precios de las acciones y de los inmuebles y, en general, de todo tipo de patrimonio remunerador, generando en los países en desarrollo un aumento de la riqueza de las familias que ha permitido un paralelo crecimiento de su capacidad de endeudamiento, que ha venido a absorber el exceso de liquidez mundial al que antes nos referíamos.

El problema ha comenzado cuando, traducida dicha capacidad de endeudamiento en endeudamiento efectivo, el precio de los activos, principalmente inmobiliarios, se ha comenzado a reducir. Este fenómeno, conectado con la reciente crisis del mercado hipotecario en Estados Unidos, se ha visto agravado por el hecho de que el abandono del modelo keynesiano de fomento del gasto público financiado por el déficit fiscal, por el redescubrimiento de la eficacia de la economía de mercado capitalista durante el último cuarto de siglo, ha dado lugar a una fe excesiva en la eficacia de las fuerzas del mercado, lo que ha producido un movimiento generalizado de desregulación y de asunción del paradigma del autocontrol y los códigos de buena conducta, los cuales con ocasión de esta crisis han mostrado sus limitaciones para prevenir fracasos económicos de gran escala como el que estamos viviendo, fácilmente previsibles, por otra parte, desde el punto de vista de la lógica de los conflictos de intereses, dada la falta de independencia de los mecanismos de control respecto de las empresas y actividades controladas (así, por ejemplo, en el caso de las auditoras, agencias de ratings, etc), que ha dado lugar a la actual crisis financiera originada en el mercado de hipotecas de alto riesgo en Estados Unidos. El origen de esta crisis se encuentra en el incremento de la morosidad en las hipotecas *subprime* (préstamos con baja calificación crediticia) y *non- conforming* (clientes con información insuficiente sobre su solvencia), distribuidos fundamentalmente por operadores hipotecarios no sometidos a la normativa ni a la supervisión bancaria, que conceden préstamos para ser inmedia-

tamente vendidos al mercado. El problema se ha agravado por el crecimiento de los préstamos *Equity withdrawal* (préstamos sobre la vivienda para cubrir necesidades no inmobiliarias de la familia).

Por el contrario, el crédito hipotecario *"prime"* del sistema financiero americano mantiene unas tasas de morosidad mucho más moderadas que admiten comparación con el resto de los mercados occidentales. El alcance de la crisis se explica porque la cuota de los mercados *subprime* y *non conforming* en el mercado norteamericano ha crecido sustancialmente durante los últimos 10 años. Así, en 2006 éstos representaban sobre el total de la nueva contratación del mercado un 46%[5]. El vehículo de contagio del mal a otros mercados ha sido el mercado de titulización de Estado Unidos, sometido a un muy bajo nivel de regulación, que permite la transmisión íntegra del riesgo de impago a los inversores.

A todo ello se ha referido el Libro Blanco de la Comisión Europea, alertando de la necesidad de extraer las enseñanzas necesarias para prevenir estas situaciones en el futuro, especialmente en dos ámbitos, el de la concesión responsable de los préstamos hipotecarios, exhortando a los prestamistas a evaluar la solvencia y capacidad de pago del prestatario, y en el ámbito de la refinanciación hipotecaria y titulización. Creo que en el caso español estas enseñanzas no han podido ser incorporadas en su totalidad a la reciente reforma operada en el mercado hipotecario por la Ley 41/2007 que en general es una ley anticiclo elaborada en un momento en que el objetivo era enfriar un mercado que se había sobrecalentado, que no corresponde con el momento en que se aprueba y aplica, ya en plena crisis, con una clara contracción del crédito y evidentes repercusiones en el mercado inmobiliario, repercusiones agravadas por los nuevos porcentajes máximos del *"loan to value"* (importe del préstamo respecto del valor del bien), si bien que en el caso concreto de la vivienda se mantienen en el 80%.

Con todo, a mi juicio, es correcta la apreciación del informe de la Asociación Hipotecaria de España de diciembre de 2007 sobre el mercado hipotecario, en el que afirma que la normativa y la estructura del mercado hipotecario español hacen imposible la generación y circulación de hipotecas *subprime* en España. Esta afirmación está apoyada, entre otros, por dos argumentos básicos. Por un lado, en el hecho de que nuestra legislación impone estrictas condiciones a los préstamos hipotecarios que pueden servir de cobertura a las emisiones. Entre estas condiciones se encuentran las siguientes: estar garantizados con primera hipoteca sobre el pleno dominio de los bienes inmobiliarios hipotecados que deberán pertenecer en su totalidad también en pleno dominio al hipotecante; el pleno domino no podrá estar sujeto a condiciones o prohibiciones de disponer o a limitaciones de cualquier clase; la inscripción de la finca habrá de estar vigente sin ninguna contradicción o limitación por razón de inmatriculación; los inmuebles que sirvan de garantía deben ser valorados previamente con unos estándares legalmente establecidos y el importe del préstamo no puede superar el 60% del valor del inmueble, o el 80% en caso de las viviendas; en caso de depreciación posterior del valor del inmueble en más de un 20%, el emisor puede exigir del deudor una garantía adicional sobre otro inmueble y en caso de no obtenerla, proceder a la cancelación del crédito garantizado; los inmuebles que sirvan de garantía a los préstamos deberán estar asegurados contra daños que cubran el valor de tasación; las entidades emisoras no podrán cancelar las hipotecas por causa distinta al pago del crédito garantizado, ni podrán realizar ningún acto que disminuya la eficacia jurídica o el valor económico de la hipoteca o del crédito; ni emitir títulos garantizados por importe superior al 80% de la cartera de préstamos que cumplan con todos los requisitos exigidos[6]. El segundo argumento fundamental es el de la existencia en España de un eficiente Registro de la Propiedad de derechos y de calificación.

Todo esto es cierto, pero ello no nos debe llevar a la autocomplacencia y al inmovilismo. El dinero puede ser miedoso, pero también se caracteriza por su capacidad lógica, y si no invierte en un sector determinado, como sucede ahora con el mercado secundario, es porque percibe incertidumbres. En España no hay hipotecas subprime, pero podemos mejorar el sistema de garantías. No hay crédito sin seguridad, y no hay seguridad sin garantías. El mercado hipotecario lo que reclama ahora son mayores dosis de confianza para los inversores de títulos, lo cual exige maximizar las garantías del mercado secundario, y en este terreno creo que es mucho lo que pueden aportar los Registros de la Propiedad, siempre que el legislador potencie su actuación en lugar de disminuirla como ha ocurrido con alguna de las novedades introducidas por la Ley 41/2007, por ejemplo, al eliminar la publicidad registral de la afección de las hipotecas a emisiones de bonos hipotecarios, disminuyendo con ello el nivel de garantías de estos títulos. Creo que el movimiento correcto debería ser el inverso extendiendo aquella publicidad y el control previo que representa, pasando del paradigma del autocontrol al del control externo y por órgano independiente. El volumen total de saldo vivo de los títulos del mercado hipotecario español a julio de 2007 era de 353.735 millones de euros, de los cuales el 75% corresponde a cédulas hipotecarias y el 25% a participaciones hipotecarias. La seguridad de este volumen de inversión puede verse muy beneficiado incorporando controles de calidad jurídica de las carteras en aspectos tan esenciales como el del rango de primera hipoteca, la libertad de cargas de la finca, la falta de limitaciones del dominio del bien hipotecado, la proscripción de los negocios de posposición de rango o de cancelación por causas distintas del pago, etc, condiciones que se imponen a los créditos de cobertura, pero sin suficientes mecanismos de control de cumplimiento, defecto del sistema que se puede y debe corregir.

II. CAPÍTULO PRIMERO. EL DERECHO REAL DE HIPOTECA Y EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA DIRECTA COMO MEDIO DE REALIZACIÓN DEL VALOR DE BIEN HIPOTECADO

1. EL DERECHO REAL DE GARANTÍA DE HIPOTECA. SU FORMACIÓN HISTÓRICA

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

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

del patrimonio del deudor» (cfr. artículo 140 L.H.). Además, a diferencia del procedimiento de ejecución ordinaria en que se pueden ejercitar simultáneamente la acción personal inherente al crédito y la acción real derivada de la garantía (vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 1997), esta posibilidad no cabe en el caso del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria en que únicamente se ejercita la acción hipotecaria.

En cualquier caso, desde el punto de vista sustantivo de las preferencias crediturales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite abiertamente la posibilidad, ciertamente poco frecuente en la práctica, de que el acreedor hipotecario prescinda o renuncie al privilegio especial de cobro que le otorga el ostentar tal carácter, y concurra frente a los demás acreedores haciendo valer solamente la preferencia derivada de la constancia de su crédito en escritura pública, en cuyo caso la preferencia para hacerse pago con el producto de todos los bienes del deudor, caso de optar por el ejercicio de la acción personal, ha de resolverse conforme a lo establecido por el artículo 1924.3º del Código civil.

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

- El juicio ordinario, regulado en los artículos 399 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil;
- El juicio ejecutivo de los artículos 538 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- El procedimiento judicial de ejecución directa sobre los bienes hipotecados regulado en las siguientes disposiciones: a) los artículos 129 a 135 de la Ley Hipotecaria; b) el Capítulo V del Título IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre particularidades de la ejecución de bienes hipotecados (artículos 681 a 698); c) la sección 6ª del Capítulo IV (artículos 655 a 680) relativos a la subasta de bienes inmuebles; d) supletoriamente se declaran de aplicación las normas de la sección 5ª de ese mismo Capítulo relativa a la subasta de los bienes muebles, en la que se regulan aspectos tan fundamentales como la facultad de ceder el remate, la reserva de los depósitos para el caso de que el rematante no pague en plazo, o la quiebra de la subasta.
- Y el procedimiento extrajudicial ante Notario, previsto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y regulado en los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario.

Para comprender correctamente el significado de los procedimientos de ejecución hipotecaria resulta conveniente, a nuestro juicio, aclarar cuál es la "esencia de la hipoteca" a través del seguimiento de las distintas fases de su formación histórica.

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

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

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

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

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

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

Así pues, la hipoteca aparece ya en la actualidad conformada sobre la base del «*ius vendendi*», como claramente queda reflejado en el artículo 1.858 del Código civil, según el cual «Es de esencia de los contratos de prenda e hipoteca que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor». Con ello el acreedor no necesita acudir a la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor; le basta realizar la garantía, vendiendo la cosa. El acreedor realiza así una «ejecución» pactada, que no forzosa.

Por tanto, como dice Guilarte Zapatero, el "*ius distrahendi*" resulta manifestación y consecuencia de la naturaleza real de la garantía, ineludiblemente necesario para que la finalidad de seguridad que desenvuelve no resulte ilusoria[7]. Este "*ius distrahendi*" unido a la sujeción de la cosa al cumplimiento de la obligación asegurada y a la preferencia que otorga a su titular para cobrarse del precio obtenido en la venta, constituye el nervio y contenido de este tipo de garantía.

Ahora bien, paralelamente, en la evolución de la hipoteca se manifiesta una tendencia clara a establecer cautelas y garantías en torno a la realización del bien hipotecado, con objeto de evitar abusos por parte del acreedor, y que, en suma, concluyen en la exigencia de someter la venta a control público, de forma que ha de realizarse con intervención del Estado. Pues bien, procede ahora interrogarse sobre cuál es la forma que reviste dicha intervención.

La Ley Hipotecaria de 1861 no estableció ningún procedimiento especial de ejecución. La reforma de 1909, sin embargo, implantó el procedimiento judicial sumario, y su artículo 126 aludía, además, al ejecutivo ordinario. Y el Reglamento Hipotecario de 1915 reguló, a su vez, el procedimiento extrajudicial, a través de cuyo último procedimiento la intervención estatal del «*ius vendendi*» del acreedor no reviste forma judicial, sino notarial. Veremos en los epígrafes siguientes las notas fundamentales del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria.

2. CARACTERES PRINCIPALES DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCIÓN DIRECTA

Para exponer los caracteres principales del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria procede realizar un breve "*excursus*" *por* la naturaleza jurídico-procesal del mismo.

Recordemos, en primer lugar, que el Libro Blanco de la Comisión sobre integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea considera que los Estados miembros deberían hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa, por considerar que la ineficiencia en estos procedimientos encarece la actividad de los prestamistas hipotecarios, aumenta la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía y elevan los costes de refinanciación", por lo que anuncia que en 2008 preparará una recomendación exhortando a los Estados miembros a velar por que sus procedimientos de ejecución hipotecaria tengan una duración y coste razonable. Esta eficiencia no puede llegar, sin embargo, hasta el punto de aceptar como medio de ejecución los procedimientos de autosatisfacción, básicamente a través del pacto comisorio. Pero veremos cómo la sumariedad del procedimiento de ejecución hipotecaria en el caso español lo aproxima, sin incurrir en la figura de la autosatisfacción, al pacto marciano, entendido como el pacto por el cual se admite la adjudicación en pago del objeto de la garantía a favor del acreedor, o de un tercero, previa su justa valoración y con obligación de reintegrar el excedente de dicha valoración en relación con el importe de la deuda ejecutada. Pacto admitido tradicionalmente como excepción a la prohibición al pacto comisorio y que la Directiva 2002/47/CEE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera ha positivado en nuestro Derecho a través de la norma de transposición contenida en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo. Veamos hasta qué punto se puede mantener esta analogía.

Ante todo hay que destacar el hecho de que el procedimiento de ejecución hipotecaria, en todo caso, constituye un procedimiento puesto al servicio de un derecho real de realización de valor, cual es la hipoteca, cuya efectiva función de garantía, en tanto que derecho que otorga la facultad, en caso de inejecución de la prestación debida, de realizar el valor del bien gravado y obtener satisfacción cobrando con el producto obtenido de tal realización, cuya función de garantía -decimos- descansa en buena medida en la efectividad del proceso de ejecución que conduzca a dicha realización de valor.

Pues bien, el artículo 129 de la Ley Hipotecaria establece que la acción hipotecaria puede ejercitarse directamente contra los mismos bienes gravados, de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Como se desprende del citado precepto, se trata de un procedimiento de pura actuación procesal del derecho de hipoteca (Peña[8], Roca-Sastre[9], etc.), en el que la acción hipotecaria se dirige directamente contra los mismos bienes gravados. Por ello ha podido afirmar el Tribunal Supremo (vid. sentencia de 24 de marzo de 1983) que el procedimiento judicial sumario constituye un simple proceso de ejecución dirigido a la realización del valor en cambio de la finca que carece de fase contenciosa y se atiene a los estrictos datos del Registro, por cuanto entraña una acción directa contra los bienes. E incluso en sentencia de fecha posterior (de 12 de noviembre de 1985) llega a afirmar el propio Tribunal Supremo que, teniendo en cuenta los trámites del procedimiento y principalmente la inexistencia de enfrentamiento entre las partes, dicho procedimiento no puede calificarse de juicio declarativo, ni siquiera de juicio ejecutivo, sino que constituye simplemente una vía de apremio dirigida contra los bienes hipotecados, no precedida de cognición, es decir, no hay acción personal ni previa discusión o contención.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha asumido esta caracterización, afirmando en su sentencia de 17 de enero de 1991, en la que reitera su posición de sentencias anteriores, que «este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, sigue afirmando el

Tribunal Constitucional, como los terceros poseedores o acreedores posteriores, más allá de la posibilidad de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidad de contención".

Asumida tal caracterización, no debe extrañar que la ley trate de reducir al máximo la intervención del deudor, tercer poseedor y demás interesados en la ejecución, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que en este procedimiento no existen partes procesales, sino simples afectados. Así lo ha sostenido, entre nuestros autores, Peña Bernaldo de Quirós, argumentando que "en cuanto se actúa el derecho de hipoteca, nada se pretende del deudor; lo que se pretende del deudor es siempre consecuencia de una acción personal". En cuanto a la actuación de la acción hipotecaria, el impago del deudor previamente requerido no es una oposición en el proceso, sino un presupuesto del mismo. Y tampoco se pretende ninguna conducta del tercer poseedor o de otros posibles interesados, a los que con mayor claridad se les puede calificar desde la pura óptica procesal de afectados y no de partes en el proceso.

Ello tiene por objeto acelerar el curso del procedimiento evitando dilaciones indebidas e impidiendo que el procedimiento se vea suspendido, salvo los taxativos supuestos establecidos legalmente, es decir, en los casos de querella por falsedad de los títulos hipotecarios, tercería de dominio basada en título inscrito, cancelación de la hipoteca en el Registro o diferencia entre deudor y acreedor en la fijación del saldo de la cuenta corriente garantizada con la hipoteca.

Pues bien, esta sumariedad del procedimiento que impide ventilar en su seno las controversias que puedan surgir entre el acreedor y los restantes afectados por la ejecución por causas distintas de las tasadas legalmente ha dado lugar a la alegación por parte de los recurrentes de amparo ante el Tribunal Constitucional de la vulneración a su derecho de tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos consagrado por el artículo 24, número 1, de la Constitución Española.

Dicha alegación ha sido, sin embargo, reiteradamente rechazada por el Tribunal Constitucional, como veremos con más detalle después, desde su Sentencia de 18 de diciembre de 1981 (cuyo criterio ha sido mantenido en tantas cuantas ocasiones ha debido manifestarse el Alto Tribunal al respecto), en base a un doble argumento:

1) En primer término, por considerar que la limitación de las causas de suspensión no empecen, sin embargo, la posibilidad de que todas las reclamaciones que puedan formular el deudor, terceros poseedores y restantes interesados se puedan ventilar en el procedimiento declarativo ordinario que corresponda.

2) Por otra parte, la limitación de controversia y demás particularidades de este procedimiento no vulneran el derecho de defensa consagrado por el artículo 24 de la Constitución española, al carecer la resolución que pone fin a dicho procedimiento de los efectos propios de cosa juzgada material, dejando pues la puerta abierta para obtener la referida tutela en juicio declarativo ordinario, donde se podrán residenciar cuantas pretensiones se estimen oportunas con plenitud de cognición, controversia y de garantías procesales.

Hay que añadir a la argumentación del Tribunal Constitucional que, la propia Ley arbitra un mecanismo cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en el declarativo ordinario

mediante la facultad de pedir la retención de todo o parte de la cantidad que, en virtud del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, haya de entregarse al actor.

Recapitulando lo hasta ahora dicho y completándolo con las notas que surgen del propio artículo 129 de la Ley Hipotecaria comentado, cabe destacar los siguientes caracteres del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria directa sobre los bienes hipotecados:

a) se trata de una vía de apremio o procedimiento de ejecución pura, sin contradicción entre partes, de carácter especial hasta el punto de haber sido calificado como un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada;

b) el procedimiento de ejecución hipotecaria directa constituye cauce del ejercicio de una acción real dirigida directamente contra los bienes hipotecados, excluyendo del mismo el ejercicio de la acción personal de reclamación de la cantidad debida, según resulta del artículo 129 de la Ley Hipotecaria conforme al cual "la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados";

c) se trata de un procedimiento de base registral, esto es, basado en la legitimación registral y en los pronunciamientos de los asientos del Registro de la Propiedad. Por tanto, el procedimiento judicial sumario se basa en la presunción de que el derecho de hipoteca pertenece a su titular, el acreedor hipotecario, en la forma que resulta del Registro, pudiéndose ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca, en tanto no se prueba en sede judicial la inexactitud del propio Registro (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983 y de 9 de febrero de 1995).

Recientemente, se han glosado los efectos sustantivos y procesales derivados del principio de legitimación, destacando los siguientes: salvaguardia judicial de los asientos, presunción de existencia y de titularidad del derecho inscrito, legitimación dispositiva derivada del asiento, legitimación activa para el ejercicio de las acciones reales, tercería registral frente a apremios dirigidos contra deudor no titular registral, e inversión de la carga de la prueba; todo lo cual se traduce en que, en tanto no se demuestre la inexactitud de los pronunciamientos registrales, pueden hacerse efectivos los derechos y garantías en ellos reflejados por medio de procedimientos expeditivos, rápidos y económicos, por razón de la preconstitución de la prueba y la apariencia de validez que resultan de los asientos del Registro.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil vino a reforzar el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, según resulta del nuevo artículo 130 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual "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". Es decir, no sólo impone el requisito de la inscripción como condición imprescindible para ejercitar la acción hipotecaria, requisito ya existente con anterioridad, sino que además aclara una cuestión que en ocasiones había estado sujeta a discusión, cual es la de que la ejecución sólo podrá desarrollarse sobre la base de "los extremos contenidos en el asiento respectivo". De forma que, no sólo las cifras de responsabilidad, sino también los sujetos activo y pasivo de la acción procesal, y los restantes pactos (de ejecución, de vencimiento anticipado, sobre posibles alteraciones del rango, etc) deberán tomarse en consideración en la ejecución, en la medida en que previamente se hayan hecho constar en título público y en la forma y medida que el mismo se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

En cualquier caso, la redacción del artículo 130 de la Ley Hipotecaria dada por la Ley 1/2000 zanja la cuestión planteada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989 sobre la posible legitimación del cesionario del crédito hipotecario, sin que la cesión hubiera sido inscrita, para accionar el procedimiento de ejecución hipotecaria, que si bien no sentó jurisprudencia por tratarse de una única Sentencia, mantuvo el criterio en base al artículo 144 de la Ley Hipotecaria (es decir, en base al criterio de la ausencia de terceros interesados en el caso concreto) de que sí existía tal legitimación a pesar de la falta de inscripción, criterio que ahora queda superado. Igualmente, del lado pasivo de la relación procesal, en diversas ocasiones se ha planteado, desde la perspectiva del derecho constitucional de defensa y tutela judicial efectiva, la consideración como tercer poseedor, a los efectos de su requerimiento de pago y notificación del procedimiento, del adquirente en documento privado, y por tanto no inscrito, cuestión que se resolvía en función del conocimiento o desconocimiento de tal adquisición por parte del acreedor ejecutante. El nuevo mandato del artículo 130 de la Ley Hipotecaria de desarrollar la ejecución sobre la base "de los extremos contenidos en el asiento respectivo" despeja la cuestión, de forma que la legitimación procesal pasiva del tercer adquirente requerirá el requisito de la previa inscripción registral de su titularidad.

Finalmente, este criterio de inscripción constitutiva será determinante igualmente en materia del convenio de vencimiento anticipado en los casos de obligaciones de vencimiento o amortización periódica, de forma que, en caso de incumplimiento de alguno de los plazos, no podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital e intereses si el convenio de vencimiento total no figura inscrito en el Registro y, por tanto, en ausencia de la inscripción de tal convenio, la subasta se verificará y transferirá la finca al rematante con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere vencida (cfr. artículo 693.2 de la nueva L.E.C.). Todo ello, ha quedado nuevamente ratificado tras el debate jurídico y parlamentario que ha precedido a la nueva reforma del citado artículo 130 de la Ley Hipotecaria, introducido por la reciente Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación del Mercado Hipotecario, en el que se reafirma la idea de que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados "sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo".

3. EL PRINCIPIO DE CALIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN HIPOTECARIA

Con ello, enlazo con otro de los temas esenciales vinculados al carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca y de gran importancia para el eficaz desenvolvimiento de los procedimientos de ejecución hipotecaria, cual es el relativo a la calificación de las cláusulas financieras. Este tema ha sido abordado por la reciente reforma del Mercado Hipotecario, operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. En las primeras versiones del borrador de reforma , se introducía un párrafo nuevo en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, desaparecido en el Anteproyecto y reivindicado por algunos operadores como la Asociación Hipotecaria Española y por un sector de la doctrina, por el que se venía a establecer un criterio general de inscribilidad respecto de todas las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, siempre que no fuesen contrarias a normas imperativas o prohibitivas. Se argumenta a favor de tal inscribilidad la posibilidad de ampararse en un concepto de publicidad-noticia, y las distorsiones de mercado que ocasiona la disparidad de criterios aplicados en la calificación por los distintos Registradores. A este respecto mi opinión es la siguiente.

Por un lado, creo que la posición favorable a la inscribilidad en bloque de las cláusulas financieras no debe argumentarse en base a una limitación de la calificación, que sería contraproducente por lesionar la confianza del mercado en la legalidad del contenido de los asientos registrales. Hay que

recordar que la calificación es la base en que se apoya la presunción de legalidad del contenido de los asientos del Registro, conforme al principio de legitimación, y lo que, en consecuencia, justifica la sumariedad de los procedimientos de ejecución hipotecaria (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981).

Sin embargo, es posible llegar a la misma conclusión sin agresión ni erosión alguna al principio de calificación, repito fundamental para la solidez del sistema hipotecario, por otra vía distinta. Por un lado, siendo el crédito hipotecario el paradigma de la imbricación entre lo real y lo personal, creo que el criterio de depuración de pactos o estipulaciones personales que impone el artículo 51.6ª del Reglamento Hipotecario debe proyectarse sobre los pactos adicionales o accesorios, pero no sobre los relativos a los elementos esenciales del contrato que en el préstamo son todos aquellos reguladores de la prestación principal, esto es, la restitución del capital y el pago de los intereses en el tiempo y forma convenidos, es decir, las cláusulas financieras. Para precisar el alcance exacto de estas habrá que estar a lo dispuesto por la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia o en la Segunda Directiva Bancaria de 1989 que aplica el principio del mutuo reconocimiento a lo que denomina "técnica financiera" que define con precisión. A estos efectos, se puede establecer un paralelismo con la constancia registral de la forma de hacerse el pago en la compraventa que resulta del artículo 10 de la Ley Hipotecaria (reformada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas de prevención del fraude fiscal), a pesar de que carece por completo tal prestación de trascendencia real. Con este planteamiento se amplia la calificación que pasaría a abarcar también las cláusulas financieras, aún aquellas que tengan carácter puramente obligacional.

Por otro lado, el hecho de que el procedimiento de ejecución judicial sobre bienes hipotecados sea un procedimiento de base registral también aconseja la inscripción de las cláusulas financieras. Por ello, la dicotomía entre pacto personal y pacto de trascendencia real no debe erigirse en sede de crédito hipotecario en criterio concluyente para fijar el contenido de la inscripción, ya que en congruencia con el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, el artículo 130 de la Ley Hipotecaria claramente advierte de que el procedimiento de ejecución directa sólo podrá ejercitarse sobre la base de los extremos comprendidos en el asiento respectivo, lo que supone que la inscripción no atiende sólo al caso de la existencia de un posible tercer poseedor o acreedores posteriores, sino que todo aquello que pueda tener influencia o trascendencia en la ejecución es de inscripción obligada aún cuando la relación del crédito hipotecario se mantenga en el círculo de los contratantes iniciales. En definitiva, el carácter constitutivo de la inscripción y el fundamento registral del procedimiento de ejecución determina que, incluso entre las partes, el pleno desenvolvimiento y eficacia del derecho de hipoteca requiera su inscripción registral. Piénsese, por ejemplo, en la importancia que tendrá en la apreciación del Juez sobre la procedencia o no de la causa de oposición de "error en el saldo", a que se refiere el artículo 695.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la constancia en el Registro de las cláusulas financieras.

Así lo viene a confirmar también la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2007 que para explicar el hecho de que la acción personal derivada del derecho de crédito, al estar éste garantizado con hipoteca, vea extendido su plazo de prescripción a veinte años, afirma que "el crédito hipotecario constituye una carga o gravamen del inmueble o derecho real de igual naturaleza que la hipoteca", por lo que la prescripción del crédito asegurado – a los quince años - ha de eliminarse como causa de extinción de la hipoteca que lo garantiza, sin que el carácter accesorio de esta última pueda prevalecer a tales efectos, no operando la prescripción del crédito simple cuando adquirió la superior condición de hipotecario. Por tanto, el conjunto del crédito hipotecario, y no sólo

la hipoteca, tienen condición y carácter de carga o gravamen del inmueble, lo que es importante a los efectos de justificar la integración del crédito en la inscripción.

Caso necesariamente distinto es el de las cláusulas de vencimiento anticipado sobre las que, además de excluirse las contrarias a normas imperativas o prohibitivas, deberían eliminarse, a mi juicio, igualmente de la inscripción todas aquellas cuya causa de vencimiento sea completamente ajena a la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la propia obligación garantizada o con la conservación del valor de la garantía. Por poner un ejemplo, no creo que resulte saludable ni defendible que el comprador de un piso que se ha subrogado en la hipoteca del promotor pueda llegar a verse sometido a la oponibilidad derivada de su inscripción de una cláusula de vencimiento anticipado del préstamo porque el promotor incumplió la obligación de anunciar en los carteles de la promoción que la obra estaba siendo financiada por determinada entidad. Por el contrario, todo aquello que pueda tener relevancia para la conservación de la garantía – incluida, tras la publicación de la Ley Concursal, la obligación de informar sobre la situación económica y contable del deudor a fin de prevenir situaciones potenciales de insolvencia -, o esté directamente relacionado con el cumplimiento de la obligación sí debería tener acceso al Registro.

En cualquier caso, creo que sería positivo abordar un estudio en profundidad sobre la redacción actual del artículo 1129 del Código civil en relación con los supuestos de pérdida del derecho al plazo por el deudor. Es un debate que se debe abordar conjuntamente con una revisión paralela de los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria que sirvieron de base a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 para declarar la nulidad de los pactos de vencimiento anticipado. Se trata de una Sentencia aislada pero que no deja de ser una espada de Damocles en combinación con el hecho de que el artículo 693.2 de la LEC tan sólo prevé la posibilidad de reclamar la totalidad de lo adeudado por vencimiento anticipado, si así se hubiese convenido, por falta de pago de alguno de los diferentes plazos, pero no por otras causas.

Pero he aquí que, adoptando un giro copernicano y sorpresivo en esta materia, el texto remitido por el Consejo de Ministros al Congreso, modificó en este punto el proyecto y añadió al artículo 12 de la Ley Hipotecaria un nuevo párrafo con la siguiente redacción:

"En el Registro de la Propiedad sólo podrán inscribirse – además de las respectivas cifras de responsabilidad hipotecaria - las cláusulas del contrato de préstamo o crédito o cualquier otra obligación con hipoteca previstas expresamente por la Ley". Lo cual sencillamente supone que en materia de pactos financieros, cláusulas de vencimiento anticipado, pactos anticréticos sobre los frutos y rentas de la finca, pactos de amortización anticipada, pactos sobre administración de la finca en caso de ejecución, estipulaciones sobre la acción de devastación, etc, etc, volvemos a la situación anterior a la Ley Hipotecaria de 1861 en que una gran parte del contenido del crédito hipotecario pasa de nuevo a la clandestinidad inmobiliaria.

Ante ello cabrían dos interpretaciones, ambas nefastas en sus resultados:

a) si se pretendiese la oponibilidad de tales pactos secretos o no públicos a los terceros contratantes, a estos les bastaría para oponerse a ello alegar su desconocimiento de los mismos y, por tanto, la imposibilidad de que les perjudiquen so pena de lesionar su derecho de defensa (lo que obligaría a la declaración de inconstitucionalidad de la norma), lo que generaría la anulación del principio de purga de cargas posteriores no preferentes (p.ej. en caso de causas de vencimiento anticipado no inscritas), con la consiguiente ineficacia del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados (las subastas quedarían desiertas si el adjudicatario o rematante tiene que asumir no sólo las cargas anteriores a la hipoteca ejecutada, sino también las posteriores). Desde luego de nada

sirve para argumentar a favor de esta oponibilidad la reforma paralela que se introduce en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria de la que se suprime la referencia al carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, pues este carácter se lo atribuye el artículo 145 de la misma ley;

b) y si se opta por la solución alternativa de la inoponibilidad de tales cláusulas a los terceros titulares de derechos y acreedores posteriores, entonces, además de lo anterior, se habría logrado el objetivo contrario al pretendido que era el de facilitar la apertura y contratación de nuevos productos bancarios ("facilitar la diversidad de productos ofertados" decía la Proposición no de Ley aprobada por el Parlamento en marzo de 2005), diversidad que quedaría reducida drásticamente al puro esqueleto de la obligación garantizada por la hipoteca. Habríamos pasado del cierto barroquismo y farragosidad en la redacción de los contratos hipotecarios de la situación actual, a otra de anorexia o extremo adelgazamiento contractual, con grave daño para la libertad del mercado al que se asfixia cercenando gravemente la autonomía de la voluntad contractual sin causa justificada para ello.

Finalmente, hay que decir que la redacción del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, en la versión del Proyecto remitido a las Cortes iba en contra de las recomendaciones del Libro Verde de la Comisión Europea de julio de 2005 que aconsejaba suprimir todas las cargas tácitas u ocultas, mediante la universalización del principio de publicidad, e incluso resulta contradictoria aquella redacción con el propio proyecto de reforma hipotecaria que, a través de la nueva redacción que prevé para el artículo 4 de la Ley 2/1992, contempla la publicidad registral de las modificaciones de las condiciones financieras del préstamo, incluso aunque no afecten a las cifras de responsabilidad hipotecaria (no tiene sentido que se publique la modificación de unas condiciones que en sí mismas no se consideran aptas para su constatación tabular).

Estas razones hicieron mella en el legislador que finalmente recuperó la idea inicial del proyecto estableciendo en la definitiva redacción del artículo 12 de la Ley Hipotecaria una regla general y otra especial respecto de las hipotecas constituidas a favor de la entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Así en el primer párrafo dispone que "En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración". Por su parte, en el segundo párrafo, referido específicamente a las hipotecas inscritas a favor de la entidades financieras antes mencionadas, se establece que las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca, "en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización".

Estas cláusulas serán la base, pues, de la ejecución hipotecaria. Se ha discutido, no obstante, sobre el alcance de la calificación registral de estas cláusulas[10], dada la conveniencia de lograr la mayor uniformidad posible en la práctica registral de la inscripción de estas cláusulas. El inconveniente de la dispersión de criterios en la calificación, que es consustancial a los modelos organizativos basados en el principio de la distribución de competencias, como sucede en el caso de los Registros que se rigen por criterios de competencia territorial, y que dan lugar al denominado por algunos administrativistas como el "síndrome cantonal", creo que además de superar con mucho las ventajas a los inconvenientes por la confianza que genera la calificación individualizada, hoy está muy amortiguada por el carácter vinculante de las Resoluciones de la D.G.R.N.. Además, la calificación genera una dinámica de dialéctica jurídica de la que el sistema hipotecario sin duda se ha beneficiado. Se suele citar como ejemplo de la "resistencia" de la calificación a aceptar nuevas figuras el caso de las cláusulas de intereses variables aparecidas hacia mediados de los ochenta. Y ciertamente

mucho se discutió su admisibilidad. Todo parte de la Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981 en la que se permitía pactar el interés variable, siempre que se estipulara la cláusula de rescisión o desistimiento del prestatario para el caso de variación de intereses, y siempre que se pactara un tipo de interés de referencia. Esta Orden fue completada por diversas Circulares del Banco de España. En la práctica, las entidades financieras empezaron a incorporar estas cláusulas de interés variable, pero fijando como tipo de referencia el interés preferencial de la propia entidad añadiendo el diferencial correspondiente. Pues bien, muchos registradores rechazaron dicha cláusula por contradecir claramente el artículo 1256 del Código civil, y después de la correspondiente polémica doctrinal, y tras la publicación de la Ley de 1984 sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios, insistiendo en la misma idea de que los contratos no pueden quedar al arbitrio de uno de los contratantes, la D.G.R.N. zanjó el tema en sus Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984, en las que se admitió las cláusulas de interés variable, siempre que en ellas se fijara un tipo objetivo de referencia, rechazando que éste pudiera ser el interés preferencial de la propia entidad y se confirmó la necesidad de fijar una hipoteca de máximo en garantía de esos intereses variables. Modelo que, posteriormente, se generalizó por exigencias de la legislación del mercado secundario que condiciona la emisión de cédulas hipotecarias a interés variable – también en el caso de los bonos – a que, a su vez, se establezca tal variabilidad para los préstamos que le sirvan de cobertura, de forma que tanto en las cédulas como en los préstamos los intereses se definan por un margen fijo sobre un tipo de interés de referencia.

Este hecho ha condicionado la estructura financiera del mercado hipotecario primario a tal punto que, en la actualidad un 98 % de la cartera contratada lo está a interés variable (muy por encima de la media europea del 46%, lo que supone una sobreexposición al riesgo de evolución de tipos, especialmente considerando que estos están referenciados a índices como el euribor que dependen más de decisiones sobre política monetaria del Banco Central Europeo que de la situación real de la economía de las familias españolas).

Posteriormente, también porque previamente ha habido una calificación registral, la D.G.R.N. ha precisado otros requisitos adicionales de tales cláusulas: su reciprocidad (establecerse al alza y a la baja). Hoy podríamos preguntarnos qué hubiese pasado si los Registradores hubiesen aceptado desde el principio las cláusulas de intereses variables tal y como se redactaban inicialmente, previendo, por ejemplo, revisiones sólo al alza y no a la baja. Pues bien, la respuesta es que en tal caso todo el ciclo de descensos de tipos producido entre 1993 y 2003 no se habría trasladado a la cartera contratada, y que en lugar de subrogarse al año unas 30.000 hipotecas se subrogarían cientos de miles, con el consiguiente encarecimiento de los costes operativos.

Lo mismo podría decirse de las cláusulas de redondeo al alza y a la baja, que han dado lugar a más de una docena de sentencias de diversas Audiencias provinciales declarando la nulidad de las que prevén el redondeo exclusivamente al alza, situación que podría haberse evitado si el carácter abusivo de las mismas pudiese haber sido calificado por el Registrador, sin que ello implique entrar en el mundo de los hechos reservado a la actividad jurisdiccional de los jueces y tribunales.

Todo esto resulta de gran importancia práctica para el buen fin de los procedimientos de ejecución hipotecaria, toda vez que la falta de calificación previa de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, solución drástica que atiende al único objetivo de la uniformidad en la práctica registral, abre un flanco de inseguridad notable en el ámbito de la ejecución hipotecaria, ya que dará pie a que puedan prosperar las peticiones de anotación preventiva de las demandas de nulidad de alguna/s de dichas cláusulas por parte de los deudores que se hallen en el temor de una próxima ejecución, toda

vez que habrá desaparecido como poderoso argumento contra el requisito del *"bonus fumus iuris"* para la viabilidad de dicha medida cautelar, el de la previa calificación registral de las mismas. Difícilmente, un Juez admitirá dicha apariencia de buen derecho en la reclamación de nulidad de la cláusula combatida si ésta ha sido previamente examinada y validada a través de su inscripción por un Registrador. Este extremo es de gran importancia pues, como después veremos, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la hipoteca o de alguna de sus cláusulas practicadas antes de la expedición de la certificación de dominio y cargas, esto es, anterior a la constancia registral de la iniciación del procedimiento de ejecución, no pueden cancelarse en virtud del auto de aprobación del remate y subsiguiente mandamiento de cancelación de cargas, lo que inhibe el interés de los licitadores y erosiona las posibilidades de obtener a través de la subasta el valor real del bien hipotecado, con la consiguiente merma de garantía para los títulos del mercado secundario. De hecho, este mismo planteamiento, en mi opinión, es el que subyace en el hecho de que la inscripción de las cláusulas financieras de los créditos hipotecarios se prevea ahora (art. 12 L.H.), pero sólo en relación con los que se otorguen por las entidades que legalmente pueden emitir títulos hipotecarios (art. 2 L.M.H.). Se trata, pues, de una medida más de protección del mercado secundario y de sus inversores, que por definición son inversores apalancados al configurarse aquellos títulos como títulos de renta fija.

III. CAPÍTULO SEGUNDO. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. SU IMPORTANCIA PARA LA SOLVENCIA DEL MERCADO HIPOTECARIO[11]

El mercado secundario inicialmente estaba concebido para allegar recursos con los que satisfacer la demanda de créditos hipotecarios del mercado primario. Pero en los últimos tiempos, como consecuencia de la excesiva acumulación de capitales por las razones antes apuntadas, el mercado secundario ha funcionado en dirección inversa. Este curioso fenómeno se explica porque se ha producido una gran demanda de valores hipotecarios para colocar aquellos excedentes de capital, dado su atractivo basado en una buena rentabilidad, algo superior a la de los títulos de renta fija emitidos por organismos oficiales, y por una calificación crediticia similar a la de estos últimos. Dado que los valores hipotecarios sólo se pueden emitir con una cartera de cobertura integrada por créditos hipotecarios del mercado primario, aquella demanda de valores ha producido un aumento de la oferta de estos últimos créditos. En definitiva, el mercado primario ha abastecido la demanda de títulos del mercado secundario en lugar de proveer éste la demanda de créditos del mercado primario. Las consecuencias de ello han sido la disminución de los parámetros de solvencia exigidos. Cuando esta circunstancia se ha combinado con un aumento de tipos de interés y con una paralela disminución de la tasa de aumento del valor de los inmuebles hipotecados ha surgido el problema. El aumento de la morosidad en el sector "subprime" ha generado una desconfianza generalizada en el mercado secundario, con la consiguiente retracción del crédito.

Ante ello, se plantean dos problemas: a) cómo regenerar la confianza en los inversores para que suscriban las nuevas emisiones; y b) cómo recuperar la inversión ya realizada. Esto último, de momento constituye una incógnita ya que al no haber existido históricamente impagos en este sector no ha resultado necesario ejecutar las garantías. Aquí entra en juego el procedimiento de ejecución hipotecaria directa en un doble sentido: 1º como garantía del mercado primario para obtener la satisfacción de los créditos impagados frente al deudor hipotecario; y 2º como eventual garantía del mercado secundario para recuperar el importe de los títulos vencidos frente a los emisores. Intentaremos analizar ambos aspectos a lo largo de este estudio.

1. LAS EXIGENCIAS DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO SECUNDARIO RESPECTO DE LAS CARÁCTERÍSTICAS DE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS DEL MERCADO PRIMARIO.

Es evidente que un mercado secundario solvente ha de estar basado en un mercado primario sólido y seguro, ya que constituye la base de la pirámide de refinanciación en que consiste aquél. Por ello la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario, pone especial cuidado en regular de forma garantista las operaciones activas o de concesión de préstamos, en las cuales los elementos de seguridad esenciales son la verificación de la existencia de los bienes, su justa valoración, y la certeza de las garantías. Este es el objetivo básico que persigue el artículo 5 de la citada Ley, al exigir que los préstamos y créditos que hayan de servir de cobertura de las emisiones de títulos del mercado secundario deben estar garantizados, en todo caso, por hipoteca inmobiliaria constituida con rango de primera sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca. Si sobre el mismo inmueble gravasen otras hipotecas o estuviere afecto a prohibiciones de disponer, condición resolutoria o cualquier otra limitación del dominio, habrá de procederse a la cancelación de unas y otras o a su posposición a la hipoteca que se constituye previamente a la emisión de los títulos.

El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 % del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 % del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley.

Dentro de los préstamos y créditos a que se refiere este artículo 5, podrán incluirse aquellos otros que estén garantizados por inmuebles situados dentro de la Unión Europea, mediante garantías de naturaleza equivalente a las que se definen en esta Ley.

Además, se establece que, reglamentariamente, se determinarán aquellos bienes que no podrán ser admitidos en garantía, cuando por su naturaleza no representen un valor suficientemente estable y duradero, sin que entre estos bienes excluidos puedan figurar las viviendas de carácter social que gocen de protección pública.

Pero de poco sirve fijar estos estrictos requisitos si no se aplican mecanismos de control de cumplimiento. Por ello, se ha dicho con razón que un buen mercado secundario tendrá un base sólida si el mismo parte de un Registro de derechos, con un sistema de calificación amplia que garantice la existencia de los bienes hipotecados y la calidad jurídica de los derechos sobre ellos inscritos, generando así la necesaria confianza en los inversores de que los activos de cobertura realmente podrán cumplir su función de respaldar la inversión en caso de impago de los créditos garantizados. Y desde esta perspectiva del eventual incumplimiento de la obligación garantizada, hemos de examinar estas exigencias de los denominados créditos aptos para servir de cobertura al mercado secundario, poniéndolas en relación con las características paralelas que habrá de tener el procedimiento de ejecución hipotecaria, para alcanzar aquella finalidad de garantizar en todo caso el pago al vencimiento del capital y de los intereses de las emisiones de títulos hipotecarios.

Pues bien, los elementos fundamentales que definen a los créditos hipotecarios del mercado primario como créditos aptos para servir de cobertura a las emisiones del mercado secundario son las siguientes: 1º existencia del bien inmueble objeto de la garantía y su adecuada calificación jurídica; 2º tasación objetiva del valor del bien hipotecado; 3º existencia de un pleno dominio libre de

cargas sobre el bien a favor del deudor; 4º constitución de una garantía hipotecaria con rango de primera hipoteca; 5º limitación de la cuantía del préstamo en relación con el valor del inmueble y certeza del crédito. Examinaremos cada uno de estos elementos separadamente.

2. ANÁLISIS INSTITUCIONAL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DIRECTA SOBRE LOS BIENES HIPOTECADOS. LA RAPIDEZ Y PRECISIÓN COMO OBJETIVOS FUNDAMENTALES.

Procede, en primer lugar, realizar un análisis institucional de la ejecución directa sobre bienes hipotecados tratando de abordar no sólo la perspectiva civil, sino también dos perspectivas complementarias, la registral y la procesal. Se parte de una premisa ya expuesta, con gran carga expresiva por el prof. De los Mozos en el año 1972, en el prólogo que escribió para el libro de Cristóbal Montes sobre la disminución de la garantía hipotecaria, al decir que "la naturaleza de la hipoteca no llega a revelarse sino cuando llega a hacerse efectiva en el valor de la finca gravada. El desconocimiento de este punto - añadía - ha oscurecido el tema al querer desplazar hacia el Derecho procesal este juego del derecho real de hipoteca, de sustancia indiscutiblemente civil".

Compartimos plenamente esta idea del prof. De los Mozos. Para tratar de demostrarlo es necesario realizar un estudio, que no sólo abarque la ejecución de la hipoteca en sentido estático o puramente institucional (los presupuestos procesales, los sujetos intervinientes en el procedimiento, sus respectivos derechos en el mismo, la garantía de los mismos a través de los distintos trámites procedimentales, etc), sino también observar que la hipoteca a lo largo del proceso de su ejecución entra en contacto con un gran abanico de derechos y relaciones jurídicas distintas, con las que normalmente se encuentra en posición de conflicto (otros derechos reales concurrentes sobre la finca hipotecada, situaciones concursales que afectan al deudor o tercer poseedor, existencia de créditos privilegiados contra el mismo deudor, arrendamientos de la finca ejecutada, concurrencia de una pluralidad de administraciones judiciales sobre la misma finca, y un largo etcétera). Por ello, aquel análisis estático se ha de complementar con otro de carácter dinámico o funcional, de gran dificultad dadas las complejas regulaciones positivas que rigen dichas instituciones y las, con frecuencia, encontradas posiciones de la doctrina legal y científica.

La tesis de este estudio, en este punto, trata de demostrar que el hilo conductor de las soluciones legales a todos estos conflictos pasa por la aplicación de los principios de legitimación y prioridad registral, en base a la idea fuerza de que el procedimiento de ejecución hipotecaria es un procedimiento basado en la fuerza de los pronunciamientos y presunciones registrales. Las excepciones a esta regla constituyen un factor de distorsión en nuestro sistema jurídico inmobiliario, que responden a criterios de política legislativa históricamente coyunturales, y que actualmente están sometidas a una fuerte tendencia normativa restrictiva que puede situarse como punto de arranque en la Ley del Mercado Hipotecario de 1.981, ya que el mercado hipotecario secundario no puede desarrollarse con vigor sin que la base de la pirámide de refinanciación, esto es, el crédito hipotecario del mercado primario cuente con la garantía de procedimientos ágiles y seguros a fin de recuperar de forma rápida y segura el valor de la inversión.

Con todo ello el objetivo, perseguido es el de lograr una suerte de alquimia jurídica consistente en la transformación de valores ilíquidos (la propiedad sobre los inmuebles) en valores líquidos (dinero) para satisfacer el crédito ejecutado, transformación que ha de realizarse de la forma más rápida y eficiente posible. Respecto del modelo del procedimiento español de ejecución hipotecaria podemos decir, especialmente tras la reforma procesal de 2000, que en lo esencial cumple este

objetivo: se trata de una vía de apremio o procedimiento de ejecución pura, sumario y sin contradicción entre partes, basado en los pronunciamientos del Registro, que permite ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del Registro, con causas de suspensión y oposición tasadas legalmente a los solos casos de falsedad del título, cancelación de la hipoteca, tercería de dominio y error en el saldo de la cuenta. Se trata de un procedimiento rápido, de subasta única, con posibilidad de sustituirla por convenios de realización por entidad especializada; que facilita la concurrencia de licitadores permitiendo su financiación a través de la hipoteca del derecho de remate. Es también un procedimiento en el que se aplica, con escasas excepciones, el principio de purga de cargas posteriores, incluso respecto de créditos con privilegio especial anotados con posterioridad – cuyos titulares deberán acudir a la correspondiente tercería de mejor derecho, pero sin paralizar la ejecución -, y en el que se cuida el aspecto posesorio a través de un incidente que permite antes de la subasta conocer si hay ocupantes de la finca con título suficiente para continuar en la posesión. Como dice el Tribunal Constitucional español este procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, de forma que la presentación de la demanda, el requerimiento al deudor y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización (S. 17-1-91). Esta sumariedad se explica porque la ejecución sólo puede realizarse sobre la base de los extremos contenidos en el asiento registral, lo que inviste al acreedor hipotecario de legitimación y a su derecho de presunción de legalidad.

Ahora bien, la eficacia de este procedimiento está también directamente relacionada con las características de la hipoteca ejecutada. Siendo esto así, creo que, en función de la necesidad impuesta por el mercado secundario de maximizar las garantías, debemos llevar a cabo una revisión crítica de diversos aspectos de la regulación actual sobre los requisitos exigidos para la calificación de las hipotecas como "aptas" para servir de cobertura a las emisiones de títulos hipotecarios, a lo que dedicamos los siguientes epígrafes de este estudio.

3. LA EXISTENCIA DEL BIEN INMUEBLE OBJETO DE LA GARANTÍA Y SU ADECUADA CALIFICACIÓN JURÍDICA Y URBANÍSTICA.

Hay que comenzar recordando nuevamente que, conforme al artículo 130 de la Ley Hipotecaria, el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. Esta idea es básica en un sistema registral de folio real como el español, en que es la propia finca hipotecada, con sus elementos de descripción física de situación, cabida, linderos y la eventual existencia de edificaciones o construcciones sobre las mismas, la que constituye la base de la garantía. El objeto de la subasta en el procedimiento judicial de ejecución no será otro que la finca en los términos descritos en el Registro. Por ello, resulta fundamental que el acceso al Registro de las fincas esté basado en documentos que acrediten inequívocamente su existencia y características físicas y jurídicas, lo que exige una adecuada coordinación entre el Registro y el Catastro, así como una verificación previa de la legalidad y características urbanísticas de la misma.

En este sentido, en la legislación hipotecaria española es básico el artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al establecer en su número siete que "En lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente

coincidentes con la descripción de ésta en dicho título", exigencia que se extiende también a la inscripción de los excesos de cabida.

E igualmente trascendente son las normas que regulan el control registral del acceso al Registro de las nuevas edificaciones. Dentro del proceso histórico de coordinación entre la legislación hipotecaria y la legislación urbanística, un hito fundamental viene representado por la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico. En esta Ley se incorpora el denominado "sistema de escalera", al diferenciar distintas fases en la adquisición de las facultades urbanísticas del dominio sobre bienes inmuebles, distinguiendo entre el derecho a edificar o "*ius aedificationis*" y derecho a la edificación.

El derecho a edificar se concretaba en la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente, cuando éste no ha sido sustituido por su equivalente económico, y se adquiere por la obtención de la licencia de obras, ajustada a la ordenación en vigor. Se atribuye, pues, a la licencia un carácter constitutivo de este derecho a edificar.

Por su parte, el derecho a la edificación dejaba de considerarse como una manifestación del denominado derecho de accesión que, procedente del Derecho Romano, se había incorporado al artículo 358 del Código civil, y que atribuye la propiedad de lo edificado al propietario del suelo, incluso en el caso de haber sido construido por un tercero, sin perjuicio de abonar a éste su valor. Abandonando este tradicional planteamiento de la cuestión (basado en el principio romano "*superficie solo cedit*"), la Ley 8/1990 partía de la idea de que el derecho a la edificación sólo autoriza la incorporación de lo edificado al patrimonio del propietario del suelo cuando la edificación se hubiese ejecutado y concluido con arreglo a las condiciones fijadas por la licencia ajustada al planeamiento, sin perjuicio de la situación de fuera de ordenación en que pudiera quedar en caso contrario que, en sí misma, no es indemnizable.

Una vez que la legislación urbanística asume este criterio de condicionar la patrimonialización de lo edificado a su situación urbanística, el Registro de la Propiedad no podía ya quedar al margen del control de la legalidad urbanística de las obras nuevas. En consecuencia, el artículo 25 nº2 de la citada Ley 8/1990 incorpora por primera vez a nuestro Ordenamiento jurídico la norma con arreglo a la cual la inscripción de las obras nuevas queda condicionada a un previo control por parte del Registrador de la existencia de la licencia de edificación y de la certificación técnica. Esta norma pasa al Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, en concreto a su artículo 37 nº2, precepto que el Tribunal Constitucional en su célebre Sentencia de 20 de marzo de 1997, en la que se definen las respectivas competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en este ámbito, admite como constitucional por corresponder a las competencias del Estado la ordenación de los Registro públicos de carácter jurídico.

Por ello, este precepto pasa, a su vez, a la Ley del Suelo estatal 6/1998, de 13 de abril, en concreto a su artículo 22, que reproduce la norma anterior en su más estricta literalidad - a pesar de que deroga el sistema de escalera antes citado -, norma que ha permanecido en vigor hasta el pasado 1 de julio, en que ha sido sustituida por el artículo 19 de la reciente Ley 8/2007, de 29 de mayo, de Suelo, que contiene algunas novedades en esta materia, no precisamente sencillas de interpretar.

El cuadro normativo anterior había sido previamente objeto de amplio desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias

al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Este Real Decreto incorpora un Capítulo V, que comprende los artículos 46 a 55, que tiene por objeto específico regular la "inscripción de las obras nuevas". En esta regulación se contempla no sólo las garantías jurídicas necesarias para evitar que en el futuro ingresen en el Registro de la Propiedad edificaciones que incurran en situaciones de ilegalidad urbanística, sino también el tratamiento administrativo y registral de las edificaciones ya inscritas que infringen la legalidad urbanística en los casos en que tal infracción ha prescrito, esto es, la situación de los edificios "fuera de ordenación"[12].

4. LA TASACIÓN OBJETIVA DEL VALOR DEL BIEN HIPOTECADO

A) LA FIJACIÓN DEL TIPO PARA SUBASTA

Para la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria es necesario que los interesados fijen en la escritura de constitución de la hipoteca el precio en que tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta. Dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolla sobre la base de los pronunciamientos registrales. Por ello el tipo para subasta no sólo se hace constar en la escritura de constitución de la hipoteca, sino también en la propia inscripción causada por aquella.

Esta exigencia permite, a través de la publicidad registral, dar a conocer el tipo de partida de la subasta a los postores que intervengan en la misma, así como a los terceros poseedores o adquirentes posteriores de la finca hipotecada a quienes, como después veremos, no resulta indiferente tal circunstancia, toda vez que en caso de ejecución de la hipoteca lo que les corresponde es un derecho al eventual sobrante que haya quedado, lo que puede estar determinado en cuanto a su cuantía, especialmente en caso de subastas celebradas con escasa concurrencia de licitadores, por el tipo fijado para la subasta.

El precio o tipo de subasta lo establecen libremente "los interesados". Por tales, a nuestro juicio, deben entenderse obviamente acreedor y deudor, pero también deben considerarse aludidos por tal expresión los hipotecantes no deudores o fiadores reales que, en caso de existir, no desplazan en la toma de tal decisión a los deudores personales, sino que concurren conjuntamente con los mismos y con el acreedor en su adopción, ya que se trata de una exigencia establecida en méritos de la satisfacción de una encrucijada de intereses, en parte contrapuestos y en parte convergentes: el del acreedor de evitar que un tipo excesivamente elevado dificulte la realización del bien, el del deudor de evitar que un tipo excesivamente bajo deje la deuda perseguida en parte insatisfecha con mantenimiento de la acción de responsabilidad personal del acreedor por la diferencia, y el interés del fiador real de establecer un precio que favorezca la existencia del mayor sobrante posible tras la aprobación del remate.

En el caso de que falte la fijación del tipo de subasta en el momento inicial de la constitución de la hipoteca, su determinación posterior requiere el consentimiento de los terceros adquirentes del dominio de la finca hipotecada, pues a estos no les resulta indiferente la valoración que a efectos de subasta se establezca, ya que dicha valoración determinará el desarrollo de la subasta, sin que dicho tercero tenga, en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria posibilidad alguna de intervenir o influir en dicha determinación, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de ejecución ordinaria (único posible al que podía acudir el acreedor al tiempo de la adquisición de la

finca por el tercero, pues sin el requisito de la determinación del tipo no cabe el judicial de ejecución directa), en que los terceros adquirentes tienen derecho a intervenir en el avalúo de los bienes.

B) FUNDAMENTO DE LA EXIGENCIA DE LA DETERMINACIÓN DEL TIPO PARA SUBASTA

Se ha puesto de manifiesto unánimemente por la doctrina la utilidad de esta previsión legal, que fue certeramente apreciada y perseguida de propósito por el legislador del 1909. En efecto, la finalidad y fundamento a un tiempo de la norma comentada es la de evitar la necesidad del trámite de tasación pericial o avalúo establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro de la fase de apremio del procedimiento de ejecución común. Por tanto, se trata de preordenar una determinación que en caso de ejecución será necesaria en todo caso, con el objeto de agilizar y dar rapidez al trámite ejecutivo, a la par que se consigue un abaratamiento de costes evitando la necesidad de una peritación que finalmente no será la que determine el precio del remate, al quedar éste establecido en razón del resultado de la licitación.

C) TIPO DE SUBASTA "VERSUS" VALORACIÓN REAL DE LA FINCA

Se ha puesto de manifiesto por parte de algunos autores, que esta simplificación procesal no está exenta de ciertos inconvenientes, destacando que la ligereza en la determinación subjetiva del precio de subasta, en atención al carácter más o menos improbable de la ejecución, produce desfases en relación al valor real de la finca hipotecada, que pueden perjudicar al deudor, como por ejemplo en los supuestos de ejercicio de posibles tanteos o retractos, lo cual resulta de gran importancia para el mercado secundario por el riesgo que introduce, de posible pérdida del valor de la garantía.

Sin embargo, y aun siendo ciertamente conveniente que la fijación del tipo se realice con la mayor seriedad y rigor posibles, lo cierto es que lo que se les pide a los interesados no la averiguación intuitiva del valor real de la finca hipotecada, ya que precisamente se trata de eludir una valoración pericial de la misma, sino de establecer un precio de salida para la subasta. Precisamente será la dinámica propia de la subasta la que conduzca a la fijación del valor real a través de mecanismo de la oferta en concurrencia. Por ello, si el tipo resultó demasiado bajo la subasta generará las elevaciones correspondientes, y si resultó demasiado alto también serán las pujas presentadas en la subasta las que lo corregirán.

Cualquier otro planteamiento es quimérico, ya que el valor de una cosa, como en el caso de los bienes inmuebles, están sujetos a oscilaciones en el tiempo, según las circunstancias del mercado en función de los parámetros generales de la economía, como los tipos de interés, la tasa de ahorro, el aumento o disminución de la población en el lugar de situación del inmueble, la rentabilidad comparativa con otras inversiones alternativas al mercado inmobiliario, etc. Y todo ello sin contar con la posibilidad de mutaciones en la situación física o jurídica de la finca durante el período intermedio entre la constitución de la hipoteca y su ejecución (construcciones sobre un solar, mejoras o deterioros sobre una finca ya construida, la descalificación de una vivienda de protección oficial, la extinción de un arrendamiento sobre la finca con rentas congeladas, etc). Estos factores no sólo resultan posibles sino incluso probables teniendo en cuenta que los contratos u obligaciones garantizados con hipoteca inmobiliaria suelen ser de larga duración.

Esta cuestión sobre la asimilación o la distinción entre el tipo para subasta y el valor real de la finca se planteó ante el Tribunal Supremo y fue resuelto en el sentido apuntado en su Sentencia de 24 de marzo de 1993, en la que tras examinar un supuesto de limitaciones urbanísticas establecidas en un Plan de Ordenación que impedían un uso edificatorio libre sobre el solar adquirido en subasta, por tratarse de suelo dotacional público, señala que "el precio de salida es inmodificable (regla 9ª del art. 131) y sirve de base para la aprobación del remate o posibles rebajas posteriores, pero nunca es reflejo del total valor real de la cosa que será el que tenga (subjetiva u objetivamente) el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el criterio del licitador el que formará la determinación de su voluntad. Las cosas hipotecadas son susceptibles de cambios, aumentos o disminuciones de valor (accesiones por edificación o planta, destrucciones, etc). Le incumbe, pues, al licitador ver, investigar; en definitiva, informarse para concurrir a la subasta".

D) INFLUENCIA DE LAS ALTERACIONES OBJETIVAS DEL VALOR DE LA FINCA POSTERIORES A LA FIJACIÓN DEL TIPO PARA SUBASTA

La cuestión estudiada en el apartado anterior sobre falta de equivalencia entre el valor real de la finca y el tipo para subasta tiene directa relación con el tema ahora planteado de la posible influencia o no de las alteraciones del valor de la finca hipotecada por razones objetivas en la fijación del tipo para subasta. En definitiva de lo que se trata es de determinar hasta qué punto resulta necesario o conveniente modificar el tipo para subasta fijado en la escritura de constitución de la hipoteca inicialmente cuando de forma sobrevenida se ha producido algún evento que altera de manera objetiva el valor real de la finca en mayor o menor medida. Estudiaremos el tema separando dos supuestos básicos, como son la realización de construcciones sobre la finca hipotecada y la liberación o cancelación de cargas preferentes con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

1) Las construcciones o edificaciones realizadas sobre la finca hipotecada por un tercer poseedor

Es regla, en cuanto a la extensión objetiva de la hipoteca, que sólo mediante pacto expreso de las partes -pacto muy extendido en la práctica- la garantía se extiende a las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiere, a diferencia de los supuestos de elevación de edificios preexistentes o de las mejoras introducidas en los mismos, en que la extensión se produce sin necesidad de pacto expreso (cfr. artículo 110 nº 1 de la L.H.). Para que pueda operar el pacto de extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones es necesario que la finca pertenezca al propietario que hipotecó, de forma que tal pacto de la escritura de constitución de la hipoteca es ineficaz respecto del tercer poseedor que compra la finca en su estado inicial y posteriormente la edifica. Ahora bien, dado que por virtud del principio de accesión el suelo y el vuelo de una finca no pueden sujetarse a regímenes de dominio dividido, más allá de los supuestos legalmente previstos y conforme a sus propios requisitos (supuestos de divisiones de fincas en régimen de propiedad horizontal o de constitución de derechos de superficie), y puesto que el derecho real de hipoteca es un derecho de realización del valor de la finca hipotecada por medio de su enajenación en pública subasta, se plantea el problema de cómo articular la enajenación en tales casos en que lo único que se puede considerar hipotecado es el suelo pero no la edificación sobre él asentada, y si esta situación tiene relevancia desde el punto de vista de la valoración de la finca a efectos de su subasta.

Los dos problemas planteados guardan relación con supuestos diferentes. Así la cuestión de la posible alteración del tipo de subasta debe contemplarse en la hipótesis de que exista el pacto de extensión de la hipoteca a las futuras edificaciones, ya que en caso de materializarse éstas claramente se producirá un diferencial importante con el valor real del bien al que se habrá incorporado el propio

valor de la edificación antes inexistente. No obstante, en estos casos, como anteriormente se dijo, será la propia dinámica de las subastas la que determinará una adecuación del precio del remate a las nuevas circunstancias y a la nueva realidad física de la finca. El supuesto es similar al de aquellos casos en que inicialmente el valor a efectos de subasta se hubiese fijado notoriamente por debajo del valor real de la finca.

La hipótesis contraria de inexistencia de pacto de extensión se puede reconducir al caso de construcción realizada por tercer poseedor, que es un supuesto regulado por el artículo 113 de la Ley Hipotecaria, y cuya regulación entendemos que le puede ser de aplicación analógica. En caso contrario, el problema no sería ya el de valorar separadamente la mejora o la construcción, sino el de que el valor del suelo, de no aplicarse la previsión de la venta conjunta de suelo y vuelo, habría desaparecido en términos económicos, ya que ninguna utilidad económica cabe esperar de una finca construida, en que lo edificado es propiedad de un tercero, a parte de ser un supuesto inviable jurídicamente, como antes se dijo. Por tanto, los dos supuestos, el de inexistencia de pacto de extensión y el de construcción de la nueva edificación por tercero deben ser reconducidos a la misma solución de subasta única del todo.

Dispone en particular el artículo 113 de la Ley Hipotecaria que "El dueño de las accesiones o mejoras que no se entienden hipotecadas, según lo dispuesto en el artículo anterior, podrá exigir su importe en todo caso o bien retener los objetos en que consistan, si esto último pudiera hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca. Si exigiere su importe, no podrá detener el cumplimiento de a obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajene para pagar el crédito.

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

Como se aprecia de la lectura del precepto el propietario de las mejoras que no se entienden hipotecadas tiene la posibilidad de optar entre retener el objeto en que consista, si esto fuera posible sin deterioro o merma de la cosa, o bien exigir su importe. En este último caso la venta en subasta es conjunta de la finca y su mejora, por lo cual existirá un único precio de remate, en caso de que no quepa separación de la mejora y el predio -si fuere posible la separación la venta es separada-. Existiendo remate y precio único se produce una concurrencia de créditos contra el producto de la venta entre el acreedor hipotecario y el dueño de la mejora, si bien este último goza de preferencia para el cobro hasta el límite del importe de la mejora, aun cuando ello pueda dejar parcialmente insatisfecho al acreedor hipotecario. De ahí el interés que este último puede tener en elevar preventivamente el tipo para subasta, en previsión de que la finca pueda ser adjudicada por dicho tipo. No obstante, será la dinámica de las celebraciones de la subasta sumado a la posibilidad que tiene el mismo acreedor para concurrir a ella lo que, en defecto de previsión legal al respecto, podrá salvaguardar el conjunto de los intereses en conflicto.

Decíamos que la preferencia al cobro del dueño de las mejoras que, recordémoslo, en materia de construcciones sobre bienes inmuebles no admiten la opción de la separación o retirada de las mismas ya que ello implicaría no ya su deterioro sino su inutilización prácticamente plena, es una preferencia que tiene el límite del "importe" de la mejora o edificación. Lo equívoco del término ha producido diversas interpretaciones doctrinales al respecto, básicamente decantadas en dos posturas. Para algunos se trata del "valor" de las mejoras por contraposición al "coste" de las mismas, es decir,

imputando a favor de su titular las plusvalías o incrementos de valor que haya experimentado. Argumenta a favor de esta opción Morell y Terry[13] en base a la idea de su mayor justicia. Por su parte, Peña y Bernardo de Quirós entiende que lo importante es restituir el valor de la mejora en cuanto sea tal mejora, es decir, "sin exceder el aumento de valor de la cosa" -se entiende del bien inmueble al que está unido inseparablemente-.

Realmente no son criterios incompatibles, sino antes bien, a nuestro juicio, complementarios y ambos acertados, en la medida en que de la misma forma que la finca no se subasta por el precio de tasación inicial sino que se incorporan al precio de remate las plusvalías o minusvalías experimentadas por la finca en el periodo intermedio, también éste debe ser el criterio de valoración de las mejoras, que no debe quedar limitado al importe de su coste inicial -importe que no satisfará normalmente el coste de reposición como consecuencia del fenómeno de la depreciación monetaria-, sino que debe estimarse por su valor al tiempo de la subasta. Ahora bien, dicha estimación debe tener por límite, dada su inseparabilidad de la finca a que va unida, el aumento de valor efectivo que genere para la finca.

Sin embargo, esta última determinación no es posible por la vía mercantilista del precio de venta, ya que el precio será único y, probablemente, ni el propio adjudicatario pueda determinar con precisión en qué parte el precio retribuye el suelo y en qué parte la construcción, más allá de estimaciones aproximadas. Es por ello que se impone en orden a tal especificación la intervención de peritos.

A este respecto Buenaventura Camy[14] entiende que la intervención de peritos se impone para corregir el tipo para subasta fijado en la escritura de constitución de la hipoteca. Sin embargo, ello presenta el grave inconveniente de forzar la apertura de ese trámite antes de la tramitación del procedimiento, en forma similar a como se produce en la fase de apremio de las ejecuciones comunes, incurriendo para ello en los gastos y dilaciones que se pretenden precisamente eludir mediante acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria directa sobre los bienes hipotecados. Por esta razón puede defenderse la solución de estimar que la intervención de peritos no debe ser anterior a la tramitación del procedimiento sino posterior, de forma que reconoce facultades al Juez que haya conocido del procedimiento para, una vez pagado el precio del remate, resolver sobre su distribución entre acreedor y tercer poseedor con ayuda de peritos. Por tanto, la cuestión no estriba tanto en modificar el tipo para subasta cuanto en determinar un criterio de distribución del precio pagado por el adjudicatario una vez ha finalizada ya el procedimiento. En definitiva se le reconoce al tercer poseedor un a modo de crédito refaccionario sobre el valor de la mejora, cuya analogía sirve de guía en la interpretación de las anteriores cuestiones y viene a reforzar las conclusiones apuntadas, en la medida que el importe de lo garantizado en favor del acreedor refaccionario es el valor actual de la mejora (valor de la obra a los sesenta días de su conclusión, vid. artículo 92 L.H.), y que el valor de tal mejora no podrá exceder del incremento de valor que genere a favor de la finca, ya que la parcela de valor que en principio se reserva al acreedor hipotecario es el que tuviese la finca antes de la refacción (cfr. artículo 64 L.H.). Todo lo aquí dicho tiene trascendencia respecto de las hipotecas que sirvan de cobertura a emisiones del mercado secundario ya que la preferencia del tercer poseedor se traduce en una pérdida de rango para el acreedor hipotecario, determinando con ello la pérdida sobrevenida de una de las condiciones exigidas por la Ley 2/1981 para computar el crédito como base de cálculo para determinar el límite del saldo de las cédulas en circulación o para afectar dicho crédito en una emisión de bonos, cual es la relativa a la condición de hipoteca de primer rango, obligando con ello a reducir aquel saldo o a compensarlo con la introducción de activos de sustitución.

2) La modificación en la situación de cargas preferentes sobre la finca hipotecada

Parece obvio que el valor de un bien inmueble depende tanto de su situación física como de su situación jurídica. En este sentido tratándose de fincas gravadas con cargas o derechos reales el valor neto en cambio del bien vendrá determinado por la diferencia entre su valor intrínseco y el importe del saldo vivo de tales cargas al tiempo de su enajenación. Es por ello que algunos autores, como es el caso de Roca Sastre, entienden admisible y aún recomendable fijar un tipo de subasta en base a una cantidad determinada con la precisión de que del mismo se han de descontar las cargas preferentes. Roca Sastre señala al respecto que "el precio que como tipo para subasta se señale debería consistir en la parte restante que resultare del valor real de la finca después de descontado el importe de las cargas y gravámenes que han de subsistir".

No obstante, el propio autor parece advertir los inconvenientes de ello para el caso, que no habrá de ser infrecuente por la posibilidad de que el periodo intermedio entre la constitución y la ejecución de la hipoteca sea dilatado, de que en el ínterin se haya producido alguna variación en el estado de cargas de la finca hipotecada. Por ello añade a su anterior recomendación que "las partes pueden establecer tipos distintos para subasta, combinados con el evento de la desaparición de cargas preferentes".

Ahora bien, si el principio de purga se aplica sólo a las cargas posteriores y no a las anteriores y preferentes, de forma que estas ultimas subsisten y el rematante se subroga en ellas sin destinarse a su pago el precio del remate, es claro que esta circunstancia, la del estado de cargas de la finca al tiempo de la subasta, obliga al licitador a descontar de su oferta el importe de tales cargas, corriendo de su cargo y cuenta tomar la diligencia precisa para su averiguación, más allá incluso de lo que resulte de la certificación registral de cargas aportada a los autos, por la razón antes apuntada de posible existencia de cargas registralmente opacas sobre la finca. Nuevamente es la dinámica propia de la subasta la que debe aquilatar el peso que sobre el valor de la finca pueda tener la situación de cargas y en general la situación o estado jurídico de la finca. En este sentido el estudio de la oferta o postura deberá ser más amplio, incluyendo aspectos como el de la situación urbanística de la finca, su situación arrendaticia, de sujeción a la legislación especial de protección oficial, etc.

3) Otras modificaciones físicas o jurídicas de la finca hipotecada

La conclusión anterior sobre la virtualidad actualizadora del valor de la finca hipotecada al tiempo de su ejecución propia de la subasta cabe extenderla a cualquier otro supuesto de modificación física o jurídica del inmueble sobrevenida respecto del momento de la constitución del gravamen y que subsista al tiempo de la ejecución. Estas modificaciones pueden estar asociadas a multitud de circunstancias. Así entre las físicas cabe destacar la posible existencia no sólo de las mejoras o edificaciones construidas a que antes se hizo alusión, sino también el supuesto contrario de los deterioros o desperfectos sufridos por la finca o incluso su declaración de ruina, que obliguen al ejercicio de una acción de devastación, o la incorporación a la finca de maquinaria u objetos muebles adscritos a alguna industria o explotación desarrollada en el inmueble, mediando pacto de extensión a los mismos de la hipoteca (cfr. artículo 111 nº 1 L.H.) o la agregación de nuevos terrenos por accesión natural, incluso en este caso sin necesidad de pacto de extensión (cfr. artículo 110 nº 1 L.H.).

Entre las circunstancias jurídicas que el licitador habrá de ponderar se encuentran no sólo la situación en cuanto a las cargas preferentes vivas al tiempo del remate, sino también otras fundamentales como las relativas a su situación urbanística (no es lo mismo un solar edificable para cualquier uso que otro con limitaciones urbanísticas, o un edificio conforme a ordenación o fuera de ordenación),

su situación arrendaticia (especialmente en el caso de arrendamientos de viviendas sujetas a la legislación de 1964 o con periodos de duración prolongados), y la situación administrativa en relación a la legislación de viviendas de protección oficial o de precio tasado o sujeta a determinados retractos urbanísticos o a un derecho de reversión expropiatorio, así como la situación tributaria en relación al impuesto sobre bienes inmuebles, etc.

En cualquiera de estos casos, cabe concluir, será la celebración de la subasta la que permita en conjunción con la diligencia e interés de los licitadores, conjugar en un precio único y final el valor de la finca, sin que resulte prudente ni proporcionado ni práctico tratar de aquilatar el conjunto heterogéneo de todas estas circunstancias mediante complicadas previsiones en la escritura de constitución de la hipoteca al tratar de fijar el tipo de la subasta.

E) DIFERENTES MODALIDADES DE FIJACIÓN DEL TIPO PARA SUBASTA.

Como se ha indicado anteriormente el precio o tipo para subasta lo fijan libremente los interesados, sin perjuicio de los límites impuestos por la legislación del mercado hipotecario para el caso de que el crédito hipotecario se pretenda utilizar como cobertura de una emisión de títulos hipotecarios, a lo que nos referiremos posteriormente.

Esta libertad de fijación del tipo responde a que lo pretendido por la norma no es tanto establecer una tasación de la finca ajustada a su valor real, cuanto fijar una cifra que sirva de tipo de licitación. Por tanto, no podrá impugnarse el tipo señalado sobre la base de demostrar que es inexacto y no refleja fielmente el valor del bien ni aun de forma aproximada. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1924 atribuye a la señalización del tipo el carácter de mero requisito procesal sin que necesariamente deban influir sobre el mismo otras valoraciones por objetivas que puedan ser, como sería el caso de las proporcionadas por el Catastro.

En cuanto a las diversas modalidades de fijación del tipo para subasta cabe agruparlas en las siguientes: 1º la suma de responsabilidad de la finca; 2º doble valor alternativo; y 3º multiplicación de la responsabilidad o del valor de tasación por un porcentaje. Particularmente apropiada para las hipotecas que sirvan de cobertura a emisiones del mercado secundario se manifiesta esta última modalidad. Se trata de una fórmula que consiste en fijar un importe calculado con arreglo a una operación de multiplicación por un determinado coeficiente, generalmente superior a la unidad, el valor de tasación de la finca. Este coeficiente cabe incluso que se sujete a un criterio de actualización lineal en el tiempo o paralelo al índice de precios al consumo.

F) LAS EXIGENCIAS DE LA LEGISLACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO. LA AMPLIACIÓN DE LA HIPOTECA.

a) Se suele destacar de la última fórmula señalada su especial idoneidad desde el punto de vista de la legislación del mercado hipotecario, ya que, como se ha dicho, el coeficiente aplicado generalmente es superior a la unidad, lo que facilita el cumplimiento de la norma impuesta por el artículo 28 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo de desarrollo y regulación de la Ley del Mercado Hipotecario, que impone que el tipo de subasta para el supuesto de ejecución será necesariamente, como mínimo, dicha valoración, la de tasación. En efecto, el citado artículo 28 establece lo siguiente:

"1. Los bienes inmuebles *por naturaleza* sobre los que recaiga la hipoteca deberán haber sido tasados con anterioridad a la emisión de títulos por los servicios de tasación de la Entidad financiera prestamista o de entidades especializadas en tasaciones con arreglo a lo que dispone este Real Decreto.

2. La tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración".

El objeto de esta tasación es el de "estimar de forma adecuada el precio que puedan alcanzar el bien hipotecado de forma que su valor se constituya en garantía última de las entidades financieras y de los ahorradores que participen en el mercado" (art. 34 RMH). Junto a este criterio general existen dos particulares en relación con las viviendas acogidas a algún tipo de protección pública, para las que la tasación no podrá exceder de los límites de rentabilidad o precio de venta que se fijen por la normativa sectorial, y otro para el suelo. Respecto de este último se produce ahora, sin embargo, un grave desajuste entre los criterios de valoración fijados por la legislación del mercado hipotecario que se atienen al empleo útil del suelo en relación con su aprovechamiento óptimo según las posibilidades derecho permitidas en cuanto a su uso y volumen y tomando en cuenta el grado de urbanización, y los criterios que establece a efectos de las expropiaciones urbanísticas la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo que, tras calificar de suelo rústico todo suelo que no sea urbano consolidado o en que no haya concluido la correspondiente actuación de urbanización (cfr. art. 12.2), fija como valor – con independencia de que la causa de la valoración y del instrumento legal que la motive - el resultante de la capitalización de su renta de explotación agraria, lo que dará un resultado claramente inferior al que resulta de los criterios del mercado hipotecario. Esta diferencia es tanto más importante cuando consideramos que se aplica al suelo anteriormente calificado de urbanizable y que ahora se califica de suelo rústico hasta completar su proceso de urbanización, factor que puede haber constituido un coadyuvante en la contracción del crédito que sufre en la actualidad el sector inmobiliario.

La tasación impuesta por el artículo 28 del RMH no constituye una exigencia establecida con carácter general para todo tipo de hipotecas, sino exclusivamente en relación con aquellas que se constituyan conforme a la normativa del mercado hipotecario y que, por consiguiente, podrán servir de base y cobertura para la emisión de títulos hipotecarios. En estos casos los cedulistas, bonistas o partícipes titulares de la emisión tienen como garantía de sus títulos la cartera de créditos hipotecarios de la entidad emisora, y para que esta garantía sea solvente la legislación referida del mercado hipotecario establece unas serie de cautelas. Así la finalidad de los préstamos y créditos que se utilicen en dicha cobertura deberán estar destinados a la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, obras de urbanización o equipamiento social, deberán estar garantizados con primera hipoteca sobre el pleno dominio, no exceder su importe del setenta u ochenta por ciento del valor de la finca, según los casos, no recaer la hipoteca sobre cuotas indivisas del dominio, sino sobre la totalidad de éste, y encontrarse dicho dominio libre de todo tipo de condiciones, prohibiciones o limitaciones de todo tipo (cfr. artículos 24 a 27 del Real Decreto 685/1982).

Pues bien, como uno más de los elementos de garantía y solvencia de la cartera de créditos establecidos a favor de los inversores en títulos hipotecarios se impone que el tipo para subasta no sea inferior, en ningún caso, al valor de tasación de la finca. En cualquier caso, como decimos, se trata de una exigencia restringida a los supuestos en que se constituye la hipoteca con sujeción a la mencionada normativa del mercado hipotecario, lo que, por lo demás, suele quedar reflejado en la propia escritura de constitución, pero exigencia de enorme trascendencia para el funcionamiento del mercado, que obliga a conseguir una valoración objetiva de los bienes para que los mismos constituyan un activo seguro.

Es éste uno de los aspectos en que más énfasis pone el Libro Blanco de la Comisión Europea de diciembre de 2007, planteándose la conveniencia de unificar las normas europeas sobre esta materia, con objeto de generar confianza y no inhibir las operaciones trasnacionales. La importancia del tema también ha sido percibida por la reforma operada por la Ley 41/2007, que hace de este tema uno de sus objetivos principales, explicando su Exposición de Motivos el alcance de la reforma: "el Capítulo III aborda tres ámbitos de actuación respecto de las entidades de tasación, bajo el principio básico de mantener y reforzar la independencia de las mismas. En primer lugar, se concreta el propio fomento de la independencia de las entidades de tasación. Se trata de lograr el establecimiento de un régimen de actuación de las sociedades de tasación que garantice su independencia y la ausencia de conflictos de interés respecto de las entidades de crédito que finalmente conceden los préstamos hipotecarios". Esta nueva regulación creo que es compatible con la prevista en materia de ejecución hipotecaria, en la que no se exige que la tasación para subasta tenga carácter objetivo ni que responda a una valoración profesional. Lo fundamental en esta materia es garantizar el cumplimiento del límite del artículo 28 del Reglamento, evitando que el tipo para subasta se fije por debajo del valor de tasación hecha con arreglo a los criterios de la legislación del mercado hipotecario, extremo que ha de calificar el Registrador con rigor, ya que afecta no sólo a las partes contratantes, sino también a los suscriptores de los títulos hipotecarios del mercado secundario.

Según las Resoluciones de 16 y 17 de junio de 2000 y 22 de marzo de 2001, la tasación a efectos del mercado hipotecario es un requisito previo a la emisión de los valores garantizados, pero no para la constitución previa de la hipoteca, lo que no impide que se realice antes de este momento, en cuyo caso se prevé su constancia registral. Ahora bien, el hecho de que dicha tasación no sea necesaria para la constitución de la hipoteca no es obstáculo para entender que, si efectivamente se ha hecho, su constancia en la inscripción de la hipoteca, sólo es admisible sobre la base del certificado en que conste la tasación, pues la mera manifestación de su existencia no acreditada carece por sí sola de toda relevancia registral. Estamos aquí en presencia de una cautela básica en orden a prevenir situaciones de sobretasación, lo cual requiere expertización e independencia en las valoraciones, objetivo asumido por la reforma operada por la Ley 41/2007, así como certeza en los resultados a través de un sistema de acreditación documental por medio de las oportunas certificaciones.

b) Por otra parte, si importante es conocer el valor de la finca que sirve de objeto a la hipoteca, también lo es que en caso de que aquella disminuya de valor, la hipoteca pueda ser ampliada a un objeto distinto. Por ello, el artículo 29 del RMH prevé que si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20 por 100, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación podrá exigir del deudor hipotecante la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza. En caso de que trascurridos dos meses desde el requerimiento hecho a tal fin el deudor no hubiere realizado la ampliación, ni devuelvo la parte proporcional del préstamo, se entenderá que opta por la devolución de la totalidad de su importe, que será inmediatamente exigible. Los tenedores de los títulos podrán instar a la entidad acreedora a ejercitar contra el deudor primario la citada acción. Se trata de una acción extrajudicial, distinta de la acción judicial de devastación del artículo 117 LH. Ahora bien, si surgiese oposición por parte del deudor sobre el hecho base de la existencia de la reducción del valor de la finca o de su cuantía, no parece que pueda invocarse el automatismo en el efecto de vencimiento anticipado del préstamo, por lo que el acreedor habría de acudir a algún procedimiento judicial, siendo lo lógico que éste fuese precisamente el propio de la acción de devastación.

Si el deudor primario optase por la devolución inmediata de la totalidad del préstamo, el RMH reconoce a los tenedores de los bonos y participaciones hipotecarias el derecho al pago del importe de sus títulos sin esperar a su vencimiento (art. 29.2).

5. LA EXISTENCIA DE UN PLENO DOMINIO LIBRE DE CARGAS SOBRE EL BIEN A FAVOR DEL DEUDOR O HIPOTECANTE NO DEUDOR.

A) LA EXIGENCIA DEL PLENO DOMINIO SOBRE LA FINCA

Dispone a este respecto el articulo 5 de la Ley 2/1981 que los préstamos y créditos a que se refiere esta Ley habrán de estar garantizados, en todo caso, por hipoteca inmobiliaria constituida sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca. Si sobre el mismo inmueble gravasen otras hipotecas o estuviere afecto a prohibiciones de disponer, condición resolutoria o cualquier otra limitación del dominio, habrá de procederse a la cancelación de unas y otras o a su posposición a la hipoteca que se constituye previamente a la emisión de los títulos. Completan esta regulación el artículo 27 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrolla la Ley, el cual admite en su apartado segundo que la finca hipotecada pueda pertenecer a distintas personas en participaciones indivisas, o con titularidad sobre los derechos integrantes del dominio, siempre que la hipoteca se haya constituido sobre la totalidad de las participaciones o derechos como una sola, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217 del Reglamento Hipotecario.

Por su parte, la nueva redacción del artículo 5 de la Ley 2/1982, tras la reforma de 2.007, señala que reglamentariamente se determinarán los bienes que no podrán ser admitidos en garantía, debido a que por su naturaleza no representen un valor suficientemente estable y duradero – sin que en ningún caso puedan ser excluidos como bienes hipotecables las viviendas de carácter social que gocen de protección pública -. El desarrollo reglamentario a que se remite el citado artículo 5 de la Ley se contiene en la actualidad en el artículo 31 del Reglamento, del que resulta que no pueden ser admitidos en garantía, por no representar un valor suficientemente estable y duradero, los siguientes bienes y derechos: 1º el derecho de usufructo; 2º las concesiones administrativas; 3º los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y semejantes; 4º y los edificios y las instalaciones situadas fuera de ordenación urbana y los terrenos sobre los que se hubieren autorizado obras de carácter provisional, de acuerdo con la normativa urbanística. Además, en todo caso, se ha de tratar de bienes inmuebles que lo sean por naturaleza, y no por simple destino (cfr. art. 28 R.M.H.).

Llama la atención, como ha indicado Valle Muñoz[15], que no sean "aptos" los préstamos y créditos concedidos sobre el derecho de superficie, dado que la duración que usualmente tiene este derecho excede con mucho el plazo medio de amortización de las hipotecas, y las importantes finalidades sociales que puede cumplir. En este sentido el artículo 35 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo pretende dar un impulso a este derecho, señalando que "El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no

podrá exceder de noventa y nueve años". El derecho de superficie, en consecuencia, puede ser una buena herramienta para desarrollar planes de viviendas sociales a precio asequible, por lo que la exclusión ahora examinada, resulta contradictoria con la limitación que respecto de la exclusión o falta de aptitud de los bienes hipotecables establece el artículo 5 de la Ley a favor de las viviendas de carácter social que gocen de protección pública. Es más, el hecho de que el valor del suelo no se repercuta en el precio de la vivienda adquirida en régimen de derecho superficiario determina que tanto el LTV (*"loan to value"*) de los préstamos destinados a su adquisición, como el índice de esfuerzo de amortización para el prestatario, en términos de absorción de renta disponible, resulte inferior a la media de los préstamos hipotecarios y, por tanto, a igualdad del resto de condiciones, con mejor pronóstico de no sufrir insolvencias o incidencias de cobro.

Desde otra perspectiva, en mi opinión, se queda corta la exclusión relativa a los edificios e instalaciones situadas fuera de ordenación, ya que si lógica es tal exclusión, más lo es todavía el caso de edificios e instalaciones contra las que se siga cualquier procedimiento infractor del que pueda resultar una orden de demolición y reposición del terreno a su estado anterior.

Por el contrario, la reforma introducida por la Ley 41/2007 ha traído la novedad de permitir que los bienes dados en garantía no estén radicados en España. En efecto, el párrafo tercero del artículo 5 de la Ley reguladora del Mercado Hipotecario admite que dentro de los préstamos y créditos a que se refiere este artículo puedan incluirse aquellos otros que estén garantizados por inmuebles situados fuera de España, pero dentro de la Unión Europea mediante garantías de naturaleza equivalente a las que se definen en esta misma Ley.

El Proyecto de Reglamento actualmente en estudio establece que la equivalencia de las garantías se apreciará atendiendo a los siguientes requisitos, a cumplir por dicha garantía o por el régimen jurídico que la regule: a) la hipoteca o derecho dado en garantía será jurídicamente válido y eficaz en todas las jurisdicciones relevantes en el momento de la conclusión del contrato de préstamo o crédito y habrá sido documentado por escrito en tiempo y forma; b) el régimen jurídico que regule la garantía establecerá la obligación de valoración previa del inmueble que sirve de garantía por un tasador independiente de la entidad de crédito prestamista, entendido como una persona que posea las cualificaciones, capacidades y experiencia necesarias para efectuar una tasación y que sea independiente del procedimiento de decisión crediticia.

Además, se establecen otros dos requisitos de equivalencia que se refieren al procedimiento de ejecución o realización de valor. En concreto se exige: 1º que el acuerdo de garantía y el procedimiento jurídico en que se sustenta permitirán a la entidad de crédito acreedora liquidar el valor de la garantía *por su propia cuenta* en un plazo razonable ante una situación de impago; y 2º que el régimen jurídico que regule la garantía contemplará la existencia de mecanismos suficientes para garantizar la obtención de un precio justo en la ejecución de la garantía.

B) LA EXIGENCIA DE LA LIBERTAD DE CARGAS Y GRAVÁMENES

Por otra parte, se exige que el pleno dominio gravado esté libre de cargas, de forma que si sobre el mismo inmueble existiesen otras hipotecas o estuviere afecto a prohibiciones de disponer, condición resolutoria o cualquier otra limitación del dominio, habrá de procederse a la cancelación de unas y otras o a su posposición a la hipoteca que se constituye previamente a la emisión de los títulos. Se trata de una exigencia que responde al principio de purga o liberación de las cargas posteriores a la hipoteca ejecutada y al recíproco de la subsistencia de las cargas o gravámenes

anteriores, y por ello se debe estudiar de forma conjunta con el requisito relativo al rango preferente de la hipoteca de cobertura. Ahora bien, antes de abordar este tema, resulta conveniente advertir del peligro que representan en este sentido las limitaciones legales del dominio que pueden actuar en la práctica como verdaderas cargas ocultas.

C) LAS LIMITACIONES LEGALES DEL DOMINIO COMO CARGAS OCULTAS

Antes de que concluyera el siglo XIX, Gierke ya había reaccionado contra las definiciones del derecho de propiedad de carácter absoluto y unitario procedentes del Derecho Romano y de la Revolución francesa, que pretendían tener validez para toda clase de objetos: «Que un pedazo de nuestro planeta -decía refiriéndose a la propiedad inmobiliaria- pueda pertenecer a un sólo hombre como si se tratara de un paraguas o de un billete de florín, es un contrasentido que ofende a la cultura».

Esta idea de modalizar el contenido del derecho de propiedad según su objeto e imponerle límites en ciertos casos, ya aparece con fuerza en los textos constitucionales contemporáneos que mantienen la propiedad como uno de los fundamentos del orden social, pero ya no confiere más que prerrogativas limitadas. Es un derecho mediatizado por el interés general de la comunidad, que priva a aquél de su fundamento individualista.

La Constitución alemana (1949) enuncia esta concepción en términos concluyentes, al decir que «Propiedad obliga. El uso de la propiedad debe contribuir al mismo tiempo al bien de la colectividad». Igual idea late en el artículo 42 de la Constitución italiana: «la propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley que determina sus modalidades de adquisición, de disfrute, así como los límites, a fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos».

Nuestra Constitución de 1978 responde a esta misma evolución. Así su artículo 33 tras reconocer el derecho a la propiedad privada y a la herencia, declara que «la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes». Esta proclamación de que la función social delimita su contenido con arreglo a las leyes, sirve para dar cobijo, por su amplitud y flexibilidad, a todas las formas de limitaciones y vinculaciones positivas de la titularidad dominical impuestas en las leyes especiales o administrativas, que en su conjunto integran lo que se ha denominado el «régimen administrativo de la propiedad privada», y que se integra por diversos instrumentos o técnicas, ya se trate de limitaciones administrativas de la propiedad propiamente dichas, ya de servidumbres administrativas, ya de deberes funcionales o prestaciones obligatorias «in natura».

Ya en el siglo XIX Gierke, en la doctrina alemana adelantaba la conveniencia de distinguir entre límites o confines, y limitaciones «strictu sensu» - o comprensión, ablación o mutilación- del derecho de propiedad. Los límites señalan el punto normal hasta donde llega el poder del propietario, o sea, el régimen ordinario de restricciones a que está sujeto el poder del «dominus». Estos «límites» o confines de la propiedad determinan concretamente el ámbito de las facultades de su titular, y vienen a permitir el cumplimiento de la función social a que está llamado el derecho. Por el contrario, las «limitaciones» reducen en casos singulares el poder que normalmente -dentro de los límites- tiene el propietario sobre la cosa.

La distinción es importante porque los límites, por referirse al régimen normal de la propiedad, existen sin necesidad de un acto especial que los establezca en cada caso, y por ello las prohibiciones legales y las servidumbres de origen legal, en principio, no necesitan estar inscritas para perjudicar a terceros. Así, cuando el artículo 26 de la Ley Hipotecaria se refiere a las prohibiciones de disponer o

enajenar, afirma en su norma 1ª que «las establecidas por la ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial, y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio». Es decir, producirán sus efectos sin necesidad de publicidad registral por tratarse de los límites normales de la propiedad. Por la misma razón, el artículo 37 nº 3 LH indica que las acciones de retracto legal se darán incluso contra tercero que haya inscrito el título de su derecho.

Por el contrario, las limitaciones han de quedar establecidas mediante un acto especial de constitución referido a una cosa determinada, y sólo puede perjuciar a tercero si han sido objeto de la correspondiente publicidad, y su existencia ha de ser objeto de prueba en cada caso, porque la propiedad se presume libre.

No obstante esta distinción algunos autores (Puig Brutau[16], Peña), con referencia a la propiedad inmueble urbana, entienden que las disposiciones que establecen límites legales son tan variadas y cambiantes, que pueden ser calificadas de limitaciones, a pesar de tener su origen en disposiciones legales de carácter general.

Las tres categorías fundamentales en que se agrupan las limitaciones dominicales son:
1º las limitaciones administrativas de la propiedad en sentido estricto; 2º las servidumbres administrativas; y 3º los deberes funcionales. Además algunos autores segregan del concepto de las limitaciones del dominio lo que denomina como «modificaciones singulares del contenido ordinario» del derecho de propiedad, entendiendo que se producen, entre otros supuestos, por el sometimiento del contenido del dominio a un estatuto distinto que puede presentar carácter típico o estandarizado (caso, p. ej. de las Viviendas de Protección Oficial). Este conjunto de limitaciones del dominio puede llegar a ser tan intenso que en la doctrina francesa Hauriou llega a decir - -quizás con un punto de exageración- que «el propietario de nuestro tiempo deja de ser un soberano para convertirse en un servidor de la sociedad, casi en un funcionario, cuya especial retribución vendría a ser el derecho a disfrutar las rentas de la cosa». De hecho ante la situación actual de enorme proliferación de las diversas limitaciones legales del dominio, lo que cabe plantearse es hasta dónde pueden llegar tales limitaciones, o en otros términos cuál es el contenido esencial de la propiedad privada que como último reducto no puede quedar sujeto a restricciones, sin llegar a desnaturalizar el propio concepto de dominio.

El punto de partida para resolver esta cuestión la determina el art. 53 nº 1 de la Constitución, según el cual sólo por ley, que además deberá respetar su «contenido esencial», podrá regularse el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo 2º del Titulo I de la Constitución, entre ellos, el derecho de propiedad sancionado en el artículo 33. Este precepto, al margen de la reserva de ley que establece -en virtud de la cual toda limitación debe contar con una previa habilitación legal- establece que toda limitación deberá respetar el «contenido esencial» del derecho de propiedad. Esta expresión, de origen alemán (art. 19 nº 2 Ley Fundamental de Bonn), es un típico concepto jurídico indeterminado, que se ha de concretar en cada caso a través del control último del Tribunal Constitucional (art. 53 nº 1 de la Constitución se remite al art. 161 nº 1 a) de la misma).

Pues bien, la importante Sentencia Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 distinguió, para la determinación del contenido esencial de un derecho, entre el punto de vista dogmático o del tipo de derecho de que se trate y el de los intereses y finalidades que el derecho protege: a) desde el punto de vista dogmático será aquella parte del contenido que permita reconocer al derecho como perteneciente al tipo dado; b) desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses, el contenido

esencial de un derecho será aquél que resulte necesario para que queden protegidas las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir. Aplicando estas ideas al derecho de propiedad cabría decir que, desde la segunda perspectiva de la jurisprudencia de los intereses, lo único que se puede afirmar de forma abstracta es que el legislador no podrá llegar a anular la utilidad individual derivada del derecho de propiedad sobre la clase de bienes de que se trate.

El Tribunal Constitucional viene reproduciendo en todas las sentencias en que se plantea esta cuestión la doctrina que sentó en su Sentencia de 26 de marzo de 1987, en la que declaró que *«la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social* -concluye el Tribunal Constitucional -*definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes». (fº jurídico 2º).*

Sobre esta jurisprudencia creo oportunas dos últimas observaciones:

1) El equilibrio entre utilidad individual y función social en algún caso se escora claramente, a mi juicio, en la jurisprudencia constitucional en favor del segundo concepto. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de1991 sobre la Ley de Costas en cuya Disposición Transitoria 1ª se verifica *«ex lege»* una conversión de propiedad privada en mera concesión administrativa que el Constitucional avala como válida;

2) No dejan de observarse importantes disentimientos en el criterio de los Magistrados del Tribunal Constitucional sobre esta compleja cuestión. Así, en la reciente Sentencia de 17 de marzo de1994 en la que se examina desde la perspectiva de una posible vulneración del artículo 33 de la Constitución el régimen de prórroga forzosa establecido por la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, el Tribunal entiende que dicho régimen no representa *«per se»* una pérdida esencial o vaciamiento de la utilidad económica del bien arrendado, sino que dicha pérdida procede de la falta de cumplimiento de la previsión de actualización de la renta o merced arrendaticia, y que la limitación que implica la prórroga forzosa arrendaticia queda dentro de las facultades del legislador y justificada por la función social que a la propiedad atribuya el art. 33 de la Constitución.

Sin embargo, frente a este criterio mayoritario se firmó un voto particular por tres Magistrados, en el que afirmaban que *«el Tribunal no puede eludir decir cuál es el núcleo de utilidad meramente individual del derecho de propiedad -porque alguno tiene que haber - cuya pervivencia tras la acción del legislador es indispensable para que la propiedad inmobiliaria sea reconocible como perteneneciente al tipo constitucional descrito, más allá de la «pluralidad de propiedades» en que se diversifica la institución dominical. Esta labor de interpretación constitucional se evita afrontar, viniendo a dejar en manos del legislador ordinario, en aras de la función social de la propiedad, la definición del contenido esencial de las «propiedades» o distintos tipos de propiedad, al establecer para cada una de ellas su propio y específico régimen jurídico, renociéndole además una gran disponibilidad o libertad de configuración. En definitiva, el contenido esencial de la propiedad, será*

lo que diga el propio legislador en cada caso. Así, huérfano de todo referente «ex Constitucione», la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de «contenido esencial» de que habla el art. 53 de la Carta Magna se desvanece y volatiliza».

Todo ello plantea, finalmente, de forma aguda el problema de la necesidad o no de publicidad registral de las limitaciones legales del dominio. Este tema se suscitó inicialmente circunscrita la discusión a un tipo de limitaciones concretas, los tanteos y retractos legales, que según la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo en su célebre Sentencia de 17 de diciembre de 1955 son limitaciones a modo de cargas de Derecho Público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, y cuyas conclusiones son extrapolables a la mayor parte de las limitaciones legales del dominio.

Se enfrentan en esta cuestión las posiciones ya clásicas de Roca Sastre y Tirso Carretero. Para el primero, los tanteos y retractos legales son «restricciones o delimitaciones» de la propiedad que al ser estatuidos por la ley gozan de una publicidad superior a la que el Registro de la Propiedad les pueda proporcionar, haciendo superflua su inscripción. De ahí que el art. 37 nº 3 de la Ley Hipotecaria admita que puedan darse contra terceros, aún sin estar inscritos, las acciones de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen. Refuerza Roca su tesis alegando que la misma tiene apoyo no sólo en el artículo citado, sino también en el art. 5 nº 3 del Reglamento Hipotecario que exceptúa de inscripción a las servidumbres legales que tengan por objeto «la utilidad pública o comunal», y en el art. 26 nº 1 de la Ley Hipotecaria que al hablar de las prohibiciones de disponer de origen legal establece que «no necesitarán inscripción separada y especial, y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio». Frente a esta tesis de las «delimitaciones» legales, se opone la mantenida por Tirso Carretero, fundado en razones de tipo histórico[17].

La tesis de Roca aparece avalada por la literalidad de los preceptos en que se apoya, pero también resulta cierto como señalaba Tirso que la reforma de 1.909 no resultaba demasiado perturbadora, en su fecha, porque se refería a no pocos retractos legales «visibles», que resultaban de las propias inscripciones (colindantes, comuneros, enfiteúticos), pero resulta peligroso o contrario a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario en una época como la actual de proliferación de supuestos de retractos legales y de limitaciones del dominio de todo tipo, que no son visibles, ni fácilmente determinables, y sometidos a regímenes jurídicos muy diversos entre sí. Hay que recordar la finalidad básica de publicidad del Registro de la Propiedad que trata de proscribir las llamadas «cargas ocultas», y comprender que por razones de seguridad jurídica (art. 9 nº 3 CE) las limitaciones públicas deben ser limitaciones «publicadas» (en feliz expresión de Chico Ortiz), teniendo en cuenta que la publicidad de la ley suele ser insuficiente para lograr un conocimiento efectivo de la limitación dominical que puede afectar a un determinado bien concreto, lo cual constituye el verdadero fundamento de su eficacia «erga omnes».

Hoy este nuevo criterio se ha abierto paso en la legislación vigente, en la que encontramos numerosas referencias al Registro de la Propiedad en materia de publicidad de las aludidas limitaciones legales. A título de mero ejemplo se pueden citar las siguientes:

1. Ley del Patrimonio del Estado de 1.964 (cfr. art 45): en la inscripción de cesiones gratuitas realizadas por el Estado ha de hacerse constar el «derecho de reversión» que al mismo le corresponde en caso de incumplirse los fines para los que los bienes fueron cedidos. El mismo criterio asumen los arts. 109 a 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 y la más reciente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

2. Ley de Costas de 1988 y su Reglamento de 1989 (cfr. art 23 nº2): se prevé la publicidad de la denominada servidumbre de protección por medio de la anotación preventiva de incoación del deslinde.

3. La Ley del Suelo de 1.992 (cfr. arts 291 y 296, y hoy sus correlativos preceptos autonómicos) prevé la publicidad registral de la existencia de los tanteos y retractos legales que consagra, mediante la remisión por el Ayuntamiento al Registro de la Propiedad de los planos que delimitan las «áreas» sobre las que recaen tales derechos, con especificación de los propietarios y bienes afectados, para su debido reflejo registral.

A lo cual se ha de añadir el amplio elenco de actos urbanísticos inscribibles definido por el art. 307 de la mencionada Ley del Suelo, que viene a integrar lo que se podría definir como materia urbanística registrable, y que comprende lo siguiente:

1.- Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización.

2.- Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos por las leyes o como consecuencia de trasferencias de aprovechamiento urbanístico.

3.- La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de aquellos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de sanciones impuestas.

4.- Las condiciones especiales de concesión de licencia, en los términos previstos por las leyes.

5.- Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico.

6.- La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias.

7.- Las sentencias firmes en que se declare la anulación que se refiere el número anterior cuando se concreten a fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento.

8.- Cualquier otro acto administrativo que en desarrollo del planeamiento de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio de cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas.

Ejemplo paradigmático de esta evolución es el cambio de criterio que asume, en cuanto a publicidad registral de los Convenios urbanísticos, la Ley 6/1998, de 13 de abril, del Suelo al condicionar su eficacia frente a terceros a su inscripción en el Registro de la Propiedad cuando el contenido del Convenio pueda dar lugar a una mutación jurídico-real (art. 21 nº1).

Pero junto a ellas, otras limitaciones legales del dominio, incluidas las propias del planeamiento urbanístico, permanecen extramuros del Registro, generando una situación de inseguridad jurídica que no beneficia la transparencia y solidez del mercado secundario, por lo que, también por este motivo, cabe abogar una vez más por la publicidad registral de tales limitaciones.

6. CONSTITUCIÓN DE UNA GARANTÍA HIPOTECARIA CON RANGO DE PRIMERA HIPOTECA

Como vimos, el artículo 5 de la Ley del Mercado Hipotecario exige para que un crédito pueda servir de cobertura a emisiones de títulos hipotecarios, que esté garantizado con "hipoteca inmobiliaria constituida con rango de primera", de forma que no podrán pesar sobre el inmueble otras cargas, y si las hubiere previamente a la emisión de los títulos deberán haber sido canceladas o pospuestas a la hipoteca de cobertura. Se trata de una exigencia unánimemente consagrada por el Derecho Comparado, a pesar de que hay quien sostiene la falta de fundamento de la norma en algunos supuestos, entendiendo que las segundas hipotecas pueden ser tan solventes como las primeras. En este sentido se ha pronunciado Valle Muñoz, para quien una segunda hipoteca sobre una finca de gran valor, con una primera hipoteca antigua por pequeño importe, no hay duda de que ofrece una garantía similar a la de una primera hipoteca, por lo que a la larga se está disminuyendo las posibilidades de dinamizar el mercado sin merma de las garantías de los titulares. Podrá decirse que la ejecución de la primera conlleva la extinción de la segunda hipoteca, pero el acreedor tiene derecho al sobrante por lo que su situación es muy similar a la de aquel acreedor a quien le subrogan el crédito o simplemente lo cede o ve como es objeto de amortización anticipada, situaciones éstas en que, hasta que se produzcan, podrá el crédito haber servido de cobertura. La inflexible exigencia legal hay que entenderla, no obstante, en clave de garantizar al máximo de lo posible la solvencia de la hipoteca de cobertura, dada la importancia capital que en el Derecho Inmobiliario Registral tiene el principio de prioridad. Además, este requisito ha cobrado nuevo fundamento a raíz de la introducción por la Ley 41/2007 en nuestro Derecho de la figura de la "hipoteca recargable" por la vía de la ampliación de capital de los préstamos, de forma que el tramo de la ampliación – siempre que no se supere la cifra de responsabilidad hipotecaria – tendrá el mismo rango que la hipoteca ampliada, lo que penaliza el mercado de segundas hipotecas por la incertidumbre que crea en la determinación del verdadero importe del gravamen preferente.

Pero, en congruencia con la finalidad pretendida, no basta con que inicialmente la hipoteca de cobertura se haya constituido con el carácter de primera, sino que, además, es necesario que este rango prioritario se mantenga durante toda la vida de la hipoteca. Por ello, el RMH se ocupa de neutralizar la posible pérdida sobrevenida de eficacia jurídica de la hipoteca prohibiendo a las entidades emisoras realizar negocios de posposición de las hipotecas existentes a su favor en garantía de créditos afectados al pago de bonos o que hayan sido objeto de alguna participación hipotecaria, sin el consentimiento de los tenedores de estos títulos. Hasta la reforma de la Ley 41/2007 en el caso de los bonos era suficiente el consentimiento del Sindicato de los Tenedores de los Bonos, lo cual ahora no será posible en el caso de emisiones de bonos realizadas sin la constitución del Sindicato, constitución que ha pasado a ser potestativa.

Igual limitación y por el mismo fundamento se establece respecto de los siguientes actos jurídicos: a) cancelar voluntariamente las hipotecas, por causa distinta del pago del crédito garantizado; b) renunciar o transigir sobre tales hipotecas; c) novar el crédito garantizado, condonarlo en todo o en parte o prorrogarlo, y d) en general, realizar cualquier acto que disminuya el rango, la eficacia jurídica o el valor económico de la hipoteca o del crédito. Estas limitaciones tienen una lógica clarísima, pero la supresión de la constancia registral de las emisiones de bonos y la restricción de tal constancia respecto de las participaciones a las de circulación abierta, que pueden ser suscritas por el público en general, pero no para las de circulación restringida a los inversores institucionales, hace que la única garantía para los inversores de que la hipoteca no pierda eficacia jurídica o valor

económico es el propio autocontrol del emisor, impidiendo que el Registrador actúe a través de su función cautelar de seguridad jurídica preventiva, garantizando el cumplimiento de aquellos límites. Este extremo es importante, porque así como no parece exista grave riesgo de que las entidades emisoras realizan actos de prodigalidad con sus activos hipotecarios como la renuncia o la cancelación voluntaria, por el contrario son supuestos frecuentes del tráfico hipotecario en la actualidad tanto la subrogación de un tercer acreedor en su posición por iniciativa del deudor, lo que, siempre que se haya certificado el saldo pendiente y se haya cobrado, no resulta conflictivo desde el punto de vista de la legislación del mercado secundario, pero sí en caso contrario, como la novación modificativa con reducción del tipo de interés o mejora de otras condiciones financieras para el deudor, al amparo de la Ley 2/1994, lo que incide directamente en la prohibición examinada y, en consecuencia, disminuye la garantía del inversor.

A) EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL Y SU MANIFESTACIÓN A TRAVÉS DE LA PURGA DE CARGAS POSTERIORES

Dentro del análisis funcional y dinámico de la hipoteca, se ha de comenzar destacando las interacciones de la hipoteca ejecutada con los restantes derechos y cargas que gravitan sobre la misma finca. En este sentido, el criterio determinante del régimen jurídico aplicable para regular dichas relaciones viene dado por razón del rango o preferencia registral que corresponda a la hipoteca ejecutada en relación con dichas cargas y gravámenes, aplicándose el principio de purga respecto de las posteriores y de subsistencia de las anteriores o preferentes.

El principio de purga de las cargas posteriores es el que da fundamento al mandato de cancelación de los asientos practicados con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, si bien este último está sujeto a algunas excepciones, que sólo deben admitirse cuando estén claramente justificadas dado el peligro de distorsión para la seguridad del tráfico que en otro caso podrían generar.

B) EL TÓPICO DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE LA PURGA DE LAS CARGAS POSTERIORES

Estas excepciones pueden estar basadas en tres órdenes de causas: bien tratarse de inscripciones que cuestionan la validez de la propia hipoteca de que trae causa la adjudicación, o bien se trata de asientos que no reflejan "carga o gravamen" alguno, por no implicar restricciones a las facultades del dominio sobre la finca, sino que se refieren a la configuración física o jurídica de la misma, o bien, finalmente, se trata de cargas preferentes a la hipoteca a pesar de estar reflejadas en asientos posteriores.

Los supuestos más destacados son: a) los derechos posteriores respecto de los que se haya pospuesto la hipoteca, b) asientos posteriores que deriven o procedan de otros anteriores a la hipoteca, c) inscripciones modificativas de otras anteriores a la hipoteca (novaciones modificativas de hipoteca conforme a la Ley 2/1994), d) asientos posteriores relativos a procedimientos judiciales en que se ventile la nulidad del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria seguido o la nulidad de la hipoteca o la extinción de la obligación garantizada, y e) inscripciones de excesos de cabida, obras nuevas y de divisiones horizontales.

Existen, no obstante, una serie de supuestos de solución dudosa en cuanto a la posibilidad de cancelación o no de los asientos que los reflejan siendo posteriores a la hipoteca ejecutada, dudas basadas en la existencia de criterios de preferencia legal, en muchos casos discutida, de aquéllas

sobre éstas. Los casos más importantes son los derivados de las relaciones institucionales entre la hipoteca y el concurso de acreedores, los créditos singularmente privilegiados (por salarios y por gastos adeudados a la comunidad de propietarios) y los arrendamientos. La Ley del Mercado Hipotecario de 1981 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 puede estimarse que han resuelto gran parte de estas dudas, como vamos a comprobar en el siguiente apartado.

C) LA CLARIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 2/1981 SOBRE MERCADO HIPOTECARIO Y POR LA LEY 1/2000, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Novedad de gran calado en esta materia es la que introdujo el artículo 134 de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por la Ley 1/2000. Literariamente la modificación es mínima, pero el alcance de la misma presenta una notable transcendencia práctica.

En efecto, se mantiene el principio de purga de cargas posteriores y la cancelación, en su consecuencia, de los gravámenes inscritos con posterioridad a la hipoteca. Sin embargo, donde la regla 17ª del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria decía *"en su caso"* [refiriéndose a la cancelación de tales cargas posteriores], el nuevo artículo 134 (versión Ley 1/2000) dice *"sin excepción"*. Cierto es que en el párrafo segundo de este artículo se establece una prerrogativa a dicha regla respecto de "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", pero el limitado alcance de esta excepción lo que hace es precisamente reforzar la regla general.

En nuestra opinión, esta novedad es positiva en cuanto a la tendencia que marca, pero entendemos que no puede ser aplicada en su pura literalidad por contradecirlo la naturaleza de alguno de los derechos que puede estar inscrito con posterioridad a la hipoteca. La parte positiva radica en la eliminación de alguno de los supuestos que anteriormente se venían catalogando como de dudosa cancelabilidad. Los supuestos que se aclaran son los siguientes:

a) cancelación de inscripciones de concurso posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ejecuta. Esta afirmación no se apoya exclusivamente en la redacción que dio al artículo 134 de la Ley Hipotecaria reformado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino en un precepto más específico del que resultaría como corolario aquella cancelación que deriva genéricamente de dicho artículo. Nos referimos en particular al artículo 568 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil que erradica las dudas que habían atormentado a gran parte de la doctrina y que habían hecho vacilar a la misma jurisprudencia. Disponía este precepto, bajo la rúbrica de "Suspensión en caso de situaciones concursales", que "El tribunal suspenderá la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra". Sin embargo, añadía lo siguiente: "Por excepción, tales situaciones no impedirán el inicio de la ejecución singular, si ésta se limitare a los bienes previamente hipotecados o pignorados en garantía de la deuda reclamada, ni la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra dichos bienes, el cual seguirá hasta la satisfacción del acreedor y, en su caso, de los acreedores hipotecarios posteriores, dentro de los límites de sus respectivas garantías hipotecarias, remitiéndose el remanente, si lo hubiere, al procedimiento concursal". Esta clara solución quedará, no obstante, parcialmente limitada en virtud de la reforma concursal llevada a cabo por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, a que más adelante me referiré, y cuya Disposición Final 3ª modifica el artículo 568 de la L.E.C. para señalar que el inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento

ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.

El artículo 568 L.E.C. era una norma contundente que no dejaba lugar a dudas pues, por un lado, no sólo permitía la continuación de un procedimiento de ejecución hipotecaria ya en marcha al declararse el concurso, sino que incluso permitía la iniciación de un procedimiento hipotecario en un momento posterior a la declaración del concurso y, por otro lado, el producto del remate no quedaba afecto exclusivamente a la satisfacción del crédito del actor, sino que se establecía una clara preferencia de cobro a favor de los acreedores hipotecarios posteriores al de la ejecución, de forma que sólo el "sobrante del sobrante", es decir, el remanente que en su caso quede después de pagados el actor y los demás acreedores hipotecarios posteriores, se incorporaba a la masa de la quiebra, remitiéndose por el Juez de la ejecución al de la quiebra.

La novedad tuvo su origen en una enmienda parlamentaria[18] que pretendía, según su propia justificación, dejar claramente sentada la autonomía del crédito hipotecario y las posibilidades de su ejecución independiente en aquellas situaciones concursales en que queda paralizada la ejecución separada de los derechos de los acreedores, y consolida la línea legislativa marcada por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario de 1981 cuyo artículo 10 ya pretendió lograr la inmunidad de la hipoteca respecto de los efectos de la retroacción de la quiebra, cuando no haya mediado mala fe en su constitución, al establecer que "las hipotecas inscritas a favor de la Entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2º del artículo 878 del Código de comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiere sido cómplice de aquél"[19].

Hoy hay que recordar que la nueva regulación del concurso introducida por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ya no prevé la nulidad absoluta de los actos del quebrado realizados durante el periodo de retroacción, sino que sustituye dicho sistema por otro distinto de ineficacia a través de la acción de rescisión que introduce su artículo 71. Además, los titulares de hipotecas quedan al margen del concurso salvo en casos excepcionales, como por ejemplo, en los casos de hipoteca sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad, cuyos titulares no pueden iniciar la ejecución o la realización forzosa hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (artículo 56,1 de la Ley Concursal), excepción que limita pero también confirma la regla general de la ejecución separada de la hipoteca en las situaciones concursales[20]. También podrá continuar la ejecución ya iniciada si al tiempo de la declaración del concurso se hubieran publicado ya los anuncios de la subasta.

b) El segundo supuesto que se aclara es el de *la cancelación de las anotaciones posteriores de créditos privilegiados por salarios* (cfr. artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores). Respecto de estos casos la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado había sentado el criterio, mediante resoluciones prolijamente argumentadas, de que el privilegio no podía ser apreciado de oficio por el Registrador ni por el Juez, dado el carácter rogado de la jurisdicción civil, y que no se comunicaba la preferencia del crédito automáticamente al asiento de la anotación, por lo que debía ser hecho valer mediante tercería de mejor derecho o a través del procedimiento declarativo correspondiente (vid. Resolución de 22 de noviembre de 1988 y 3 de abril de 1998[21]). Ahora, el nuevo artículo 134 de la Ley Hipotecaria con su enfático mandato de cancelación "sin excepciones" viene

a confirmar este criterio, por lo demás avalado por el carácter no suspensivo de las tercerías de mejor derecho sobre el procedimiento de ejecución del que sean incidentes. Es decir, si incluso interpuesta la tercería el procedimiento continúa hasta la realización de los bienes embargados o hipotecados (cfr. artículo 616.1 de la nueva L.E.C. y 1534 de la derogada L.E.C.), con mayor motivo debe proseguir la ejecución hasta su plena culminación en caso de no haberse interpuesto la tercería. La diferencia entre uno y otro supuesto estriba en que, caso de haberse formulado la tercería, el producto del remate "se depositará en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos para reintegrar al ejecutante en las costas de la ejecución y hacer pago a los acreedores por el orden de preferencia que se determine al resolver la tercería" (cfr. artículo 616.1 nueva L.E.C.), en tanto que de no haberse interpuesto la tercería, el precio se aplica al pago del crédito del actor. Pero en ambos casos se procede a la cancelación de las respectivas anotaciones preventivas de embargo posteriores.

c) La misma solución y por los mismos argumentos se ha de aplicar al caso de las *anotaciones preventivas de embargo por los créditos preferentes de la comunidad de propietarios* por el impago de las cuotas de gastos comunes (vid. artículo 9.e) y f) de la Ley de Propiedad Horizontal).

d) Otro supuesto novedoso de cancelación de asientos posteriores que habrá que practicar en base al mandamiento judicial correspondiente es el relativo a las *anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la hipoteca o del procedimiento* practicadas con posterioridad a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, a tenor de lo dispuesto por el nuevo artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, a cuyo supuesto, dada su importancia, le dedicaremos un apartado separado.

e) No quedan, sin embargo, despejadas las dudas en materia de arrendamientos, donde no parece claro que quepa aplicar un criterio automático de cancelación. La compleja situación normativa y jurisprudencial existente sobre la relación entre el derecho del arrendatario y el del adjudicatario no puede entenderse que quede definitivamente decantada en favor de este último de forma automática, pues en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se introduce un incidente a solicitud del adjudicatario tendente a resolver en términos de legalidad ordinaria la existencia y suficiencia del título jurídico del ocupante de la finca hipotecada y subastada, previo a la ejecución de la diligencia de lanzamiento y de entrega de la posesión al rematante o adjudicatario (cfr. artículo 661 y 675 de la nueva L.E.C.), y cuya petición podrá formularse en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble. Con ello se da cumplimiento a las indicaciones que al legislador hizo el Tribunal Constitucional en ocasión de su examen de la constitucionalidad de la regla 17ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en punto al cumplimiento de la diligencia de entrega de la posesión de la finca al adjudicatario existiendo arrendatarios, y a lo que nos referiremos más adelante.

f) Igualmente deben mantenerse las inscripciones relativas a los derechos posteriores respecto de los que se haya pospuesto la hipoteca, los asientos posteriores que deriven o procedan de otros asientos anteriores a la hipoteca, las inscripciones modificativas de otras anteriores a la hipoteca (novaciones modificativas de hipoteca conforme a la Ley 2/1994), así como las inscripciones de excesos de cabida, obras nuevas y divisiones horizontales. En este sentido entendemos que la limitación de subsistencia que proclama el párrafo 2 del nuevo artículo 134 de la Ley Hipotecaria respecto de exclusivamente las "obras nuevas y divisiones horizontales, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones", es una limitación excesiva tanto por excluir las inscripciones de los excesos de cabida, como por preterir de la regla de la subsistencia a las obras nuevas a las que no se extienda la hipoteca. Por otra parte, ya vimos cómo aunque la legislación sobre mercado secundario prohíbe estos negocios de posposición o novación

de hipotecas de cobertura, no garantiza el cumplimiento de esta prohibición, de forma que en caso de infracción tanto la hipoteca pospuesta, como la novada, cuando la novación sea extintiva dando lugar a pérdida de rango – si bien es cierto que esto último ha quedado limitado por la Ley 41/2007 -, habrán de ser canceladas en caso de ejecución de una hipoteca que haya pasado a ser preferente, lo que no sucedería en caso de constancia registral de la emisión.

g) En cuanto a la inscripción de obra nueva posterior en los casos de finca hipotecada sin pacto de extensión, se trata de una inscripción que no puede ser cancelada en méritos a la ejecución de la hipoteca por la sencilla razón de que el vuelo de la finca en cuanto a tales obras nuevas no está hipotecado. Lo que sucede en este caso es que la adjudicación de la finca daría lugar a una extraña figura de dominio dividido, con distintos titulares: uno, del solar, el adjudicatario, y otro, de la edificación, el titular registral de la misma, a la que no se extiende la hipoteca. Esta anómala situación[22] no puede producirse, sin embargo, ni aún con pacto en contrario[23](cfr. art. 112 L.H.), respecto de aquellos casos en que la edificación haya sido realizada por un tercer poseedor, es decir, por un adquirente posterior ajeno a la constitución de la hipoteca en la que simplemente se subroga. Para estos casos la Ley Hipotecaria ha previsto imperativamente un régimen especial basado en la distinción según que la mejora costeada por el nuevo dueño pueda separarse sin menoscabo de la finca o no. En este último supuesto se encuentran los casos de edificaciones levantadas por el tercer poseedor, en cuyo caso, y precisamente con la finalidad de evitar esa anómala situación de dominio dividido antes descrita, procede la ejecución y subasta de la totalidad del suelo y vuelo de la finca (con la obra nueva), cuyo conjunto es el adquirido por el rematante, si bien en compensación se reconoce al tercer poseedor que costeó la obra nueva que no figuraba inicialmente como hipotecada el derecho a cobrar con preferencia sobre el importe del remate, y ello "aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario" (cfr. artículo 113 L.H.)[24]. Por tanto, y en definitiva, puesto que el rematante hace suyo el conjunto de suelo más vuelo, tampoco cabrá proceder a la cancelación de la inscripción de la obra nueva por el mero hecho de ser posterior a la de constitución de la hipoteca.

h) En cuanto a los excesos de cabida, hay que recordar que la hipoteca se extiende naturalmente, es decir, sin necesidad de pacto expreso ni de ser mencionados explícitamente, a la finca en sí misma en toda su extensión, lo que incluye su total cabida aunque sea mayor que la reflejada registralmente en el momento de la inscripción de la hipoteca[25], conforme resulta del artículo 215 del Reglamento Hipotecario, por lo que su subsistencia responde al mismo fundamento en que se basa el nuevo artículo 134 párrafo 2º para excluir de la cancelación a las obras nuevas a las que se refiere, esto es, por extenderse la hipoteca a los mismos como parte de su contenido o extensión objetiva. Y es que, en definitiva, las excepciones a la regla general de purga de cargas posteriores pueden estar basadas, entre otras, en dos órdenes de causas: o bien tratarse de inscripciones que cuestionan la validez de la propia hipoteca de que trae causa la adjudicación, o bien se trata de asientos que no reflejan "carga o gravámen" alguno, por no implicar restricciones a las facultades del dominio sobre la finca, sino venir referidas a la configuración física o jurídica de la misma. Dentro de este segundo grupo deben incluirse los supuestos citados de las inscripciones de excesos de cabida, obras nuevas y divisiones horizontales, en los términos indicados.

Esta interpretación correctora de la literalidad de la norma está facilitada en el caso del nuevo artículo 134 de la Ley Hipotecaria precisamente porque, a pesar de la mención de las obras nuevas y divisiones horizontales que se hace en su párrafo 2º, que induce a confusión, el párrafo 1º se produce con precisión al hablar de cancelación de *"cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores posteriores a ellas"*, en lugar de la expresión mucho más extensa e indiscriminada de la anterior regla 17ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria de *"todas las inscripciones y anotaciones*

posteriores a la inscripción de aquélla [hipoteca]", expresión que, sin embargo, mantiene con carácter general para los procedimiento de ejecución no hipotecarios el artículo 674.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

D) CANCELACIÓN DE LAS ANOTACIONES DE DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA BASADAS EN CAUSAS NO SUSPENSIVAS DE LA TRAMITACIÓN DE LA EJECUCIÓN. CRÍTICA

Otra novedad de gran transcendencia práctica y teórica es la introducida por el párrafo primero del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su versión dada por la Ley 1/2000. Dispone tal norma que *«Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que pueden 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 la certificación de cargas"*. En la redacción inicial del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil esta disposición era todavía más radical al establecer una total prohibición en cuanto a las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca una vez iniciado el procedimiento y publicada dicha iniciación por medio de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, salvo que se basase la demanda en alguno de los limitados supuestos que pueden producir la suspensión de la ejecución.

El cambio a la redacción definitiva se produjo por vía de enmienda en el Senado[26] para aclarar dos cosas: a) que las anotaciones de demanda se podrán practicar aún después de iniciado el procedimiento y por causas distintas de las determinantes de suspensión de la ejecución, "para ganar prioridad si la ejecución se paraliza por pago", y b) que dichas anotaciones se habrán de cancelar una vez ejecutada la hipoteca y aprobado el remate, pues "de lo contrario el que ha acudido a la subasta confiando en el estado de cargas del Registro, vería burlados sus derechos en contra del principio constitucional de seguridad jurídica"[27].

Es esta una cuestión compleja donde puede producirse un conflicto entre la seguridad jurídica del tráfico (seguridad jurídica dinámica) en la persona del adjudicatario, de un lado, y el propietario del bien hipotecado, titular registral acreedor de tutela judicial y registral, pues su derecho como derecho inscrito se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales (cfr. artículo 1 nº3 L.H.) (seguridad jurídica estática). Este conflicto lo resuelve el nuevo artículo 131 de la Ley Hipotecaria decantándose rotundamente en favor de la seguridad del tráfico jurídico, de forma que al rematante no le podrán ser opuestas causas de posible nulidad de la hipoteca que no constasen en el Registro de la Propiedad al tiempo de expedirse la certificación de cargas. Es evidente, que desde el punto de vista de los tenedores de los títulos hipotecarios emitidos con la cobertura de la cartera de créditos hipotecarios del emisor esta regulación es claramente ventajosa por cuanto que evita generar incertidumbres e inseguridad jurídica, aún con el sacrificio de la justicia material que en algún caso se pueda producir, lo que, una vez más, sólo puede ser entendido sobre la base de una fuerte calificación registral, como técnica de seguridad jurídica preventiva con objeto de minimizar aquel sacrificio. La importancia de este tema se pone de manifiesto al observar que el Reglamento del Mercado Hipotecario declara no aptas para servir de activo de cobertura las obligaciones garantizadas por hipoteca que aparezca registralmente contradicha mediante anotación de demanda (cfr. art. 32 nº4), lo que podría suponer que, en caso de una regulación distinta que optase por la seguridad estática, pudiesen generarse de forma sobrevenida y masiva la pérdida de aptitud de numerosos créditos para servir de cobertura a emisiones ya realizadas, por la simple presentación de demandas de nulidad.

E) DERECHOS DE LOS TITULARES DE CARGAS POSTERIORES

A los titulares de cargas y gravámenes posteriores a la hipoteca de la ejecución les corresponden los derechos de intervenir en el procedimiento y pagar el importe del crédito reclamado. Ahora bien, el efecto derivado de tales pagos no es el de determinar la finalización del procedimiento, sino el de que dicho acreedor "quedará subrogado en los derechos del actor". Esta subrogación es una manifestación de la figura del pago por tercero a que se refiere el artículo 1.158 del Código civil. En estos casos civilmente la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos anejos, como es el caso de la hipoteca en su condición de derecho accesorio de garantía, conforme al artículo 1.212 del mismo Código civil.

Por tanto, el procedimiento continuará su tramitación, pero el papel procesal activo lo asumirá el acreedor posterior que pagó, como trasunto procesal de la subrogación civil operada.

Registralmente la subrogación queda reflejada a través de una nota al margen de la inscripción de la hipoteca de la ejecución y otra al margen de la inscripción o anotación respectiva del derecho del acreedor que pagó. El título formal puede ser tanto un acta notarial de entrega de las cantidades adeudadas como el oportuno mandamiento judicial. Esta diversidad de títulos formales, que refleja que el pago puede tener lugar en sede judicial o extrajudicial, plantea un problema teórico como es el de la posible concurrencia de pagos, por pretender la subrogación más de un titular o acreedor posterior, que algunos hipotecaristas resuelven mediante el criterio de la prioridad registral. A nuestro juicio, sin embargo, la subrogación en los derechos del actor opera al margen de la prioridad registral ganada por los titulares de derechos posteriores, como lo demuestra el hecho de que el derecho posterior del titular subrogado subsiste y subsiste con su propio rango registral, que en nada se ve modificado por la circunstancia de la subrogación. La subrogación operada civilmente en virtud de lo preceptuado por el artículo 1.212 del Código civil tendrá su propio rango registral en función de la fecha de presentación en el Registro de la Propiedad del acta o actas notariales de pago y/o del mandamiento judicial respectivo.

En caso de que no se produzca el pago de la deuda perseguida en la ejecución por ninguno de los titulares de cargas posteriores, se plantea la cuestión de determinar el alcance de los efectos de la cancelación de los asientos que reflejaban sus respectivos derechos. Pues bien, sobre este tema de la eficacia jurídica de la regla de cancelación de cargas posteriores se han sostenido dos posiciones enfrentadas en la doctrina, la de quienes postulan que la cancelación supone la mera supresión de la constancia registral del derecho, que subsiste civilmente "inter partes", y la de quienes con base en el artículo 97 de la Ley Hipotecaria entienden que tales derechos posteriores quedan extinguidos, posición que fue la sostenida en la célebre Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1963, basándose en la idea de que la hipoteca es un derecho real de vinculación y realización de valor, compatible con otros derechos concurrentes sobre la misma finca, pero quedando dicha concurrencia sujeta al criterio de preferencia del principio de prioridad. No obstante, en nuestra opinión esta interpretación ha de ser complementada, pues en rigor lo que se produce es una novación objetiva, de forma que los derechos afectados pasan a recaer sobre el sobrante del remanente, dejando liberada la finca, si bien dicha novación tiene eficacia extintiva respecto de las cargas y gravámenes que actuaban como garantía.

Respecto de las facultades del Juez del procedimiento relativas al destino del precio del remate en cuanto al exceso del mismo sobre el importe del crédito perseguido, la cuestión principal que se suscita es la de si la actuación del mismo se ha de limitar a la diligencia del depósito a disposición

de los interesados, remitiendo a un juicio declarativo el reconocimiento formal de las preferencias y derechos sobre el remanente, o bien si el Juez hipotecario podrá abrir un incidente dentro del propio procedimiento judicial sumario en orden a resolver lo que proceda sobre tal distribución, cuestión que se ha de resolver en favor de esta última posibilidad por razones de economía procesal, especialmente tras aparecer reforzada dicha opción en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 al establecer un criterio seguro como guía de la distribución, basado en el principio de prioridad registral, esto es, atribuyendo preferencia a los derechos inscritos de mayor rango hipotecario sobre los de rango menor.

En tanto se adopta esta decisión sobre la distribución del sobrante, su depósito judicial constituye una medida asegurativa intermedia, que permite la adjudicación de la finca al rematante libre de dichas cargas posteriores.

F) POSIBLE PÉRDIDA DE RANGO EN EL CASO DE LAS "HIPOTECAS RECARGABLES"

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la regulación del Mercado Hipotecario, introduce en el Derecho hipotecario español la figura de la "hipoteca recargable". La idea central de esta figura consiste en la posibilidad de pactar la modificación del préstamo hipotecario por medio de una ampliación de capital y/o del plazo, sin que tales modificaciones supongan una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

Ahora bien, esta regla está sujeta a una importante excepción cuando aquellas modificaciones "impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación". En estos casos la conservación del rango queda condicionada a su aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior. Todo ello conforme a la nueva redacción que se da al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Creo que en esta materia debemos ser cautelosos, y establecer ciertos límites y requisitos en cuanto a la eficacia frente a terceros de la "recarga" de la hipoteca. En mi opinión, las previstas en la reforma, en concreto en el nuevo apartado 3 del artículo 4 de la Ley 2/1994 – en su redacción dada por el artículo 13 de la Ley 41/2007 -, pueden no resultar suficientes, ya que se limitan a las dos siguientes:

a) Desde el punto de vista de su cuantía, la única limitación de la recarga es la de no implicar "un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria". Por tanto, se podrá ampliar el capital inicial por una cantidad que sumada al capital pendiente no rebase la cifra de responsabilidad hipotecaria; en consecuencia, si el préstamo estuviere amortizado la recarga podrá hacerse por todo el importe del préstamo inicial. Si se excede la cifra inicial de responsabilidad hipotecaria la conservación del rango se subordina al requisito de la "aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente".

En este punto se producía, de acuerdo con la redacción del Proyecto de Ley, una situación paradójica, puesto que *"a sensu contrario"*, de la regulación prevista resultaba la pérdida del rango de la hipoteca inscrita, en su totalidad, cuando la novación implicara un incremento de la responsabilidad hipotecaria, cuando en realidad dicha pérdida debería circunscribirse al tramo de la ampliación, en línea con la doctrina contenida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 2002 y con lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley Hipotecaria para el supuesto de ampliación de hipoteca respecto de los intereses no garantizados, para cuyo caso se establece que "esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos

con anterioridad", pero circunscribiéndose tal inoponibilidad respecto de terceros al tramo de la ampliación.

Así lo debió entender en última instancia el legislador que, en la redacción finalmente aprobada del artículo 4 de la Ley 2/1994 después de prever la pérdida de rango para los supuestos de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo, aclara que dicha pérdida se producirá "por este incremento o ampliación" (lo cual, por cierto, es fácil de interpretar para el supuesto de incremento de responsabilidad hipotecaria pero para el caso de aumento del plazo).

Esta posibilidad de "recarga" del crédito puede permitir eludir la calificación como crédito "no apto" (art. 32.1,b RMH) de aquellos que estando totalmente vencidos y reintegrados sean objeto de recarga o ampliación del capital inicial y hasta el importe de dicha ampliación.

7. LIMITACIÓN DE LA CUANTÍA DEL PRÉSTAMO EN RELACIÓN CON EL VALOR DEL INMUEBLE Y CERTEZA DEL CRÉDITO

El procedimiento de ejecución debe fundar la demanda en un crédito que reúna las notas de la certeza (en razón del hecho constitutivo de su nacimiento), subsistencia (es decir, su no extinción por pago u otra causa) y exigibilidad (en atención a estar vencido por cumplimiento del plazo o de cualquiera de las causas de vencimiento anticipado pactadas e inscritas).

a) Por lo que se refiere a la certeza del crédito, hay que recordar que recientemente la D.G.R.N. ha asumido de forma explícita, en sus Resoluciones de 1 de junio y 26 de septiembre de 2006, la admisibilidad de hipoteca única para garantizar una pluralidad de obligaciones, incluso de diferente naturaleza jurídica, admitiendo que la hipoteca cambiaria se extienda a intereses no cambiarios, adelantándose así a la reforma de los artículos 12 y 153bis de la Ley Hipotecaria, operada por Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Los únicos requisitos serán que las diversas obligaciones estén conectadas entre sí mediante una relación jurídica básica común, la fijación de un plazo y de una responsabilidad máxima, así como la especificación de la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado, saldo que podrá ser, en caso de pacto, el determinado por la entidad acreedora, pero sin necesidad de pacto novatorio de las distintas obligaciones.

Este último aspecto me suscita, sin embargo, cierta preocupación visto desde la perspectiva de la eventual ejecución posterior de la hipoteca. De hecho el tema ya se planteó con ocasión de la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 a propósito de la nueva regulación de las causas de oposición que se contiene en su artículo 695, la segunda de las cuales se refiere al "error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre el ejecutante y ejecutado". El precepto excluye, sin embargo, la necesidad de acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes *"u operaciones similares"* derivadas de contratos mercantiles otorgadas por entidades de crédito en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible será la especificada en la certificación expedida por la entidad acreedora. Este precepto dio lugar a un importante debate jurídico acerca de la interpretación de la expresión "u otras operaciones similares"[28]. Algunos autores hicieron una interpretación muy amplia, como fue el caso de Cordero Lobato para quien dicha expresión se refería al concepto de "hipoteca global", que garantiza hipotecariamente un número ilimitado de operaciones inicialmente no determinadas, pero susceptibles de determinación de acuerdo con lo pactado. Sin embargo, para otros autores dicho precepto no llegaba a tanto. Así Pretel Serrano[29] o Jurado Jurado[30]

advertían de los peligros que representaba la doctrina constitucional contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992 recaída en interpretación del antiguo artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a la cual: "el precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que, además de documentarse en formas que garanticen su autenticidad, implican la existencia de una cuenta corriente entre partes, único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y verificación de saldos". Este punto de vista es de enorme importancia, a mi juicio. Recordemos que el Tribunal Constitucional en su conocida sentencia de 17 de enero de 1991 afirma que "este tipo de procedimiento – el judicial sumario - se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante formulación de excepciones", lo cual se explica porque como dice el Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia de 24 de marzo de 1983, este procedimiento constituye un simple proceso de ejecución dirigido a la realización del valor en cambio de la finca que carece de fase contenciosa y se atiene a los estrictos datos del Registro de la propiedad. Esta sumariedad del procedimiento no atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva, según ha declarado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones desde su Sentencia de 18 de diciembre de 1981, porque: 1º la resolución que pone término al procedimiento carece de la fuerza propia de la cosa juzgada material, permitiendo que las controversias que no se puedan residenciar en el mismo se ventilen en juicio declarativo ordinario con plenitud de cognición, controversia y garantías procesales; y 2º porque el procedimiento de ejecución lo que persigue es la efectividad de un derecho de constitución registral, amparado pues en las presunciones de existencia y legalidad propias de la legitimación registral.

Por ello es tan importante delimitar bien los supuestos en que cabe la determinación de la existencia, validez, vencimiento y cuantía de la obligación garantizada por medio de certificación unilateral de la entidad acreedora y las consecuencias que de ello se deriven a fin de no alterar el delicado equilibrio de derechos de los afectados y no poner en peligro la constitucionalidad del procedimiento o la efectividad del propio procedimiento por la vía de un recurso abusivo a las causas de oposición del nº 2 del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La importancia de este tema, desde la perspectiva del mercado secundario se pone de manifiesto claramente al observar cómo normativamente se declaran no aptas para servir de cobertura las obligaciones hipotecarias sujetas a condición suspensiva, mientras no conste registralmente su cumplimiento y "las garantizadas por hipoteca de seguridad o de máximo en la parte de los mismos en que no conste registralmente haber sido efectivamente contraída la deuda" (cfr. art. 32 del Reglamento del Mercado Hipotecario). Por ello, creo que resulta cuestionable que las nuevas hipotecas flotantes admitidas por el artículo 156 bis de la Ley Hipotecaria, introducido por la reforma operada por la Ley 41/2007, - en cuya virtud se pueden constituir hipotecas de máximo en garantía de diversas obligaciones sin necesidad de pacto novatorio y describiendo tan sólo los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas - puedan computarse para calcular el importe de los saldos de cédulas hipotecarias, ni servir de base para una emisión de bonos hipotecarios o ser objeto de participaciones hipotecarias, al igual que sucede con las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones instrumentadas en títulos valores nominativos, a la orden o al portador (cfr. art. 32 nº1). En principio, la respuesta negativa puede parecer la más evidente, pero también es cierto que ello obligaría a interpretar la posibilidad de constituir hipotecas flotantes, abierta tan sólo a las entidades que pueden participar en el mercado secundario (art. 2 L.M.H.), como un privilegio subjetivo de éstas y no como una exigencia de seguridad jurídica para el mercado secundario. Si se opta, por el contrario, por entender que las hipotecas flotantes son aptas como cobertura de emisiones hipotecarias, en mi opinión ello debería ir acompañado de la condición *"sine qua non"* de que se haya incluido en la escritura de constitución el pacto por el cual

la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida, pacto que dejaría de ser potestativo en estos casos.

b) En punto a la exigibilidad es preciso distinguir entre el vencimiento del plazo por transcurso del inicialmente pactado, habiéndose incumplido, total o parcialmente, la obligación de pago del capital o de los intereses, y la producción de ciertos hechos que generen, conforme a lo estipulado en la escritura, el efecto del llamado "vencimiento anticipado" del crédito hipotecario. Se trata de aquellos supuestos, distintos de los recogidos en el artículo 1.129 del Código civil, que determinan la pérdida por parte del deudor del derecho a utilizar el plazo, pactados específicamente en la escritura. En estos últimos casos, entendemos que también cabe la utilización del procedimiento de ejecución hipotecaria directa. El argumento contrario de que, en el origen de tal procedimiento siempre se encuentra un requerimiento de pago insatisfecho, debe ser refutado ya que, en suma, también en los supuestos de resolución anticipada se habrá producido un impago, salvo que el crédito sea reembolsado, puesto que, al desaparecer el plazo por razón de la pérdida del derecho al mismo por parte del deudor, la obligación de restitución del capital y los intereses devengados vence y se hace exigible.

Es éste un aspecto del mercado primario del que indirectamente se ha ocupado la Comisión Europea en su Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2007, al abordar la figura de la amortización anticipada, cuando la anticipación de la amortización sea consecuencia del vencimiento prematuro del préstamo, considerando que la amortización anticipada de los préstamos hipotecarios es uno de los temas en que se debe buscar un consenso para establecer un régimen europeo, por lo que la Comisión procederá en 2008 a evaluar los costes y beneficios de las diferentes opciones posibles (statu quo, opción contractual o derecho vinculante, indemnización, etc).

c) Finalmente, en cuanto a la limitación de la cuantía del préstamo en relación con el valor de la finca hipotecada (LTV), el artículo 5 de la Ley del Mercado Hipotecario impone la siguiente: el préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca, no podrá exceder del 60 % del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 % del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. No obstante, se prevé que reglamentariamente se determinen excepciones por arriba y por abajo. En concreto se determinará mediante Reglamento: 1º los supuestos en que pueda exceder la relación del 60 % entre el préstamo o crédito garantizado y el valor del bien hipotecado, con el límite máximo del 80 %, así como aquellos en que la Administración, en función de las características de los bienes hipotecados, pueda establecer porcentajes inferiores al 60 %. En todo caso, se aplicara el límite máximo del 80 % a los préstamos y créditos garantizados con hipoteca sobre viviendas sujetas a un régimen de protección pública; y 2º las condiciones en las que se podría superar la relación del 80 %, entre el préstamo o crédito garantizado y el valor de la vivienda hipotecada, sin exceder del 95 % de dicho valor, mediante garantías adicionales prestadas por entidades aseguradoras o entidades de crédito.

III. CAPÍTULO TERCERO.- OTROS ASPECTOS DE INTERÉS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIO PARA EL ASEGURAMIENTO DE SU FUNCIÓN DE REALIZACIÓN DEL VALOR EN CAMBIO DEL BIEN HIPOTECADO.

1. LA SUBASTA DE LA FINCA HIPOTECADA. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

La subasta puede ser calificada de acto central o principal del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Como dice Guasp[31], la subasta es el núcleo del procedimiento, ya que se encamina a la realización del bien hipotecado, con objeto de que el crédito del actor quede satisfecho con su importe o con la misma finca hipotecada en caso de que se adjudique en pago del crédito perseguido.

Define el autor citado la subasta como "el acto de ofrecimiento público de los bienes y adjudicación, en su caso, al mejor postor". Se trata de una institución, aclaran Guasp y Aragoneses, funcionalmente dirigida a la "transmisión de un bien" y estructuralmente caracterizada por la "concurrencia enfrentada" de los eventuales aspirantes a su adquisición. Explican esta última nota, que hace alusión a la oposición o pugna entre los aspirantes a la adquisición del bien ("puja"), como elemento definidor de la propia subasta, por lo que la subasta se diferencia no sólo de la venta sin concurrencia, sino también de la venta por concurso, en la que existe una pluralidad de aspirantes pero no una pugna entre los mismos.

En cuanto al acto mismo de celebración de la subasta, los requisitos necesarios para concurrir a ella y los respectivos derechos de las partes procesales, fueron objeto de una reforma de alcance en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, unificándose todo el régimen de las subastas de bienes inmuebles con independencia de si tienen lugar en el ámbito de las ejecuciones ordinarias o de la ejecución de bienes hipotecados, bajo los criterios de simplificación y de optimización de la finalidad extractiva del valor en cambio del bien hipotecado. Así: a) las tres subastas previstas por las reglas 10ª a 13ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria quedan reducidas a una sola; y b) se introduce la posibilidad de realizar ofertas en la subasta que incorporen plazos o condiciones al precio ofrecido.

En cuanto a la subasta y su resultado, es preciso distinguir, en cuanto a su distinta trascendencia jurídica, entre el auto de aprobación del remate y el auto de adjudicación definitiva de la finca a favor del actor, rematante o cesionario. La aprobación del remate constituye un título meramente obligacional y no un título adquisitivo de transcendencia real. Por consiguiente, el rematante en ese momento no pasa a ser propietario de la finca subastada, sino un acreedor de dominio de la misma, que devendrá propietario firme cuando tras el cumplimiento de los requisitos legales del pago de la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta y el precio ofrecido (y la aceptación formal de la adjudicación en caso de haberse formulado la postura por escrito), el Juez dicte auto de adjudicación.

Para explicar la posición jurídica del rematante en este intervalo es de gran utilidad la figura del "*ius ad rem*", que sin llegar a ser un "*ius in re*" tiene más fuerza que la mera "*obligatio*". Esta idea ya utilizada por el prof. Espín en el año 1947, para explicar la solución dada por el artículo 1473 del Código civil a los supuestos de doble venta en relación con el primer adquirente, que entra en la posesión o inscribe el segundo en orden frente al segundo adquirente que inscribe antes pero que carece del requisito de la buena fe. Veremos después cómo esta figura del "*ius ad rem*" vuelve a ser de gran utilidad para explicar la admisión de la nueva modalidad de hipoteca introducida por el artículo 107.12 de la Ley Hipotecaria, después de la reforma procesal de 2000, sobre el derecho del rematante del inmueble antes del pago del precio del remate, pues de otro modo no se explicaría

que un derecho obligacional (el del rematante) se constituya en soporte de un derecho real, como el de hipoteca.

Este derecho de hipoteca se configura como transitorio y provisional, por cuanto que se prevé que una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados.

Con esta norma se facilita en la práctica la financiación del precio del remate. Ahora bien, entendemos que, el párrafo 2º del artículo 107.12 de la Ley Hipotecaria, no cabrá interpretarlo literalmente, pues la subsistencia de la hipoteca y la novación objetiva que experimenta al pasar a recaer directamente sobre el dominio de la finca, no puede subordinarse exclusivamente al requisito del pago del precio y a la inscripción del dominio a favor del rematante, que es condición necesaria pero no suficiente, salvo que ya en el momento inicial de la constitución de la hipoteca sobre el derecho del rematante (anterior a la adquisición del dominio) se exija que el testimonio judicial del auto contenga todos los elementos de la obligación garantizada, por trascripción o acompañando el documento en que el préstamo se haya formalizado. El supuesto contrario constituye un "*casus omissi*", que debemos integrar por vía de interpretación sistemática en el sentido apuntado.

En cuanto a la sistematización institucional de la transmisión operada en virtud de la subasta pública judicial del bien hipotecado y de su naturaleza jurídica, hay que indicar que se trata de un tema complejo sobre el que existen diferentes corrientes en la doctrina. Así, las principales son las que asimilan la transmisión del dominio a que da lugar la subasta y el correlativo auto de aprobación de la adjudicación, bien a un negocio jurídico de compraventa, bien al ejercicio o materialización de un derecho de prenda que el acreedor tiene sobre el patrimonio del deudor, bien a una expropiación o privación forzosa de la facultad de disposición que corresponde al propietario de la finca hipotecada, bien a un acto judicial realizado en representación del dueño del bien.

De todas estas teorías, las más comúnmente defendidas son las de la conceptuación de la subasta como una venta y la de su consideración como acto judicial otorgado en representación del dueño. A nuestro juicio, en esta polémica debe destacarse la idea de que la transmisión que tiene lugar a resultas de la ejecución de la finca hipotecada en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria deriva del hecho de que el bien hipotecado se encuentra "sujeto directa e inmediatamente" al cumplimiento de la obligación garantizada (cfr. artículo 104 L.H.) por propia voluntad del propietario hipotecante. De forma que tal voluntad, revelada al tiempo de otorgarse la escritura de constitución de la hipoteca, supone asumir como acto si no propio, sí querido o, cuando menos, consentido el de la transmisión o venta en pública subasta de la cosa hipotecada. Se trataría de un consentimiento para una enajenación de tipo condicional, esto es, sujeto a la condición suspensiva del incumplimiento de la obligación garantizada. Esta óptica presenta una importante ventaja práctica consistente en permitir la aplicación supletoria de algunas de las normas de la compraventa, cuando las especificidades de la enajenación mediante subasta lo permitan. Así, en particular, cabría entender que el auto de adjudicación, o su testimonio, actúa a modo de tradición instrumental con los efectos traditorios y traslativos propios de la misma, conforme al artículo 1.462 párrafo 2º del Código civil. No parece, sin embargo, que pueda defenderse la aplicación de las reglas sobre saneamiento por evicción, dada la necesidad de que los postores acepten como suficiente la titulación obrante en la Secretaría del Juzgado.

La nueva regulación de los convenios sobre el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados frente a los que se dirige la ejecución, así como sobre la realización por medio de persona

o entidad especializada (generalmente lo serán empresas de subastas comerciales), regulación recogida con detalle en los artículos 640 y 641 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, constituyen un nuevo argumento en favor de esta tesis, habiendo supuesto que el procedimiento tradicional de la subasta haya pasado a ser subsidiario respecto de estos nuevos medios de realización.

En los supuestos de cesión del remate, la adquisición del cesionario se produce como consecuencia de la ejecución hipotecaria y dentro del propio procedimiento judicial sumario, pudiendo ser interpretado como un supuesto de subrogación del cesionario en la posición procesal del cedente. Por tanto, a todos los efectos se han de entender los trámites subsiguientes de adjudicación, subrogación en las cargas anteriores y preferentes y toma de posesión de la finca con el cesionario, como si hubiese presentado él la postura vencedora en la subasta.

En consecuencia, la relación jurídica subyacente opera al margen del procedimiento y del remate. El cesionario se subroga en una posición procesal, por lo que su adquisición responderá a la misma causa y título material que la del subrogado y, por tanto, no será otra que la misma venta forzosa judicial en que ha consistido la subasta. Por tanto, el precio que ha de consignar el cesionario viene establecido por la diferencia entre lo consignado por el cedente y su postura. Sólo el exceso o sobrante de tal precio se destinará a los titulares de las cargas posteriores, aunque el cesionario hubiere pagado un mayor precio por la cesión, y aquél será también el precio por el que, en su caso, cabrá ejercitar el retracto.

2. LA HIPOTECA SOBRE EL DERECHO DEL REMATANTE DE LOS INMUEBLES SUBASTADOS JUDICIALMENTE

Otra novedad introducida en el año 2000 por la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendente a facilitar la concurrencia a las subastas es la incorporada por la vía de la adición de un nuevo nº12 al artículo 107 de la Ley Hipotecaria *añadiendo a la categoría de los bienes susceptibles de hipoteca el siguiente: "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"[32]. Para facilitar en estos casos la formal constitución de la hipoteca, se dispone en el artículo 670.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "el Secretario judicial expedirá inmediatamente testimonio del auto de aprobación del remate, aún antes de haberse pagado el precio, haciendo constar la finalidad para la que se expide [para la constitución de la hipoteca del artículo 107.12]. La solicitud suspenderá el plazo para pagar el precio del remate, que se reanudará una vez entregado el testimonio al solicitante".

Con esta norma se facilita en la práctica la financiación del precio del remate, pues, por un lado, se constituye un título inscribible de la hipoteca sobre el remate de formación inmediata por parte del Secretario judicial y, por otra parte, se suspende el plazo de los veinte días que hay para pagar el precio ofrecido hasta la entrega del testimonio al solicitante. Con ello, la entidad o persona que financie al rematante podrá contar con una garantía hipotecaria de su derecho a la devolución de lo prestado de carácter ágil e inmediato.

No obstante, en la nueva regulación se omite toda referencia a la forma de documentar el préstamo concedido en términos que permitan su calificación por el Registrador. Así, el artículo 674.1 párrafo segundo de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se limita a decir que en el testimonio del auto de adjudicación "se expresará que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo". Es decir, de la obligación garantizada sólo se expresa el importe

del préstamo y la entidad que lo haya concedido. Por ello, entendemos que el párrafo 2º del artículo 107.12 de la Ley Hipotecaria no cabrá interpretarlo literalmente, pues la subsistencia de la hipoteca y la novación objetiva que experimenta al pasar a recaer directamente sobre el dominio de la finca no se puede subordinar exclusivamente al requisito del pago del precio y a la inscripción del dominio a favor del rematante, que es condición necesaria pero no suficiente, salvo que ya en el momento inicial de la constitución de la hipoteca sobre el derecho del rematante (anterior a la adquisición del dominio) se exija que el testimonio judicial del auto contenga todos los elementos de la obligación garantizada, por transcripción o acompañando el documento en que el préstamo se haya formalizado[33].

3. CALIFICACIÓN REGISTRAL DEL TESTIMONIO DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN Y DEL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN DE CARGAS. CONTROL SOBRE EL DESTINO DEL SOBRANTE.

Para poder obtener la inscripción del dominio derivado del remate o adjudicación y la cancelación de las cargas posteriores es necesario, conforme al artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que el Registrador verifique, entre otros extremos, el cumplimiento de las dos siguientes condiciones:

a) "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" (cfr. nº4). Este número es trascripción literal de la regla 17ª del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, lo cual ha producido una cierta disfunción en su coordinación con el artículo 674 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que éste, con mejor técnica, prescinde de la idea de la "consignación en establecimiento público destinado al efecto del sobrante", y la sustituye por la de la "retención" del remanente. Esta idea es más coherente con la mecánica del depósito del precio del remate en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos, previsto por el nuevo artículo 670.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, una vez ingresado el precio del remate en la Cuenta de Consignaciones, el sobrante que exista después de pagado el acreedor debe quedar "retenido" para darle el destino legalmente previsto, sin necesidad de su ingreso en la Caja General de Depósitos del Tesoro. También se produce con mejor técnica jurídica el artículo 674 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil cuando dice que tal retención del remanente queda "a disposición de los interesados", frente a la expresión del nº4 del nuevo artículo 132 de la Ley Hipotecaria de quedar "a disposición de los acreedores posteriores", pues entre los interesados se encuentra el propio deudor en caso de no existir acreedores posteriores, o bien la masa del concurso del deudor, en caso de haber caído en este estado de insolvencia el ejecutado (con independencia de que los acreedores sean anteriores o posteriores).

b) que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria. Este criterio ya fue mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 27 de julio de 1988, declarando que dada la naturaleza del procedimiento judicial sumario, sólo la parte del crédito del actor que esté garantizada por la hipoteca ejecutada puede ser pagada con cargo al precio del remate, justificándolo en base a que la culminación de la ejecución hipotecaria no implica necesariamente la extinción de las cargas y gravámenes posteriores y no preferentes a la del actor, ya que éstas pasan a recaer directamente sobre el exceso del precio del remate respecto del crédito hipotecario, de forma que la necesaria protección de los derechos inscritos impone que no se opere su cancelación en tanto no se hayan adoptado las precauciones necesarias para garantizar la efectividad

de la vinculación del remanente, lo que impide su destino al pago del importe del crédito del actor en la parte no garantizada[34]. Esta Resolución fue posteriormente confirmada por la de 8 de febrero de 1999[35]. Se trata, además, de un criterio congruente con el carácter de la hipoteca como derecho de inscripción constitutiva, carácter que fue reforzado en la redacción del artículo 130 de la Ley Hipotecaria dada por Ley 1/2000 y confirmada por la nueva reforma de la Ley 41/2007, de forma que el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse "sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo".

Tal criterio, finalmente, concordaba igualmente con la redacción dada al artículo 695 del inicial Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (dentro del Capítulo relativo a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados) tal y como fue remitido a las Cortes, ya que preveía que el precio del remate se destinaría al pago del principal, intereses y costas, "hasta el límite de su respectiva cobertura hipotecaria", estableciendo a continuación que el sobrante se destinará, de no haber cargas posteriores, al propietario del bien hipotecado. Sin embargo, esta previsión de retorno del sobrante al deudor (en caso de ser propietario del bien) fue duramente criticada por algunos autores. Así, Sastre Papiol[36] formula su censura en forma de interrogantes diciendo "a) ¿Por qué no debe hacerse entrega [del sobrante] al ejecutante en la cuantía necesaria hasta cubrir su total crédito?; b)

¿Por qué condenamos al acreedor a acudir a otro procedimiento judicial cuando existen bienes líquidos bastantes para satisfacerle su total crédito?; c) Se trata de consagrar el principio de publicidad registral pero no de limitar los derechos del acreedor, cuando no hay terceros, como se desprende del artículo 146 de la Ley Hipotecaria que reconoce en este supuesto el derecho a perseguir la totalidad de la deuda[37] sin limitación alguna, de acuerdo con el artículo 1911 del Código civil, conforme al principio de responsabilidad patrimonial y universal del deudor, y como así lo vienen manteniendo numerosas resoluciones judiciales".

El planteamiento que se exterioriza en tal crítica fue asumido como propio por el Grupo Parlamentario Catalán del Congreso de los Diputados, que presentó en el sentido postulado por el citado autor la enmienda nº 1349 de modificación del artículo 695, estableciendo, tras fijar el destino común del precio del remate sucesivamente y en el importe de lo que reste en cada caso a favor del actor, de los acreedores posteriores y del propietario del bien, la siguiente excepción:

"No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra.

2. Quien se considere con derecho al remanente que pudiera quedar tras el pago a los acreedores posteriores podrá promover el incidente previsto en el apartado segundo del artículo 672.

Lo dispuesto en este apartado y en el anterior se entiende sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal".

La justificación de esta enmienda busca dotar de mayor claridad al régimen de distribución del precio del remate e introducir la posibilidad de que el acreedor hipotecario cobre la totalidad de su crédito antes de que se entregue el remanente al deudor, una vez satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores y sin perjuicio de los procedimientos concursales que pudiere haber en curso.

Pues bien, esta enmienda prosperó, pasando a integrar el texto del artículo 692.1 párrafo 2º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que el artículo 132 nº3 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción fuera adaptado a tal modificación, por lo cual se ha generado una situación de antinomia entre ambos preceptos (uno que declara que en determinados casos el acreedor puede cobrar con cargo al precio del remate el importe total del crédito perseguido más allá de su cobertura hipotecaria, y otro que impide la inscripción a favor del adjudicatario de la finca libre de cargas posteriores en tal caso de cobro por encima del límite de la cobertura hipotecaria), que se ha de resolver en el sentido de dar prevalencia al artículo 692.1, pues obviamente las normas en materia de calificación registral se han de adaptar al contenido de las normas sustantivas y procesales objeto de interpretación en dicha calificación y no al revés.

4. BREVE REFERENCIA A LOS CONVENIOS SOBRE REALIZACIÓN DE LOS BIENES HIPOTECADOS Y A LA REALIZACIÓN POR MEDIO DE PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA

Finalmente, debemos apuntar otro elemento significativo y que responde al mismo propósito de facilitar el éxito de la ejecución en su función de extraer todo el valor en cambio de la finca hipotecada mediante su realización forzosa. Nos referimos a la regulación de los convenios sobre el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados frente a los que se dirige la ejecución, así como sobre la realización por medio de persona o entidad especializada, regulación recogida con detalle en los artículos 640 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Precisamente porque existen estas formas de realización de los bienes en los procedimientos de ejecución, el artículo 674.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al referirse al título inscribible de la adquisición dice con precisión que lo será "el testimonio, expedido por el Secretario Judicial, comprensivo del auto de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor *o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada*, y en el que se exprese …".

5. EL PRINCIPIO GENERAL DE NO SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA DIRECTA Y SUS EXCEPCIONES. AUSENCIA DE EFICACIA DE COSA JUZGADA Y REMISIÓN DE LAS RECLAMACIONES NO SUSPENSIVAS AL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ORDINARIO.

Hemos dicho que el procedimiento de ejecución hipotecaria directa no incorpora fase alguna de contención o controversia entre las partes, y precisamente como consecuencia de ello el auto que pone fin al procedimiento carece de la eficacia de cosa juzgada.

Es este un dato rigurosamente clave para entender la jurisprudencia vertida por el Tribunal Constitucional en relación con el procedimiento de ejecución hipotecario, pues es la ausencia de cosa juzgada lo que permite entender expedita la vía del declarativo ordinario para formular con plenitud de controversia y garantías procesales, cuantas reclamaciones se susciten sobre una eventual nulidad del título o del procedimiento seguido, así como sobre la existencia y exigibilidad de la deuda, por lo que ningún quebranto cabe advertir al derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española.

En este importante aspecto de la ejecución hipotecaria, nuevamente emerge el principio de legitimación registral para explicar este equilibrio legal entre el derecho del acreedor hipotecario a

obtener la satisfacción de su crédito y el derecho del deudor y tercer poseedor a la defensa de sus intereses legítimos. La existencia de un título público ejecutivo inscrito en el Registro de la Propiedad, previa su calificación, inviste la posición de su titular de un "*bonus fumus iuris*", de una fuerte presunción de legalidad, que le hace acreedor a la facultad de un ejercicio inmediato de su derecho, bajo el control de la intervención judicial.

El principio de la no suspensión del procedimiento judicial sumario a excepción de las causas tasadas previstas legalmente, trae causa de la propia naturaleza de este procedimiento basado en su práctica integridad en la legitimación registral.

Con este planteamiento se cohonesta la agilidad y eficacia de que se pretende dotar al derecho de los acreedores hipotecarios, de un lado, y la salvaguardia del derecho a la defensa de sus intereses legítimos que corresponde con rango constitucional a los afectados por la ejecución (deudor, tercer poseedor e hipotecante no deudor), por otro.

La imposibilidad de formular oposición, salvo en casos muy tasados, en sede de ejecución directa sobre bienes hipotecados, constituye una diferencia esencial con respecto al juicio ejecutivo, y por el contrario presenta un claro paralelismo con la regulación del artículo 41 de la Ley Hipotecaria de las acciones reales relativas a derechos inscritos. Refuerza esta concomitancia la ausencia de eficacia de cosa juzgada en ambos procedimientos, con arreglo a una lógica común entroncada en el principio de legitimación registral en su vertiente procesal.

La Ley de Enjuiciamiento Civil distingue entre causas de oposición (extinción de la obligación o de la garantía y error en el saldo por el que se ha despachado la ejecución) y causas de suspensión distintas de las anteriores (tercería de dominio y prejudicialidad penal). Se debe rechazar la interpretación de que las restantes causas de oposición de fondo y forma previstas con carácter general para el procedimiento de ejecución ordinaria en los artículos 556 a 558 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, sean supletoriamente aplicables al ámbito de las ejecuciones hipotecarias, pues lo impide el artículo 698.1 de la citada Ley, que defiere cualquier otra reclamación distinta de las previstas con efecto suspensivo al juicio declarativo correspondiente, cualquiera sea su objeto o el sujeto que las promueva.

Por el contrario, y para los supuestos de oposición basada en alegaciones de error en el saldo por parte del deudor, cabe plantear la posibilidad de que el ejecutante en caso de convenirle, especialmente cuando la diferencia invocada por el deudor sea escasa, prefiera solicitar la prosecución de la ejecución por la cantidad reconocida por el ejecutado, levantándose la suspensión. Esta posibilidad estaría basada en la regulación de la oposición por pluspetición que establece el artículo 558 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Proscribir la aplicación de este precepto en el ámbito de la ejecución hipotecaria, sería ir en contra de la consideración de estas últimas como procedimientos de ejecución singulares, en los que la fuerza ejecutiva aparece reforzada y paralelamente disminuidas las posibilidades de contenerla, según la caracterización hecha reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En cuanto al procedimiento declarativo al que se remiten las demás causas de oposición carentes de efecto suspensivo, cabe concluir afirmando un criterio de amplitud que preside su regulación, como elemento de compensación. Así:

a) para la interposición de este juicio declarativo no es preciso esperar a que haya concluido el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, pudiendo simultanearse con la tramitación de este último, si bien, como se ha reiterado, sin producir el efecto de suspenderlo;

b) en cuanto a la legitimación procesal activa se reconoce no sólo al deudor y a los terceros poseedores, sino también, en general, a "los demás interesados". Esta última categoría debe ser interpretada ampliamente, incluyendo en la misma a los titulares de cargas posteriores a la hipoteca, a los arrendatarios de la finca hipotecada, a los acreedores del deudor hipotecario y al cónyuge del deudor hipotecario que prestó su consentimiento para constituir la hipoteca sobre finca ganancial. Es decir, la reclamación se podrá formular incluso por quien no fue parte en el procedimiento de ejecución hipotecaria en la medida en que del mismo pueda derivársele alguna lesión o perjuicio patrimonial;

c) en cuanto a la legitimación pasiva, ostentan la misma todos los que intervinieron como partes en el procedimiento de ejecución hipotecaria directa e, incluso, el propio rematante o adjudicatario de la finca subastada, pues aunque no es parte del procedimiento resulta ser el más directamente interesado en su resultado. En caso de que los tenedores de participaciones hipotecarias se hubieren subrogado en la posición del acreedor, por pasividad de éste en el momento de iniciación del procedimiento o posteriormente por su paralización, también a ellos se les deberá reconocer legitimación procesal pasiva (cfr. art. 15 L.M.H.).

En garantía de la efectividad del resultado del declarativo cabe que el ejecutado solicite la retención del pago de todo o parte del precio del remate que deba entregársele al acreedor. En cualquier caso, cabrá también, a pesar de que no lo cite expresamente el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, otra garantía diferente a la de la retención, como es solicitar de la interposición de la demanda en el juicio declarativo la correspondiente anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 42.1 de la misma Ley.

Ahora bien, el párrafo primero del artículo 131 de la Ley Hipotecaria establece respecto de esta medida cautelar una limitación importante al prescribir que las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, aspecto al que ya nos hemos referido con anterioridad.

6. DILIGENCIA DE ENTREGA DE LA POSESIÓN DE LA FINCA SUBASTADA AL ADJUDICATARIO

Otra aspecto de indudable alcance práctico, introducida por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, complementario al anterior, es la relativa al *cambio en la regulación de la diligencia de entrega de la posesión al adjudicatario*. La regla 17ª del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria se limitaba a decir al respecto, después de aludir a la inscripción del testimonio del auto de adjudicación, que "También se dará posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitase". Hay que recordar al respecto que las Sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992 y de 24 de enero de 1995 declararon que si el afectado por la ejecución es un tercero que posee la finca ejecutada y que alega ostentar un título que no se ha extinguido con la ejecución hipotecaria, como es un arrendamiento - en determinados casos -, el desalojo o privación de la posesión no puede ordenarse en el propio procedimiento con arreglo a la regla 17ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pues ello coloca al afectado, sin posibilidad de contradicción, en una situación de indefensión, de donde se seguía la posibilidad del arrendatario de continuar en la posesión de la finca, y la

necesidad del adjudicatario de acudir a un procedimiento declarativo para reclamar la entrega de dicha posesión.

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional consciente de las consecuencias de esta jurisprudencia en orden a permitir el amparo de quien exhibe contratos fraudulentos o simulados, introduce un importante giro en su posición inicial en las posteriores Sentencias

158/1997, de 2 de octubre, 223/1997, de 4 de diciembre y 227/1997, de 15 de diciembre. Así la última Sentencia de las referenciadas declara que: "será en el examen de cada caso donde el órgano judicial competente podrá apreciar, según las singulares características de la situación posesoria, si ésta debe subsistir, de lo cual resultará si es el poseedor o bien el ejecutante (adjudicatario) quien haya de acudir al ulterior juicio en garantía de sus derechos", destacando que "tal decisión no rebasa el ámbito de la legalidad en cuanto limitada en cada caso a la peculiar situación jurídica de los terceros poseedores que permita apreciar si, según sus caracteres, el título alegado debe determinar la subsistencia de la posesión en tanto la cuestión se decida en el juicio correspondiente".

Además, aclara el Alto Tribunal, que este examen concreto por parte del órgano judicial a que se refiere esta Sentencia, se puede producir dentro del propio procedimiento judicial sumario, ya que "el proceso de la Ley Hipotecaria no impide que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento, puedan exhibir un título cuya eficacia sólo a efectos de la ejecución habrá de valorar el Juez". Ahora lo que hace la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, es regular la forma y momento en que ha de producirse esta valoración judicial del título invocado por el arrendatario u ocupante, en general, de la finca hipotecada, y ello no como particularidad exclusiva de las ejecuciones hipotecarias, sino con carácter común para todas las ejecuciones que den lugar a la subasta de bienes inmuebles.

Esta regulación se contiene en los artículos 661 y 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estos preceptos pretenden que la incertidumbre sobre la situación posesoria de la finca quede eliminada antes de la subasta, de forma que los postores cuenten con una información precisa. De esta manera, en los casos en que se declare que el ocupante no tiene derecho a permanecer en la finca, se producirá la elevación de las ofertas y del precio final. Ciertamente, este incidente posesorio injertado dentro de la ejecución supone una complicación procedimental, pero se deja en manos del acreedor ponderar las ventajas que un retraso en la realización de la finca puede comportar en términos de mayor certeza en la subasta, o si prefiere sacrificar la mayor certeza en méritos a primar la rapidez del procedimiento[38].

En definitiva el ejecutante podrá pedir que, antes de anunciarse la subasta, el Tribunal declare que el ocupante no tiene derecho a permanecer en el inmueble tras su enajenación en subasta, petición que se traslada a los ocupantes a quienes se cita a una vista en el plazo de diez días. El Tribunal accederá a la petición y declarará por medio de auto no recurrible que el ocupante no tiene derecho a permanecer en el inmueble cuando pueda considerársele de mero hecho o con título insuficiente[39]. En caso contrario, declarará el derecho de permanencia del ocupante, dejando a salvo las acciones que puedan corresponder al futuro adquirente para desalojar a aquéllos, incorporando en ambos casos tales declaraciones al anuncio de subasta.

IV. CAPÍTULO CUARTO.- ¿PUEDEN LOS TENEDORES DE LOS TÍTULOS HIPOTECARIOS INSTAR EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA DIRECTA?

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

¿Pueden los tenedores de los títulos hipotecarios instar el procedimiento de ejecución hipotecaria directa?. Formulado en otros términos, ¿realmente los títulos hipotecarios son títulos garantizados con hipoteca?. Responder a este interrogante requiere previamente despejar la cuestión relativa a la definición de la naturaleza de sus respectivos derechos, y en particular la conexión existente entre los títulos emitidos y los créditos hipotecarios del mercado primario. La terminología legal habla de créditos de cobertura o de respaldo, pero ¿cuál es la naturaleza y eficacia jurídica de esta cobertura?.

Tanto en el caso de las cédulas, como en el de los bonos y participaciones hipotecarias se pretende establecer una conexión jurídica entre dos masas patrimoniales de distinto carácter: por un lado, la integrada por el conjunto de créditos hipotecarios de que son titulares las entidades emisoras, que forman el denominado mercado primario, y, de otro lado, la representada por los créditos incorporados a los títulos emitidos, que integran el mercado secundario. Ahora bien, a la vista del distinto régimen legal de unos y otros títulos es preciso que se estudien separadamente los casos de las cédulas y los bonos, de un lado, y de las participaciones, por otro.

La vinculación entre ambas masas crediticias puede obtenerse por medio de una conexión registral, que puede ser individual o genérica. La primera, supone conectar cada uno de los créditos hipotecarios de cobertura con uno o varios títulos concretos, perfectamente identificados por su número y serie de emisión. Este sistema es el más perfecto y respetuoso con el principio de especialidad hipotecario, pero sus dificultades operativas lo hacen inviable en la práctica dado el carácter de emisiones en masa propio del mercado secundario.

En el caso de las conexiones genéricas hay que distinguir, a su vez, dos posibilidades: 1º la primera consiste en conectar cada crédito hipotecario con el conjunto de títulos que formen una emisión; 2º la segunda se limita a establecer una conexión de dos masas patrimoniales o de valor, la de los títulos emitidos y la de los créditos que le sirven de cobertura. En este caso el conjunto de los créditos hipotecarios primarios o de cobertura constituidos a favor de la entidad emisora pasan a constituir un patrimonio afecto o adscrito de forma preferente a la responsabilidad del pago de los títulos, sin perjuicio, en caso de insuficiencia de dicho patrimonio, de la responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora. Ambas modalidades de conexión genérica fueron acogidas por nuestra Ley del Mercado Hipotecario de 1981, la primera para los bonos hipotecarios y la segunda para las cédulas hipotecarias, si bien respecto de estas últimas sin constancia registral.

En ambos casos, la solvencia del patrimonio de cobertura se trata de garantizar limitando, en función del valor de este patrimonio, el volumen de títulos en circulación. Así, para las cédulas la LMH establece que no se podrán emitir cédulas hipotecarias por importe superior al 80 por 100 de los capitales no amortizados de los créditos hipotecarios aptos de su cartera, deducidos el importe de los afectados a bonos y participaciones hipotecarias (art. 16). Para tratar de garantizar la segregación de estos créditos de los restantes que componen el activo de las entidades emisoras la Ley 41/2007 ha creado un registro contable en el que, además, se distinguirá entre créditos aptos para servir de cobertura – los que cumplen los requisitos de la Sección II de la Ley – y los no aptos. A su vez, se limita el importe de los bonos hipotecarios en circulación de forma que su valor actualizado deberá ser inferior, al menos, en un 2 por 100 al valor actualizado de los préstamos y créditos afectados (art. 17).

El mantenimiento de estos porcentajes, capital para la seguridad de las emisiones, puede depender de factores que escapen al control y voluntad de las entidades emisoras, tanto más cuanto más opciones da la legislación al deudor hipotecario para desvincularse de su acreedor. En el caso de la legislación española, ello es claro a través de una doble vía: las amortizaciones anticipadas, de un lado, y la posibilidad de subrogar a otro acreedor en el lugar del primitivo a través del mecanismo de la Ley 2/1994. Por otro lado, el tema de las amortizaciones anticipadas o prepago ha sido objeto de especial atención por parte de la Comisión Europea en el Libro Blanco del crédito hipotecario, fijándose el objetivo de llegar a un régimen europeo de armonización en este campo. También se ha ocupado de esta cuestión la Ley 41/2007, reconociendo legalmente el derecho a la amortización anticipada, aún sin pacto expreso, y estableciendo compensaciones por desistimiento y por riesgo de tipos de interés para las cancelaciones que sean consecuencia de ello. La subrogación de otro acreedor genera una problemática parecida, desde el punto de vista de los topes porcentuales de títulos emitidos en relación con el valor de la cartera de cobertura. Por ello, la ley establece diversas normas para el restablecimiento de los porcentajes máximos mediante la adquisición de sus propios títulos por el emisor, o la sustitución de las hipotecas afectadas y canceladas por otras distintas, además del recurso a los denominados activos de sustitución. En todo caso, para la cancelación por amortización anticipada de las hipotecas afectas a emisiones de bonos, deberá constar en la escritura la manifestación de la entidad emisora de que en virtud del reembolso anticipado se traspasa o no el límite legal, con objeto de que en caso afirmativo se pueda controlar la aplicación de los mecanismos de reemplazo o compensación.

Ahora bien, estas modalidades de conexión genérica entre títulos y créditos plantean el problema de definir su naturaleza jurídica, en particular, si dan lugar o no a una garantía de carácter real.

Recordemos que en España la reforma hipotecaria de 1869 admitió la transmisión de los créditos endosables y al portador asegurados con hipoteca, pero ésta es una figura distinta de la de los títulos emitidos con la garantía no de las propias fincas del emisor, sino de los créditos hipotecarios de los que la emisora sea titular.Por ello, hay que distinguir entre el caso en el que los propios créditos hipotecarios se incorporan al título emitido, en cuyo caso estamos ante una movilización directa de los activos hipotecarios, y el supuesto en que los créditos hipotecarios no se incorporan al título sino que se constituyen en garantía de los títulos emitidos, en cuyo caso estamos ante una movilización indirecta de los activos hipotecarios.

Aunque la legislación española habla de títulos hipotecarios que se dicen garantizados con los créditos hipotecarios existentes a favor de la entidad emisora, lo cierto es que el verdadero objetivo en cuanto a garantías de nuestra legislación desde la creación del Banco Hipotecario de España hasta nuestros días, es el de establecer un equilibrio entre el importe de las cédulas emitidas y los activos hipotecarios constituidos a favor de la entidad emisora que les sirven de garantía. Este equilibrio exigido entre las cédulas emitidas y los activos hipotecarios que les sirven de garantía hace pensar que el legislador ha querido crear un patrimonio separado con el conjunto de créditos hipotecarios, que funcione de forma unitaria y con separación del patrimonio personal de la entidad emisora con un destino o fin específico, cual sería el de servir de garantía a las cédulas emitidas. Se trata de un patrimonio abierto, a través de la fórmula de la subrogación real, sustituyendo los créditos hipotecarios que se extingan o cancelen por los que se constituyan con posterioridad a la emisión. En consecuencia esta garantía se proyecta sobre hipotecas que en unos casos no existen todavía al tiempo de realizarse la emisión (las de constitución futura) y que, en otros casos, se habrán extinguido o cancelado cuando venza el plazo de la emisión y sea exigible su reembolso. El corolario de ello es que el tenedor de los títulos no tiene acción directa sobre el bien o derecho que se dice lo garantiza, ni tiene posibilidad de

subrogarse en la posición de la entidad emisora del título y acreedora en el crédito hipotecario, para ejercitar las acciones personales o reales que a ella le correspondan (cobro de intereses, reclamación del capital, instar la venta en pública subasta del crédito-garantía). De forma que lo único que podrá hacer el tenedor del título es ejercitar la acción personal contra la entidad emisora, de manera que sólo a través del embargo del crédito hipotecario podría actuar sobre éste para con su realización hacerse pago del título impagado.

La denominación de "hipotecarias" para las cédulas emitidas por el Banco Hipotecario de España podía tener la justificación y aceptarse no por razón de la naturaleza del título, sino en atención al carácter de la entidad emisora. Además, el hecho de que el Banco Hipotecario fuese el único con el privilegio de emitirlas, como si se tratara de papel moneda, y que después fuese nacionalizado, unido a que en cien años de existencia no se produjo ni un solo impago de las cédulas emitidas, ha dado lugar a que la garantía de que hablamos haya resultado más teórica que real. Pero en el contexto actual de incrementos de la morosidad en el ámbito de los créditos hipotecarios es posible que esa garantía se haya de poner a prueba, y por ello, interesa conocer con precisión su naturaleza y régimen jurídico.

2. CÉDULAS Y BONOS HIPOTECARIOS

A) RÉGIMEN JURÍDICO.-

- *Características del crédito de los tenedores de cédulas y bonos hipotecarios.* Las principales características de estos créditos son comunes a ambos tipos de títulos, y son las siguientes (cfr. art. 14):

1º. El derecho de crédito que incorporan las cédulas y bonos hipotecarios llevan aparejada ejecución para reclamar del emisor el pago del capital e intereses, después de su vencimiento. Las cédulas y los bonos son, pues, títulos ejecutivos, como lo son las sentencias firmes de condena o las escrituras públicas, por lo que ya de entrada se benefician de las disposiciones sobre ejecución dineraria forzosa de los artículos 571 y siguientes de la LEC.

2º. Los tenedores de los referidos títulos tienen, además, el carácter de acreedores con la preferencia especial que señala el número 3º del artículo 1.923 del Código Civil, es decir, la propia de los acreedores hipotecarios, frente a cualesquiera otros acreedores, con relación a la totalidad de los préstamos y créditos hipotecarios inscritos a favor del emisor cuando se trate de cédulas, salvo los que sirvan de cobertura a los bonos, y con relación a los préstamos y créditos hipotecarios afectados cuando se trate de bonos y, en ambos casos, con relación a los activos de sustitución vinculados a las emisiones, si estos existen.

3º. A su vez, los tenedores de los bonos de una emisión tendrán prelación sobre los tenedores de las cédulas cuando concurran sobre un préstamo o crédito afectado a dicha emisión. El privilegio de las cédulas es, pues, más extenso que el de los bonos, ya que el de estos se limita a los créditos afectos a la emisión, pero el privilegio de los bonos es más intenso ya que prevalece respecto de los créditos afectos frente a las cédulas. Además, todos los tenedores de cédulas, cualquiera que fuese su fecha de emisión tendrán la misma prelación sobre los préstamos y créditos que las garantizan y, si existen, sobre los activos de sustitución, y así en caso de que hubiera de procederse conforme a lo señalado en el número 3 del artículo 155 de la Ley Concursal, el pago de todos los titulares de cédulas emitidas se efectuará a prorrata, independientemente de las fechas de emisión de sus títulos (cfr. art. 14, párrafo 5 L.M.H.), sin que actúe el criterio general de prioridad temporal por razón del cumplimiento de los

requisitos previstos para su oponibilidad a terceros, que rige para dirimir la preferencia de cobro cuando un mismo bien o derecho se encuentra afecto a más de un crédito con privilegio especial.

4º. En caso de concurso del emisor, los tenedores de cédulas y bonos hipotecarios gozarán del privilegio especial establecido en el número 1º del apartado 1 del artículo 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, privilegio que otorga preferencia de cobro sobre cualquier otro crédito respecto del producto de la enajenación de los bienes a ellos afectos (art. 155 L.C.), extensiva a los intereses hasta el límite de su cobertura. Sin perjuicio de lo anterior, se atenderán durante el concurso, de acuerdo con lo previsto en el número 7º del apartado 2 del artículo 84 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y como créditos contra la masa, los pagos que correspondan por amortización de capital e intereses de las cédulas y bonos hipotecarios emitidos y pendientes de amortización en la fecha de solicitud del concurso. Sin embargo, a diferencia de las participaciones, cédulistas y bonistas no tienen derecho de ejecución separada.

B) PUBLICIDAD REGISTRAL Y GARANTÍA REAL.-

- *Características de la garantía de los titulares de las cédulas y bonos hipotecarios*. En este caso hay que diferenciar entre cédulas y bonos:

a) Cédulas hipotecarias:

El artículo 12 de la Ley del Mercado Hipotecario establece que "El capital y los intereses de las cédulas estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos hipotecarios, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la misma".

Este patrimonio de cobertura se puede completar por los activos de sustitución contemplados en el apartado dos del artículo 17 y por los flujos económicos generados por los instrumentos financieros derivados vinculados a cada emisión.

Así pues, desde el punto de vista de la garantía, observamos que la totalidad de las cédulas emitidas por una determinada entidad, y con independencia de que las emisiones hayan sido una o varias, simultáneas o sucesivas, quedan garantizadas mediante la afección de la totalidad de los créditos hipotecarios. La ley califica esta afección de "hipoteca", pero ¿realmente lo es?. Hay amplio consenso en la doctrina al señalar que el término "hipoteca" está aquí utilizado de forma manifiestamente impropia al no corresponder con la verdadera naturaleza de la garantía arbitrada, impropiedad terminológica cuya causa hay que buscarla en la inercia histórica en que viene incurriendo el legislador en esta materia, reiterando miméticamente expresiones cuyo origen se remonta a la Ley de creación del Banco Hipotecario de España de 1872. Y es que, en realidad , la garantía de las cédulas recogida en la Ley del Mercado Hipotecario de 1981 es muy semejante a la que se introdujo a favor de las cédulas emitidas por el Banco de Hipotecario de España, y que posteriormente sería reproducida por la legislación de fomento de construcción de viviendas de protección oficial de los años setenta, en términos cuya literalidad se mantiene hasta hoy. La denominación de "hipotecarias" para las cédulas emitidas por el Banco Hipotecario de España podía aceptarse, no por razón de la naturaleza del título, sino en atención al carácter de la entidad emisora. Además, el hecho de que el Banco Hipotecario fuese el único con el privilegio de emitirlas, como si se tratara de papel moneda, que después fuera nacionalizado, unido a que en cien años de existencia no se produjo

ni un solo impago de las cédulas emitidas, ha dado lugar a que, la garantía de que hablamos, haya resultado más teórica que real. Pero, en el contexto actual de incrementos de la morosidad en el ámbito de los créditos hipotecarios, es posible que esa garantía se haya de poner a prueba, lo que exige clarificar su naturaleza para determinar, en caso de impago, los derechos del tenedor y sus posibilidades de cobro.

Pues bien, si no es una hipoteca, entonces ¿en qué consiste la garantía establecida a favor del cedulista a la que la ley denomina hipoteca?.

Para responder a esta pregunta, lo primero que hay que observar es que, a diferencia de los créditos endosables y al portador garantizados con hipoteca, las cédulas se emiten no con la garantía de las propias fincas del emisor, sino de los créditos hipotecarios de los que sea titular. Por ello, hay que distinguir los casos en que los propios créditos hipotecarios se incorporan al título emitido, en cuyo caso estamos ante una movilización directa de los activos hipotecarios, y el supuesto en que los créditos hipotecarios no se incorporan al título, sino que se constituyen en garantía del mismo, en cuyo caso estamos ante una movilización indirecta de los activos hipotecarios, modalidad a la que corresponden las emisiones de cédulas hipotecarias.

La segunda observación necesaria para clarificar la naturaleza de las cédulas es que, aunque la legislación española habla de títulos hipotecarios que se dicen garantizados con los créditos hipotecarios existentes, a favor de la entidad emisora, lo cierto es que el verdadero objetivo de las garantías de las cédulas en nuestra legislación, desde la creación del Banco Hipotecario de España hasta nuestros días, es el de establecer un equilibrio entre el importe de las cédulas emitidas y los activos hipotecarios constituidos a favor de la entidad emisora que les sirven de garantía. Este equilibrio exigido entre las cédulas emitidas y los activos hipotecarios que les sirven de garantía, hace pensar que el legislador ha querido crear un patrimonio separado con el conjunto de créditos hipotecarios, para que funcione de forma unitaria y con separación del patrimonio personal de la entidad emisora con un destino o fin específico, cual sería el de servir de garantía a las cédulas emitidas. Se trata de un patrimonio abierto a través de la fórmula de la subrogación real, sustituyendo los créditos hipotecarios que se extingan o cancelen por los que se constituyan con posterioridad a la emisión. En consecuencia esta garantía, se proyecta sobre hipotecas que en unos casos no existen todavía al tiempo de realizarse la emisión (las de constitución futura) y que, en otros casos, se habrán extinguido o cancelado cuando, venza el plazo de la emisión y sea exigible su reembolso.

Por ello, aunque la ley habla de "hipoteca, sin necesidad de inscripción registral, sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora", en rigor, no existe tal hipoteca. Entonces ¿qué hay?. En la doctrina española (Pablo Casado) ha sido común definir esta afección de los créditos de cobertura como una subhipoteca cuyo objeto inmediato está constituido por los créditos hipotecarios de la cartera del emisor, subhipoteca que presenta características muy especiales por ser legal, general y tácita, ya que viene impuesta directamente por la ley, recae sobre una masa de créditos sin determinar y nace sin necesidad de inscripción registral, contrariando así los principios de proscripción de las hipotecas generales y tácitas que rige en nuestro Derecho desde 1861.

Precisamente por ello, no cabe atribuirle carácter real a la garantía de las cédulas, ya que, al faltar la conexión o publicidad registral entre los créditos secundario y primario, falta el elemento de la reipersecutoriedad, es decir, la vinculación "*erga omnes*", cualquiera sea su poseedor, de los créditos de cobertura, de forma que la cancelación del crédito, su cesión o subrogación por un tercero o la constitución de una subhipoteca inscrita, supone que dejen de estar al alcance de la acción ejecutiva

del tenedor de la cédula. Éste tiene un *"ius prelationis"*, en los términos antes indicados, pero no un *"ius distrahendi"* sobre los créditos primarios, y en consecuencia, no puede ejercitar la acción de ejecución hipotecaria directa ni contra el deudor hipotecario en caso de impago del crédito base, ni contra el emisor en caso de impago de la cédula a su vencimiento. El elemento de la reipersecutoriedad es consustancial a la hipoteca. Así se deduce del artículo 104 de la LH, del que resulta como requisito esencial de la hipoteca que opere directa e inmediatamente sobre los bienes hipotecados "cualquiera que sea su poseedor", en tanto que, por el contrario, si las hipotecas de cobertura pasan a otro titular, por cesión del crédito, subrogación de otro acreedor, conforme a la Ley 2/1994, cesión global de patrimonio de la entidad emisora o por cualquier otra causa, el cedulista pierde la garantía y, además, en ningún caso puede utilizar el procedimiento de ejecución hipotecaria directa conforme a los artículos 681 y siguientes de la LEC, dado que le falta el requisito fundamental de ser titular registral de una garantía real hipotecaria. Por ello, el tenedor de los títulos no tiene acción directa sobre el bien o derecho que se dice lo garantiza, ni tiene posibilidad de subrogarse en la posición de la entidad emisora del título y acreedora en el crédito hipotecario, para ejercitar las acciones personales o reales que a ella le correspondan (cobro de intereses, reclamación del capital, instar la venta en pública subasta del crédito-garantía). De forma que lo único que podrá hacer el tenedor del título es ejercitar la acción personal contra la entidad emisora, de modo y manera que sólo a través del embargo del crédito hipotecario podría actuar sobre éste para con su realización hacerse pago del título impagado.

Confirma la tesis que aquí se mantiene el hecho de que, a diferencia de las participaciones, los cedulistas no tienen derecho de ejecución separada, siendo así que la Ley Concursal de 2003, tras establecer un régimen general de prohibición de iniciación o continuación de las ejecuciones singulares tras la declaración del concurso, a continuación excluye de tal régimen prohibitivo las ejecuciones de garantías reales y el ejercicio de acciones asimiladas, que quedan sujetos a un régimen específico y diferenciado en función de que la garantía recaiga sobre un bien afecto o no a la actividad productiva del deudor, siendo posible en el segundo caso la ejecución aislada (cfr. arts. 55.4, 56 y 57 L.C.). Por tanto, si la Ley del Mercado Hipotecario no reconoce este derecho de separación es que no entiende que las garantías de los titulares de cédulas sean verdaderas garantías reales, por lo que deben conformarse con participar en la ejecución colectiva.

b) Bonos hipotecarios:

1. En este caso, el punto de partida era distinto, ya que con arreglo a la redacción originaria del artículo 13 de la Ley del Mercado Hipotecario de 1981 - modificada por la Ley 41/2007 - "el capital y los intereses de los bonos estarán especialmente garantizados por los créditos hipotecarios que se afecten en la escritura de emisión, lo que se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota al margen de las respectivas inscripciones de las hipotecas afectadas". Aquí sí había, pues, publicidad registral y garantía real mediante una vinculación inmediata de los créditos de cobertura afectados en la escritura de emisión, que puede ser calificada con más propiedad de subhipoteca, por mucho que presente especialidades en su constitución, transmisión y extinción.

Alcanzada esta conclusión, cabe plantearse si de ella debemos desprender la consecuencia de que el bonista puede instar la venta de los créditos hipotecarios de cobertura a través del procedimiento de ejecución hipotecaria directa de los artículos 681 y siguientes de la LEC. La cuestión no es sencilla, por no serlo la propia naturaleza y mecanismos internos de la subhipoteca a cuya figura se asimila, por falta de otra más próxima, la afección que establecía la ley a favor de los bonos hipotecarios.

Entre las principales teorías sobre la naturaleza y funcionamiento de la subhipoteca, podemos citar las siguientes:

1º Roca Sastre entiende que la legislación española ha seguido el sistema romano del *"subpignus"* o *"pignus pignoris"*, pero sin que éste suponga cesión alguna del crédito con fines de garantía, ni su transmisión fiduciaria con fines de seguridad, sino que sólo provoca una subrogación para el ejercicio de la hipoteca subhipotecada, de modo que el acreedor subhipotecario ejercita el *"ius vendendi"* del deudor subhipotecante, por lo que la acción no se dirige a enajenar la hipoteca gravada con la subhipoteca, sino simplemente a ejercitarla.

2º Díez Pastor sostiene que la hipoteca recae sobre el crédito hipotecario (*"pignus nominis"*) y dado que el crédito en sí no es un bien inmueble, estamos ante una prenda de créditos o cesión del crédito con fines de garantía, y no ante una hipoteca.

3º Gullón Ballesteros sostiene que la subhipoteca recae sobre el crédito hipotecario entendiendo que éste en su conjunto es un bien inmueble, por lo que aplica el régimen de la hipoteca inmobiliaria, de forma que en caso de incumplimiento de la deuda garantizada con la subhipoteca procede la enajenación forzosa del crédito hipotecario[40].

4º Peña[41] considera que sobre el crédito hipotecario no se establece propiamente un derecho real ni en concreto un derecho de hipoteca, dado que el crédito no es cosa y menos cosa inmueble. La subhipoteca para Peña supone una cesión de crédito en concepto de garantía o prenda de crédito. Toda cesión de crédito en garantía produce una especial cotitularidad sobre el crédito que afecta a su lado activo (legitimando frente al deudor para el ejercicio del derecho de crédito) sin alteración de la deuda (hasta aquí coincide con la tesis de Díez Pastor).

Esta especial cotitularidad atribuye al acreedor subhipotecario, por analogía con el acreedor pignoraticio, en los casos de prenda sobre simple crédito, el derecho de exigir la venta forzosa de crédito y el derecho de separación en caso de concurso del cedente. Además, por aplicación del artículo 1868 del Código civil, el acreedor subhipotecario tiene derecho a percibir los intereses del crédito cedido, compensando con ellos los que se le deban, imputando el eventual exceso al capital, y puede defender el crédito cedido ejercitando las acciones subrogatoria y pauliana (cfr. art. 1.111 C.c.). Finalmente, en el caso de pago del crédito tiene preferencia, como cesionario, sobre los demás acreedores del acreedor subhipotecante.

Pero, en caso de que el crédito cedido sea hipotecario esta especial legitimación se extiende al ejercicio del derecho de hipoteca, lo que significa que el acreedor subhipotecario está legitimado también para ejercer, por sí sólo, las facultades que se desprenden del derecho real de hipoteca: de conservación de la garantía – v.gr. acción de devastación (vid. art. 29 RMH) -, de defensa procesal, etc, y también las de ejecución, incluyendo el ejercicio de la acción hipotecaria sobre el bien inmueble hipotecado en caso de incumplimiento del crédito cedido en garantía, ya que la subhipoteca, como toda hipoteca de un derecho real, recae directamente sobre la finca.

Hay que aclarar que no puede ser objeto de subhipoteca el crédito en sí mismo considerado de forma aislada, ya que no tiene naturaleza de derecho real inmobiliario, y por ello en caso de incumplimiento de la deuda garantizada con la subhipoteca, no cabe ejercitar directamente la acción hipotecaria, a través del procedimiento de ejecución directa, sobre el propio crédito para promover

su venta forzosa. Pero el acreedor subhipotecario sí estará legitimado para pedir la enajenación forzosa del bien hipotecado cuando, vencida la obligación garantizada por la hipoteca, ésta no sea pagada por el deudor respectivo (Resolución de 19 de junio de 1888). El destino del precio del remate no será el pago directo del crédito subhipotecario, en lo que ahora nos interesa el crédito del tenedor del bono, sino su consignación (cfr. art. 175 nº4 R.H.) a la espera de que se resuelva sobre su destino de conformidad con las reglas de concurrencia y prelación creditual que resultan de su condición de crédito singularmente privilegiado, en situación de *"par conditio creditorum"* respecto de los restantes bonos que formen parte de la misma emisión, y con preferencia respecto de los cedulistas con los que concurran.

Por otra parte, esta especie de subhipoteca en que consiste la afección registral está supeditada a la vida de la hipoteca, por lo que extinguida ésta por pago desaparece el derecho de garantía constituido sobre la misma. Ante tal situación, no obstante, el acreedor subhipotecario no queda desprotegido, debiendo distinguirse dos situaciones según se haya notificado o no la subhipoteca al deudor hipotecario, por aplicación del artículo 175.4ª RH. Realizada la notificación, si el deudor paga al acreedor hipotecario sin consentimiento del subhipotecario el pago no será liberatorio, debiendo consignar su importe. Por el contrario, si no se ha notificado al deudor la constitución de la subhipoteca, el pago hecho a su acreedor libera al deudor hipotecario y extingue la hipoteca que, en consecuencia, podrá ser cancelada y con ella la propia subhipoteca[42].

He aquí la esencia de la garantía de los titulares de los bonos hipotecarios.

2. Ahora bien, esta situación cambia con la reforma introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ya que, entre las novedades que incorpora respecto de los bonos hipotecarios, está la de suprimir la afección registral, afección que sustituye por un sistema de garantía semejante, pero no idéntico, al previsto para las cédulas, estableciendo también en este caso una hipoteca legal y tácita, esto es, sin inscripción registral. Pero, a diferencia de las cédulas en que la hipoteca es general, en el caso de los bonos el objeto de la hipoteca no será la totalidad de la cartera de créditos primarios de la entidad emisora, sino sólo los que se afecten expresamente en la escritura de emisión.

¿Es suficiente este dato para atribuir a la garantía de los bonistas reipersecutoriedad y eficacia frente a terceros? La cuestión dista de ser sencilla. En principio, ya sabemos que las hipotecas legales, como regla general, no surgen automáticamente de la ley, sino que de la ley lo que surge es el derecho a favor del beneficiario a exigir su constitución (cfr. art. 1875 C.c.), pero para que "queden válidamente constituidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan" (cfr. art. 159 L.H.). Esto es así, porque la Ley Hipotecaria de 1861 no sólo redujo el número de las hipotecas legales, sino que también respecto de ellas aplica los principios de especialidad y publicidad, proscribiendo las hipotecas generales y tácitas.

Ahora bien, junto con ello, también es cierto que, a pesar de todo, mantuvo dos supuestos, que han llegado hasta nuestros días, en que por excepción admite que la hipoteca legal se constituya sin necesidad de título formal ni de publicidad, de modo que incluso sin inscripción afectan a los terceros adquirentes de derechos reales sobre el bien tácitamente hipotecado. Estos supuestos son los relativos a las contribuciones (IBI) y a las primas de seguros de dos anualidades (cfr. arts. 168, 194 y 196 L.H. y 1875 C.c.). Se trata de dos supuestos limitados tanto en sentido subjetivo por razón del carácter de los acreedores, como por la cuantía, al limitarse el periodo de devengo de las obligaciones a que se contrae este privilegio real (a la última anualidad y la parte vencida de la corriente), limitaciones que responden a lo perturbadoras que son las cargas ocultas o tácitas para el tráfico jurídico inmobiliario.

Pero es que, además, se ha cuestionado en nuestra doctrina que en este caso estemos realmente en presencia de un derecho real de hipoteca. Entre nuestros autores, lo niega Albaladejo[43], quien entiende que tanto en el caso de las contribuciones a favor del Estado, Provincia o Municipio, como en el caso de la denominada hipoteca tácita a favor de las aseguradoras estamos en presencia de meras preferencias de cobro. Roca califica esta figura de afección derivada de un crédito singularmente privilegiado, considerándolo un residuo del antiguo régimen de clandestinidad hipotecaria.
Peña entiende, sin contrariar completamente la teoría de Albaladejo, que hay algo más, pues la entidad acreedora puede hacer efectivo su crédito aun frente a terceros adquirentes de los bienes, y que en consecuencia existe una carga real análoga a los censos. Pero admite que, en el supuesto de la hipoteca por contribuciones no rige en el caso de ejecución sobre el bien hipotecado el principio de purga de las hipotecas y cargas posteriores, de forma que sólo en el caso de que por quiebra o frustración de la subasta del bien se proceda a la adjudicación del bien al Estado, los titulares de aquellas otras cargas verán disminuidos sus créditos con el importe de las obligaciones aseguradas por la hipoteca tácita (cfr. art. 73 Ley General Tributaria y Reglamento General de Recaudación).

Pero aunque se reconozca, conforme a esta última postura, su carácter de carga real por permitir al acreedor hacer efectivo el cobro aún frente a terceros adquirentes de los bienes, esta carga actúa de modo distinto a la hipoteca cuando va a la ejecución. Esto se ve claramente en la regulación de la legislación tributaria respecto de la hipoteca por contribuciones. En efecto, la preferencia de la hipoteca legal tácita a favor de la Hacienda Pública por la anualidad corriente y la última vencida y no satisfecha de las contribuciones, funciona de forma singular y distinta al resto de las hipotecas cuando aquella va a la ejecución por la vía del apremio administrativo. En rigor, si fuera cierto que se constituye una hipoteca preferente contra cualquier acreedor, aunque se trate de un acreedor hipotecario que hubiera inscrito su derecho, resultaría que, en puridad, la hipoteca legal tácita siempre tendría el carácter de primera hipoteca y, en consecuencia, si esta hipoteca es objeto de ejecución la enajenación forzosa, provocaría la purga o liberación de todas las hipotecas inscritas sobre la finca, con independencia de su fecha y orden de inscripción, pues todas pasarían directamente a ser segundas o posteriores frente a la hipoteca preferente por contribuciones. Una vez realizado el remate y satisfecho el débito de la Hacienda Pública, el sobrante del precio obtenido en la subasta quedaría a disposición de los acreedores hipotecarios, pasando la finca hipotecada al dominio del adjudicatario libre de cargas. Ahora bien, como dice Roca Sastre, el legislador se ha asustado de las consecuencias que en el rigor lógico-jurídico se seguirían de la prelación concedida a la hipoteca legal tácita por contribuciones, de todo punto perturbadora para el crédito territorial, y por ello en contra de aquella lógica admite la subsistencia de las cargas y gravámenes que recaigan sobre la finca ejecutada y que consten inscritas antes de tomada la anotación preventiva del embargo derivado del apremio incoado.

Por ello creo que tampoco en este caso podemos hablar de plena reipersecutoriedad sin publicidad, y en ese sentido estamos nuevamente en presencia de una pseudo hipoteca o falsa hipoteca. Así lo confirma también el hecho de que la Ley no reconoce derecho de separación al titular del bono en el concurso del emisor, frente a la regla general en materia de ejecución de garantías reales. Pero la prueba definitiva la proporciona la propia Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario, ya que por definición si esta afección por las contribuciones de verdad fuera una hipoteca, resultaría ontológicamente imposible que ningún crédito hipotecario pudiese servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, ya que, a excepción de la de contribuciones, todas las demás hipotecas quedarían relegadas a la condición de segundas hipotecas, haciendo imposible el cumplimiento del requisito de hipoteca de primer rango que se exige para respaldar las emisiones.

Ahora bien, aún cuando tampoco en este caso podemos hablar de subhipoteca por la misma razón, lo que sí cabe reconocer a los bonistas, son las facultades que para los casos de cesión de crédito en garantía o prenda de créditos hemos señalado antes, pero sin que en ningún caso puedan ejercitar la acción hipotecaria por la vía del procedimiento de ejecución directa, ni ninguna otra de las facultades de ejercicio y defensa de la hipoteca.

Esta conclusión obliga a cuestionar el acierto de la supresión de la nota marginal en el Registro de la Propiedad respecto de las hipotecas afectadas a la emisión que ha llevado a cabo la Ley 41/2007. Su Exposición de Motivos es parca en explicaciones, limitándose a decir que "se eliminan algunas trabas administrativas que han obstaculizado el desarrollo de los bonos hipotecarios con el objetivo de conseguir un trato administrativo neutral de los bonos frente a las cédulas hipotecarias". Ahora bien, si existían diferencias en el trato, no administrativo sino registral – la confusión terminológica ya delata el escaso conocimiento de la materia por parte del autor de esta norma -, era precisamente porque cédulas y bonos se concebían como títulos distintos, con distinto régimen y distinto riesgo. Los bonos, precisamente, por la afectación concreta de las hipotecas de cobertura, eran títulos más seguros y por ello su precio y perfil de inversor habría de ser distinto.

Es cierto que en la realidad financiera no ha habido emisiones de bonos hipotecarios, fenómeno que se atribuye a que sus costes legales de emisión hacen que en la práctica no sean rentables. Creo, sin embargo, que este punto no ha sido evaluado a fondo. Sencillamente los costes de emisión de bonos ciertamente, al requerir constancia registral, son superiores a los de las cédulas, lo que ante una suscripción segura de las emisiones de cédulas en volumen suficiente para cubrir íntegramente la demanda de capitales de las entidades financieras hace innecesario acudir a la vía alternativa del bono. Sin embargo, ahora estamos ante una situación diferente en la que las emisiones sólo se suscriben si la garantía de reembolso es segura, y qué duda cabe que la garantía real y con publicidad registral es la que mayor atractivo ofrece desde este punto de vista. Por ello creo que se le debe ofrecer al mercado un producto distinto, más caro en su emisión pero más seguro en su reembolso. Si el único objetivo a considerar fuese reducir los costes de emisión, con la misma lógica también podría reclamarse la supresión de la tasación pericial, que representa el mayor de los costes, y su sustitución por el tipo de subasta acordado con el deudor para la ejecución. Y si ello no se admite, podemos preguntarnos ¿por qué habría de ser más importante para el inversor la calidad física de los materiales empleados en la construcción que la calidad jurídica de la garantía, en términos de libertad de cargas, rango, etc?.

Además, la afección podría solicitarse en el momento inicial de la constitución de la hipoteca, antes de la emisión, en cuyo caso su coste quedaría embebido en el de esta última.

¿O es que no hemos admitido ya la hipoteca en garantía de obligación futura y la hipoteca flotante para la que basta la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que podrán derivar en el futuro las obligaciones garantizadas (art. 153bis L.H.)?. Y no se diga que la emisión puede ser posterior a la constitución, porque ya en la práctica bancaria es común, y ello es lógico, que la tasación preceda a la constitución de la hipoteca por lo que la única pega real es que en este momento inicial puede tratarse de una segunda hipoteca que posteriormente, por cancelación de la precedente, pasa a ser apta para servir de cobertura, objeción de escaso calibre ya que el mercado de segundas hipotecas, al menos en España, quedará en lo porvenir muy reducido por la introducción de la hipoteca "recargable" de la Ley 41/2007.

Esta conclusión, finalmente, es extensible también a las participaciones hipotecarias de circulación restringida o limitada a los inversores institucionales para las que no se prevé publicidad registral, quedando sus titulares excluidos de protección registral, ya que sólo para las participaciones de circulación libre, como consecuencia de su constancia en el Registro, se prevé que "los terceros que adquieran algún derecho sobre el crédito hipotecario lo harán con la carga del pago de la participación y de sus intereses".

3. Por último conviene, para terminar, mencionar el denominado "principio de no empeoramiento de la posición del deudor hipotecario" que resulta del último apartado del artículo 46 del RMH, conforme al cual "En ningún caso podrá resultar perjudicado el deudor hipotecario por la emisión de títulos a que se refiere esta ley". No obstante, en la práctica del tráfico jurídico es frecuente que el deudor hipotecante, que constituye la hipoteca sobre bienes de su propiedad, haya prestado ya su consentimiento al constituirla para que el crédito pueda servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, facilitando así la operatividad futura de la emisión, ya que en caso contrario para que la emisión produjera efectos respecto del deudor, resultaría necesario su previa notificación a éste. A este respecto hay que tener en cuenta la regulación contenida en el artículo 175.4ª RH, dada la proximidad de las garantías establecidas a favor de cedulistas y bonistas (hipoteca tácita sobre hipoteca expresa) con la subhipoteca, de forma que no habiéndose notificado al deudor y no habiendo prestado éste su consentimiento anticipadamente en el momento de la constitución de la hipoteca, podrá reclamar la cancelación de la hipoteca, sin más requisitos que haber efectuado el pago a su acreedor, sin necesidad del consentimiento de los tenedores de títulos ni de consignación.

3. PARTICIPACIÓNES HIPOTECARIAS

A) RÉGIMEN JURÍDICO.-

Aparecen reguladas en el artículo 15 de la Ley del Mercado Hipotecario, que las configura como unos títulos-valores por lo cuales las entidades financieras podrán hacer participar a terceros, en todo o en parte en uno o varios créditos hipotecarios de su cartera. Pero no son susceptibles de participación los créditos hipotecarios que sirvan de garantía a una emisión de bonos hipotecarios.

Las participaciones pueden realizarse al comienzo o lo largo de la vida del préstamo concedido, pero siempre con sujeción a una doble limitación de plazo y de tipo de interés. Así, el plazo de la participación no podrá ser superior al que reste por transcurrir para el vencimiento del crédito hipotecario, ni el interés superior al establecido para éste. En caso de que la emisión se haga con intereses variables, será necesario que también lo sean los préstamos de cobertura o respaldo, definidos por un margen fijo sobre un tipo de interés de referencia (art. 47.4, a RMH). A mi juicio, esta limitación imposibilita que el acreedor hipotecario pueda pactar con el deudor hipotecario novaciones modificativas de la hipoteca, al amparo de la Ley 2/1994, reduciendo el interés inicialmente pactado cuyo resultado se traduzca en una vulneración de estos límites.

El emisor conserva la custodia y administración del crédito hipotecario, así como la titularidad parcial del mismo. Sus obligaciones son las de realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del crédito y abonar a los partícipes el porcentaje que les corresponda en lo percibido del deudor por capital e intereses en los términos pactados en la emisión, incluso en caso de pago anticipado por parte del deudor, actuando, pues, a modo de banco agente en los casos de créditos mancomunados o sindicados.

Por su naturaleza, las participaciones hipotecarias no pueden transmitirse directamente a los mercados, sino a través de fondos de titulización hipotecaria que son patrimonios separados y cerrados carentes de personalidad jurídica integrados en cuanto a su activo por participaciones hipotecarias y en cuanto a su pasivo por valores emitidos en cuantía y condiciones tales que el valor patrimonial del Fondo sea nulo. Estos fondos son emitidos, gestionados y representados legalmente por una gestora autorizada, y evaluados por una sociedad de *rating* para garantizar su composición y calidad.

B) NATURALEZA JURÍDICA.-

La singular configuración legal de las participaciones ha dado lugar a numerosas discusiones sobre su naturaleza jurídica, decantándose al menos las tres siguientes tesis:

1º la de Madrid Parra[44] para quien la participación constituye un negocio fiduciario, dando lugar a la distinción entre el "dominio fiduciario" de la entidad emisora, y el "dominio sustancial" del partícipe, lo que explica que ambos tengan intervención en la ejecución hipotecaria, como después veremos, y que el RMH hable de la "titularidad parcial" del partícipe aunque se participe la totalidad del crédito base o de cobertura;

2º la de Ortí Vallejo[45], quien entiende que la participación es una cesión del crédito hipotecario a la que se vincula una representación atribuida "ex lege" al emisor-cedente para la gestión y administración del crédito cedido;

3º la de Rubio Garrido[46], que considera que la participación crea un nuevo derecho de crédito que la entidad emisora constituye en su contra y frente al partícipe, diferente, aunque coligado, en mayor o menor medida, con el crédito hipotecario del que la primera sigue siendo titular.

C) PUBLICIDAD REGISTRAL Y GARANTÍA REAL.-

El RMH, sin norma legal habilitante, establece un régimen diferenciado para dos tipos de participaciones: las de circulación libre que pueden ser suscritas por el público no especializado, y las de circulación restringida o limitada a inversores profesionales o institucionales. Sólo en relación con las primeras establece que su emisión se realizará en escritura pública, de la que se tomará nota en el Registro de la Propiedad, al margen de la inscripción de la hipoteca correspondiente (art. 64.1 nº6).

El problema es que limitada la publicidad registral de las participaciones a las de circulación libre, para las restringidas a inversores institucionales o profesionales no existe protección registral, ya que sólo respecto de las primeras "los terceros que adquieran algún derecho sobre el crédito hipotecario lo harán con la carga del pago de la participación y de sus intereses". Se ha criticado doctrinalmente esta limitación de la publicidad registral, ya que la emisión de participaciones guarda evidentes analogías con la cesión de crédito hipotecario, por lo que no se explica que requiriendo estas cesiones constancia registral (art. 149 L.H.), no la requieran aquellas emisiones. La consecuencia en este caso es que las participaciones de circulación limitada carecen de eficacia "erga omnes", por lo que en caso de cancelación, cesión o subhipoteca inscrita al partícipe, aún habiendo mediado pago por parte del deudor del crédito primario, no le quedará más que la acción ejecutiva contra el emisor pero carente

de cualquier garantía hipotecaria. Por ello, no es suficiente con prever la constancia registral de las participaciones de circulación limitada en caso de instar la ejecución, a que después me referiré.

D) PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN.-

Por lo que se refiere a los procedimientos forzosos de cobro, el régimen legal aparece configurado sobre las siguientes notas.

El titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la entidad emisora, siempre que el incumplimiento de sus obligaciones no sea consecuencia de la falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa dicha persona. Por tanto, puede ocurrir que el crédito primario sea pagado a la entidad emisora y que ésta no reembolse el capital e intereses de la participación al partícipe. En este caso, éste tiene acción ejecutiva contra aquél.

Ahora bien, puede suceder que el crédito primario no sea abonado voluntariamente a su vencimiento. En estos casos, el partícipe carece de acción directa contra el emisor, lo cual pone de manifiesto que se produce una cesión del riesgo del crédito al partícipe, lo que explica que la ley prevea que el importe de las participaciones no se compute dentro de las cifras de capitales de riesgo del emisor.

La falta de acción contra el emisor, se compensa permitiendo al titular de la participación concurrir, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación y sin perjuicio de que la entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación, cuando éste fuera inferior. Esta ejecución será comúnmente la ejecución judicial directa contra los bienes hipotecados. La concurrencia en igualdad de derechos y el cobro a prorrata pone de manifiesto un régimen de crédito mancomunado cuya garantía es una sola y misma hipoteca, la constituida inicialmente a favor del emisor. Este régimen mancomunado del crédito es claro respecto del capital, pero no así respecto de los intereses, ya que los pactados en la emisión pueden ser distintos, y generalmente lo serán, a los del crédito participado, de forma que el diferencial será percibido por el acreedor hipotecario (art. 66,b R.M.H.). Ahora bien, en los casos en que se trate de participaciones suscritas por inversores institucionales en que no existe constancia registral, el Juez podrá entregar la totalidad del precio del remate al acreedor hipotecario, aunque hubiese cedido mediante participaciones íntegramente el crédito ejecutado.

Para garantizar este derecho de cobro por la vía de la realización forzosa del bien hipotecado, se reconoce al titular de la participación la facultad de compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución. Si el acreedor hipotecario no instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello, el titular de la participación podrá subrogarse en dicha ejecución, por la cuantía de su respectiva participación. El RMH fija el cómputo inicial en la fecha de la diligencia notarial de requerimiento del pago de la deuda. No está muy claro a qué requerimiento se está refiriendo el RMH, pero parece que no es el requerimiento de pago que el acreedor ha de hacer al deudor con carácter previo al inicio de la ejecución, sino el que el partícipe ha de hacer al emisor por incumplimiento de su obligación, sin que sea necesario que, además, el partícipe, como acto distinto, compela al acreedor a instar la ejecución. La subrogación de que habla la ley consiste, según resulta del RMH, en el reconocimiento de legitimación subsidiaria a favor del titular de la participación para ejercitar la acción hipotecaria del crédito participado en la cuantía de la participación por capital e intereses.

En consecuencia, en caso de inactividad del acreedor hipotecario, y también en los casos de paralización ulterior del procedimiento seguido por la entidad emisora, el titular de la participación puede instar del Juez correspondiente la incoación o continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria. Para ello deberá acompañar a su demanda, el título original de la participación, el requerimiento notarial antes visto y la certificación registral de inscripción y subsistencia de la hipoteca, sin que sea necesario acompañar, además, el título de su constitución.

Al expedirse esta certificación, se dejará constancia de ello mediante nota marginal en el Registro, en la que se hará constar, además de su expedición y fecha, el nombre del solicitante, lo cual es fundamental, ya que el procedimiento de ejecución hipotecaria es un procedimiento de base exclusivamente registral, por lo que sólo puede ser utilizado por un titular registral, condición que ya ostentará el partícipe si se trata de una participación de circulación libre, pero no en caso de participación de circulación restringida.

En este caso, se produce una suerte de desdoblamiento de la hipoteca inicial en dos gravámenes distintos pero de idéntico rango, de forma que ejecutado el correspondiente a la cuantía de las participaciones cedidas, subsistirá por el resto que quedará garantizado por el gravamen hipotecario simultáneo, de forma que la cancelación derivada de la ejecución habrá de ser meramente parcial. Por ello, y en línea con lo dispuesto por el artículo 227 del RH, el RMH establece que "quedarán subsistentes la parte del crédito no participado y las participaciones no ejecutadas como cargas preferentes, entendiéndose que el rematante las acepta y queda subrogado en la responsabilidad de las mismas, sin destinarse a su pago y extinción el precio del remate" (art. 66,c); de donde resulta claramente, la idea de la división del gravamen hipotecario en tantas unidades como participaciones cedidas, constituyendo, pues, una excepción al principio de indivisibilidad de la hipoteca.

En caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación sólo será impugnable en los términos del artículo 10 de la LMH, y el titular de aquella participación gozará de derecho absoluto de separación. Por lo tanto, la posición del partícipe en el concurso del emisor es la misma que la que tiene el acreedor hipotecario en el concurso de su deudor.

Finalmente, se ha de reiterar en este punto la conclusión relativa a la conveniencia de extender el régimen de publicidad registral previsto por la Ley para las participaciones de circulación libre a las de circulación restringida o limitada a los inversores institucionales, para las que actualmente no se admite dicha publicidad, quedando por ello sus titulares excluidos de protección registral ya que sólo para las participaciones de circulación libre, como consecuencia de su constancia en el Registro, se dispone que "los terceros que adquieran algún derecho sobre el crédito hipotecario lo harán con la carga del pago de la participación y de sus intereses".

1 Ratificado por España mediante Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre.

2 Sobre el mercado hipotecario secundario vid. los trabajos aportados al V Congreso Internacional de Derecho Registral, publicados por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1983, entre los que figuran los siguientes: Adolfo Ariño Garrido, «Aspectos financieros del Derecho real de hipoteca. La movilización de los créditos hipotecarios»; Pablo Casado Urbano, «Un paso más en la movilización de la propiedad inmueble: el mercado hipotecario español»; y José Luis Benavides del Rey, «La movilización de activos hipotecarios y su problemática registral». El mismo tema fue estudiado durante el IX Congreso Internacional de Derecho Registral, en el marco de la segunda ponencia relativa a «La libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario», publicado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, en el que figuran los siguientes estudios: José María Alfín Massot, «El mercado hipotecario: su estudio desde las perspectivas del Derecho nacional, comparado y comunitario»; y José Luis Valle Muñoz, «Las inversiones de cartera en el marco comunitario. Estudio particular de los bonos, cédulas y participaciones hipotecarias».

3 La Ley fue desarrollada por el R.D. 685/1982 de 17 de marzo que la desarrolla, y modificada por la Ley 19/1992 de 7 de julio que regula la titulización de préstamos hipotecarios

4 Alan Greenspan, «Le temps des turbulences», JC Lattès, Paris, 2007 (título original «The age of turbulence», The Penguin Press, New Cork, 2007).

5 El resto se distribuía entre los préstamos conforming (36%), los préstamos *jumbo* de elevada calidad crediticia (15%) y los garantizados por la Federal Housing Association (3%). Datos obtenidos del Informe de la Asociación Hipotecaria Española sobre los mercados hipotecarios de diciembre de 2007.

6 Distinta es la situación de los denominados Certificados de Transmisión Hipotecaria que en la actualidad alcanzan un volumen de 51.529 millones de • que representa apenas un 5% de la cartera total de crédito hipotecario. Las entidades financieras españolas contratan también préstamos que no reúnen las condiciones exigidas para su movilización en el mercado hipotecario. Explica el Informe de la Asociación Hipotecaria Española de diciembre de 2007 que estos préstamos, hasta el año 2002, debían permanecer necesariamente en sus balances hasta su amortización total porque el principio de accesoriedad en la legislación hipotecaria española exige para la transmisión o cesión de estos préstamos hipotecarios escritura pública e inscripción registral, lo que hace financieramente inviable su movilización en el mercado por sus elevados costes, especialmente fiscales. Para salvar esta barrera, la Ley 44/2002 de 22 de noviembre creó unos nuevos títulos *ad hoc* distintos a los de mercado hipotecario que «se emitirán y comercializarán con la denominación de Certificados de Transmisión Hipotecaria (C.T.H.)» (Ley Ley 44/2002, art. 15). Estos instrumentos, copiando el modelo de transmisión de las Participaciones Hipotecarias, obvian los gastos notariales y registrales y permiten movilizar estos préstamos exclusivamente en los Fondos de Titulización de Activos, igual que se titulizan otros activos crediticios sin garantía hipotecaria como la moratoria nuclear, pero no como «valores de mercado hipotecario».

7 Guilarte Zapatero, Vicente, «Pactos en la hipoteca inmobiliaria», en la obra colectiva «Tratado de garantías en la contratación mercantil», Vol. 2, Tomo 2, 1996.

8 Peña Bernardo de Quirós, Manuel, «Derechos reales. Derecho hipotecario», Centro de Estudios Registrales, Tomo II, Madrid, 1999.

9 Roca Sastre, Ramón María, «Derecho Hipotecario», Tomo VII, Barcelona, 1998.

10 La reciente Resolución D.G.R.N. de 10 de marzo de 2008, en relación con un recurso relativo a una calificación posterior a la entrada en vigor de la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria operada por Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha afirmado, contra de la tesis expuesta, que el Registrador «debe limitarse a calificar y ,en su caso, inscribir esas cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria relativas al importe del principal de la deuda, el de los intereses pactados, con expresión del importe máximo de responsabilidad hipotecaria, identificando la obligación garantizada y su duración. En cambio - añade -, respecto de las demás cláusulas debe proceder no a su inscripción sino a la trascripción de las mismas en los estrictos términos que resultan del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna de ellas». Sigue este mismo criterio la Resolución de 19 de marzo de 2008.

11 Para un estudio completo de este procedimiento, vid. Díaz Fraile, Juan María, «Ejecución judicial sobre bienes hipotecados», Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, y bibliografía allí citada.

12 Conforme al artículo 52 del Anexo Urbanístico del Reglamento Hipotecario, el Registrador de la Propiedad podrá inscribir las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurran los siguientes requisitos:

a) Que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.

b) Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante.

c) Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación».

Este precepto parte de la idea de que el plazo de prescripción cuya causa de interrupción no se haya llevado a tiempo al Registro de la Propiedad actúa, a efectos registrales, como un plazo de caducidad. Se trata de un mecanismo legal semejante al acogido en el artículo 177 del Reglamento Hipotecario y ahora también en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, reformado por Ley 24/2001. Actualmente en Cataluña rige el plazo de 6 años para la llamada «acción de reposición» (vid. art. 199), plazo que se corresponde con el fijado en la propia Ley del Suelo de Cataluña para las infracciones urbanísticas muy graves (las graves prescriben a los 4 años). La Resolución de 21 de marzo de 2003 confirma que el Registrador no ha de exigir la prueba negativa de que no se ha interrumpido la prescripción, por lo que le es exigible cierta diligencia a la Administración para solicitar a tiempo al Registrador la anotación preventiva de incoación del procedimiento de disciplina urbanística.

Ahora bien, la aparente claridad de la norma tropieza con una dificultad, ya que hay infracciones imprescriptibles, por ejemplo las que afectan a terrenos calificados como zonas verdes. Sin embargo, ello no ha de impedir el acceso al Registro de los correspondientes actos edificatorios cuando exista licencia o hayan trascurrido los plazos de prescripción, siempre que el Registrador no pueda apreciar el carácter manifiesto de la ilegalidad por no constar en el Registro la concreta calificación del suelo, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio por parte del Administración pública, conforme al artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

No obstante lo anterior y, en todo caso, una vez inscrita la obra nueva en estas condiciones, la Administración puede solicitar la constancia registral de la resolución administrativa que califica el edificio como fuera de ordenación (vid. art. 196 L.S. Cat). En efecto, en los supuestos de infracción del ordenamiento urbanístico en que no quepa la posibilidad legal de aplicar las medidas de restauración de la legalidad vulnerada y la ejecución del correspondiente derribo de las obras ilegales, fundamentalmente por prescripción de la infracción, las construcciones y usos disconformes con el planeamiento quedan en situación legal de «fuera de ordenación» (vid. art. 102 L.S. Cat). ¿Qué significa ello? Conservando el criterio de la legislación anterior, se establece que respecto de tales edificaciones no «pueden autorizarse obras de consolidación, aumento de volumen o de modernización, pero sí las reparaciones que exijan la salubridad pública, la seguridad de las personas o la buena conservación de dichas construcciones e instalaciones. Las obras que se autoricen en las mismas no suponen aumento del valor de expropiación».

Podemos interrogarnos sobre el sentido que tiene la previsión legal de constancia en el Registro de la Propiedad de las resoluciones administrativas que declaren dicha situación de fuera de ordenación. La primera constatación al respecto es la de que las facultades dominicales del titular registral del inmueble quedan afectados por una doble limitación: a) por un lado, las obras que se puedan autorizar y ejecutar sobre el mismo «no suponen aumento del valor de expropiación», por lo que dichos aumentos se incorporan al patrimonio del titular a título de mero precario; b) por otra parte, quedan prohibidas por la Ley sin posibilidad de autorización «las obras de consolidación, aumento de volumen o de modernización». Lo que supone que la constancia registral de la situación de «fuera de ordenación» impedirá la inscripción ulterior sobre la finca afectada de posteriores declaraciones de ampliación de obra nueva.

Hay que tener en cuenta que el vuelo de las edificaciones se refleja en el Registro de la Propiedad a través de las correspondientes declaraciones de obras nuevas y ello mediante la identificación de los siguientes parámetros: número de plantas, superficie de la parcela ocupada y total de metros cuadrados edificados (vid. art. 45 del Anexo al Reglamento Hipotecario). Por tanto, la constancia registral de la situación de «fuera de ordenación» en que se pueda encontrar un edificio impedirá la inscripción ulterior sobre la finca afectada de posteriores declaraciones de ampliación de obra nueva. No se trata, por tanto, de una previsión legal baldía, pues a pesar de que pudiera pensarse en primera instancia que tal ampliación no podría acceder en caso alguno al Registro dada la exigencia general de licencia para todo acto edificatorio, conforme al artículo 22 de la Ley del Suelo estatal de 1998 y actual artículo 19 de la Ley del Suelo de 2007, sin embargo lo cierto es que el artículo 52 del Anexo al Reglamento Hipotecario prevé la posibilidad de inscripción de las obras nuevas terminadas y sus ampliaciones en fecha anterior al plazo previsto

para la prescripción de la infracción urbanística, siempre que no conste en el Registro la incoación de expediente de disciplina urbanística.

Por tanto, podemos convenir en el acierto de esta previsión normativa que impide el acceso registral de ampliaciones de obras nuevas respecto de edificaciones en situación de «fuera de ordenación».

Además de ello, cabe destacar como segundo efecto derivado de la constatación registral de «fuera de ordenación» el de enervar cualquier acción de los terceros adquirentes tendente a negar no sólo la oponibilidad de dicha situación urbanística a los mismos al amparo de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino también a anular o rescindir el contrato de transmisión en base a la alegación de ignorancia de la condición de «fuera de ordenación» de la propiedad adquirida, conforme al artículo 21 de la Ley del Suelo de 1998 y actual artículo 18.3 de la Ley de 2007. No puede argumentarse en contra de esta idea en base a que ya existía la posibilidad de incoar expediente disciplinario, pues sobre contar tales expedientes con una posibilidad de reflejo registral meramente provisional a través de la correspondiente anotación preventiva, sujeta a plazo tasado de duración (cfr. art. 86 L.R.C.H.), dicho expediente no cabe en caso de prescripción de la infracción.

Por contra, ningún efecto preventivo tendrá la constancia registral de situación de «fuera de ordenación» respecto de las obras de «consolidación» o «modernización», pues éstas quedan al margen del Registro, lo que invita a reflexionar sobre la conveniencia de introducir la concordancia entre el Registro y la realidad física de la finca también en este ámbito, al menos en ciertos casos extremos como el de los supuestos de rehabilitación integral o importante de edificios.

Por otra parte, como norma de cooperación con los sistemas de protección de la legalidad urbanística, el artículo 54 del Anexo Urbanístico prevé que tanto las inscripciones practicadas en los casos contemplados en el precepto comentado con posibles infracciones urbanísticas prescritas, como en el de las inscripciones practicadas mediante licencia obtenida en calidad de acto presunto, los Registradores de la Propiedad deberán dar cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas, y harán constar, en iguales casos, en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación.

Finalmente he de señalar que se han expresado ciertas dudas sobre la vigencia de esta norma tras la entrada en vigor de la Ley 8/2007. En mi opinión, no hay motivo alguno para sostener la derogación tácita de este artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, lo que no quiere decir que se deba interpretar en el sentido de que las obras nuevas a que se refiere puedan inscribirse cumpliendo exclusivamente las condiciones impuestas en el mismo. La correcta interpretación del precepto pasa por considerar que dispensa de la acreditación de aquellos requisitos urbanísticos cuya ausencia constituya una infracción ya prescrita. Esto será aplicable a las licencias de edificación o de primera ocupación, pero no a requisitos de carácter no urbanístico. Por ejemplo, el seguro decenal no podrá dispensarse por el hecho de haber trascurrido el plazo de 6 años de prescripción de las infracciones urbanísticas muy graves.

13 Morell y Terry, J, «Comentarios a la legislación hipotecaria», Madrid, Editorial Reus, 1930.

14 Camy Sánchez-Cañete, Buenaventura, «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», vol. VI, 3ª edición, Pamplona, 1983.

15 Trabajo inédito proporcionado por el autor.

16 Puig Brutau, José, «Fundamentos de Derecho Civil», Tomo III, Volumen III, tercera edición, Bosch, Barcelona, 1983.

17 Así, afirma que ni la Ley Hipotecaria primitiva, ni el Código Civil concedieron efectos contra terceros a las acciones de retracto legal. Esta eficacia surge en una desafortunada, a su juicio, reforma de la Ley Hipotecaria en 1.909. La Ley Hipotecaria de 1861 incluye en la lista de acciones que no perjudican a tercero inscrito la del «retracto legal en la venta o derecho de tanteo en la enfiteusis» (art. 38). El Código Civil al regular los retractos legales respetó el criterio de la Ley Hipotecaria de 1.861 y no concedió al retracto legal efectos *«erga omnes»* (así resulta de que el art. 1525 Código Civil se remite a los arts. 1511 y 1518 Código Civil, pero no a los 1.510 y 1.520, que son los que atribuyen al retracto convencional eficacia contra terceros, salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria). La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantuvo esta tesis, y así la Sentencia de 3-junio-1867 decía que la acción de retracto no puede establecerse sino contra el comprador.

Con la reforma de 1.909, debida a los criterios doctrinales de SANCHEZ ROMAN, la Ley Hipotecaria se apartó del Código Civil, trasladando las acciones de retracto legal al art. 37, que enumera los casos en que se dan contra tercero las acciones rescisorias, resolutorias y subrogatorias. A la vista de esta reforma, CLEMENTE DE DIEGO mantuvo el carácter real del retracto, y ROCA extrajo su última conclusión: no necesita de inscripción para perjudicar a tercero.

18 Enmienda nº 1283 presentada por el Grupo parlamentario catalán del Congreso de los Diputados.

19 Este artículo 878 del Código de comercio fue derogado por la Ley Concursal. A pesar de su clara literalidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002 abría la posibilidad de aplicar la retroacción en el supuesto previsto por el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario.

20 La Ley Concursal establece una regla general de prohibición de iniciar o continuar ejecuciones singulares tras la declaración del concurso, con la excepción de las ejecuciones que recaigan sobre bienes sujetos a una garantía real, en cuyo caso se estará a lo previsto en la propia Ley (art. 55.4). Surge aquí, como acertadamente explica Fernando Curiel («Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad», Cuadernos de Derecho Registral, 2004), un problema de interpretación ya que, así como el Proyecto de Ley regulaba dos supuestos distintos, en función de que la garantía recayera en bienes afectos o no afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor, en el texto finalmente aprobado sólo se regula la ejecución recayente sobre bienes afectos. No obstante, a pesar del silencio sobre el caso de ejecuciones recayentes sobre bienes no afectos existe amplio consenso en entender que tales ejecuciones singulares de garantías reales sobre bienes no afectos puede continuar, si ya estaban iniciadas, ante el propio juzgado que viniera conociendo de ellas, hasta su conclusión, poniendo el remanente que quede después de satisfacer el crédito del actor, a disposición del Juzgado del concurso, y que podrán iniciarse nuevas ejecuciones ante el Juez del concurso, y sin perjuicio de la aplicación del Convenio si el acreedor se ha vinculado a su contenido.

21 Este mismo criterio de resolver los conflictos entre anotaciones de embrago con arreglo al principio del *«prior tempore»* en ausencia de la interposición de tercerías se aplicó por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de julio de 1998 en un caso en el que se debatía sobre la virtualidad cancelatoria de un mandamiento dictado por el Juzgado de lo Social para el cobro de créditos que gozan de la preferencia del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores respecto de una anotación de embargo de fecha anterior al embargo objeto del procedimiento en el que se dictó el mandamiento causa del recurso, y cuyo titular fue notificado de la existencia del mismo, virtualidad cancelatoria que fue denegada.

22 Muy poco frecuente en la práctica, dada la difusión que tienen en los modelos de escritura que emplean las entidades de crédito el pacto de extensión de la hipoteca a las futuras edificaciones.

23 Que ha de ser considerado nulo por infringir una norma imperativa en sentido contrario (cfr. artículo 6.3 C.c.), pues a diferencia del artículo 111 de la Ley Hipotecaria que admite pacto en contrario, el artículo 112 de la misma Ley es inderogable por la voluntad de las partes.

24 Se trata de una solución que entronca con el mecanismo de la accesión directa en los supuestos de construcción en suelo ajeno (este elemento se produce sobrevenidamente por la enajenación pública del terreno causada por la ejecución de la hipoteca) no mediando mala fe, en cuyo caso la pérdida de lo edificado en favor del titular del suelo se compensa con el derecho de indemnización a favor del que edificó(*ex* artículo 362 del Código civil *«a contrario»*).

25 Es decir, aunque la inscripción del exceso de cabida se haya practicado con posterioridad a la de constitución de la hipoteca.

26 Enmienda nº304 del Grupo parlamentario Popular en el Senado.

27 El entrecomillado corresponde a la justificación de la enmienda.

28 Por cierto, que no tengo claro que tras la aprobación de la LEC de 2000 siga vigente el párrafo final del artículo 153 de la Ley Hipotecaria o si éste precepto debe entenderse hoy sustituido por el artículo 695.2ª de la LEC con el que coincide sustancialmente, pero cuyo régimen jurídico difiere en diversos aspectos, algunos tan importantes como el de la admisibilidad o no de la falsedad dentro de la causa de oposición, que acepta el precepto hipotecario y rechaza el procesal.

29 Pretel Serrano, Juan José, en «Comentarios al artículo 153 de la Ley Hipotecaria», en la obra colectiva «Comentarios al Código civil», dirigidos por Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart, tomo III relativo a la Ley Hipotecaria, Edersa, 2000.

30 Jurado Jurado, Juan José, en «El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Una primera aproximación a sus peculiaridades», publicado en la Revista «La Buhaira», nº 20, págs. 77 y siguientes.

31 Guasp, Jaime, en «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», Revista Crítica de Derecho inmobiliario, 1941.

32 En principio puede causar extrañeza la admisión de este tipo de hipotecas, puesto que el derecho del rematante en el momento anterior al pago y subsiguiente adjudicación es un derecho de carácter obligacional (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1994), y no son los derechos de esta categoría los idóneos para constituirse en soporte de un derecho real como lo es la propia hipoteca. Sin embargo, lo cierto es que el rematante en tal momento es titular de un *«ius ad rem»*, dada su clara vocación de transformarse en un verdadero derecho real pleno una vez cumplido el requisito del pago del precio del remate a que está subordinado, por lo que dada la utilidad de esta nueva modalidad de hipoteca hay que aplaudir la decisión del legislador.

33 Esta última parece la opción más lógica y coherente con nuestro sistema registral.

34 Se trataba de un supuesto en el que practicado el remate a favor el actor por la cantidad de 4.200.000 pts, no se le exige desembolso alguno por cuanto su crédito, después de liquidados los intereses y costas, era superior a cinco millones de pts. De la inscripción de la hipoteca ejecutada resulta que la responsabilidad hipotecaria era de 3.720.000 pts, sin incluir los intereses moratorios que no estaban garantizados.

35 Aclarando que la transcendencia de la infracción a esta regla no alcanza a la validez de la adjudicación, sino que se limita al ámbito de la protección de los titulares de derechos posteriores a la hipoteca de la ejecución. Vid. en el mismo sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de enero de 1999.

36 Sastre Papiol, Sebastián, «La ejecución de la hipoteca en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», Boletín del Centro del Estudios Registrales de Cataluña, marzo-abril de 1999, nº 83, pag. 407.

37 El artículo 146 de la Ley Hipotecaria se refiere en concreto a la deuda derivada de los intereses vencidos.

38 Vid. justificación de las citadas enmiendas.

39 No se contempla expresamente en los mencionados preceptos (artículos 661 y 675) la situación de los ocupantes distintos del ejecutado que fueren su cónyuge o familiares inmediatos y que viniesen ocupando el inmueble en atención a su carácter de vivienda familiar. Por ello parece inevitable entender que tales personas deberán seguir la suerte del propio ejecutado, pues en definitiva el derecho de dominio de éste es el que actúa de cobertura de la vivienda familiar. Esto puede producir la paradoja de considerar en la práctica de peor condición al cónyuge no separado que convive con el titular, que al cónyuge separado a quien en el convenio regulador o en las medidas judicialmente aprobadas en el procedimiento de separación se hubiere atribuido el uso de la vivienda familiar, en caso de entender que éste es título suficiente para no interrumpir la permanencia en la ocupación dentro del propio procedimiento de ejecución, y sin perjuicio de las acciones declarativas que correspondan al adjudicatario para hacer valer la preferencia de su derecho, en su caso. Lo que sí se reconoce como especialidad de la ejecución en favor de los supuestos de que ésta recaiga sobre vivienda familiar es la facultad del deudor de «por una sola vez, aún sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior [la cantidad exacta que por capital e intereses estuviere vencida]» (cfr. artículo 693.3 L.E.C.).

40 Vid. un estracto más amplio de estas teorías en «La afección registral como cobertura jurídica de la movilización de activos hipotecarios», de Hernández Crespo, Carlos Miguel, RCDI, nº Año LIV ; número 544 ; mayo-junio 1981.

41 Opus cit, pags. 248 y ss.

42 Hernández Crespo, opus cit, pags. 758 y ss.

43 Citado por Peña, opus cit, pág. 350

44 Madrid Parra, «Reforma del mercado hipotecario tras una década», en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1993. Vid. también «El mercado hipotecario (EE.UU.-España)», ed. Banco Hipotecario de España.

45 Ortí Vallejo, Antonio, «Garantías de los títulos del mercado hipotecario», Cuadernos Cívitas, Madrid, 1993.

46 Rubio Garrido, Tomás, «La propiedad inmueble y el mercado hipotecario», ed. Montecorvo, Madrid, 1994.

Por Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad
Catedrático de Derecho Civil (acreditado) Presidente del Consejo de Dirección del CIDDRIM

RESEÑA LEGISLATIVA
(BOE del 01-02 al 28-02 del 2009)

DISPOSICIONES ESTATALES

MEDIDAS ECONÓMICAS

REAL DECRETO 97/2009, de 6 de febrero (BOE 7/02), por el que se modifica el RD 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda.

REGISTRO MERCANTIL. MODELOS DE CUENTAS ANUALES

ORDEN JUS/206/2009, de 28 de enero (BOE 10/02), por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación.

IRPF

ORDEN EHA/396/2009, de 13 de febrero (BOE 25/02), por la que se aprueba el modelo de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2008, se determinan el lugar, forma y plazos de presentación del mismo, se establecen los procedimientos de solicitud, remisión, modificación y confirmación o suscripción del borrador de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y se determinan las condiciones generales y el procedimiento para la presentación de ambos por medios telemáticos o telefónicos y se modifican los anexos I y VI de la Orden EHA/2027/2007, de 28 de junio, por la que se desarrolla parcialmente el Real Decreto 939/2005, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, en relación con las entidades de crédito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

CASTILLA Y LEÓN – PRESUPUESTOS

LEY 18/2008, de 23 de diciembre (BOE 12/02), de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2009.

CANARIAS – PRESUPUESTOS

LEY 5/2008, de 23 de diciembre (BOE 14/02), de Presupuestos Generales de la Comunidad Autonóma de Canarias para 2009.

LEY 6/2008, de 23 de diciembre (BOE 14/02), de medidas tributarias incentivadoras de la actividad económica.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana