Boletín Informativo sobre Adjudicación Hipotecaria, núm. 4, julio 2019**Grupo de trabajo conjunto de la Administración de Justicia y Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana**Diario La Ley, Nº 9460, Sección Dossier, 19 de Julio de 2019, **Wolters Kluwer**

Normativa comentada
Jurisprudencia comentada
Comentarios

El grupo de trabajo de la Administración de Justicia y Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana está formado por:

- **Jaime Font de Mora Rullán, Pedro Moya Donate y Vicente Miñana Llorens**, *Letrados Administración de Justicia*
- **Alejandro Bañón González, Begoña Longás Pastor, Alicia M.^a de la Rúa Navarro y Cristina Carbonell Llorens**, *Registradores de la Propiedad*
- **Carolina del Carmen Castillo Martínez**, *Magistrada-Juez*

EDITORIAL: A la espera de la resolución del Tribunal Supremo sobre la cláusula de vencimiento anticipado.**NOVEDAD: ¿Hacia una solución integradora en la polémica del mínimo del 50 %? Resolución de la DGRN de 13 de junio de 2019 (LA LEY 92171/2019).**

La ejecución hipotecaria en España se mueve en estos momentos entre dos polos: por un lado, la Ley 5/19 de 15 de marzo (LA LEY 3741/2019), reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que entró en vigor el pasado 15 de junio, y que va a modular las nuevas hipotecas constituidas bajo su vigencia, siendo que en principio no existirá problema para su ejecución por los trámites del Capítulo V, del Título IV del Libro III de la LEC (LA LEY 58/2000) si se dan los requisitos y presupuestos que contempla el artículo 24 (LA LEY 3741/2019) de dicho texto legal, aplicable, según la disposición transitoria primera, a los contratos anteriores en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Y, por otro lado, la espinosa cuestión de la cláusula de vencimiento anticipado, que va a incidir en la forma de ejecución todas aquellas hipotecas que contengan un redacción de la cláusula no adaptada a las nuevas previsiones legales y cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. A este respecto va a resultar fundamental la posición que nuestro TS adopte en relación con la sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2019, (LA LEY 18890/2019) que resolvía la cuestión prejudicial elevada por nuestro Alto Tribunal en virtud de Auto 8 de febrero de 2017. (LA LEY 2464/2017) En definitiva, lo que el TS tiene que resolver es si la cláusula de vencimiento anticipado constituye o no un elemento esencial sin el cual el contrato de préstamo hipotecario no podría subsistir, pues conforme a la doctrina del TJUE únicamente en el caso de que se considere un elemento esencial podría procederse a efectuar la integración que postulaba el propio TS como fórmula para permitir la subsistencia del contrato y, por ende, la utilización del cauce privilegiado de la ejecución hipotecaria. A la espera de este importante pronunciamiento, que se anuncia ya para este mismo mes de julio, lo que está claro es que siguen apareciendo novedades hipotecarias tanto por parte de la DGRN como de la denominada jurisprudencia «menor» de las Audiencias Provinciales. A analizar parte de esas novedades es a lo que se dirige este nuevo número del Boletín, el segundo publicado en colaboración con la editorial Wolters Kluwer, que esperamos sea de utilidad para los lectores.

Continúa latente la polémica suscitada entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y resoluciones de Juzgados y Audiencias Provinciales relacionada con la que, desde este grupo de trabajo, bautizamos como la «doctrina progresiva de la Dirección General». Desarrollamos en el final de este boletín, con una visión global, el estado actual de la cuestión en sus dos vertientes, la de la inscripción de adjudicaciones por un valor inferior al 50 por ciento del valor de tasación en los casos del artículo 671 LEC (LA LEY 58/2000), y la de las que tienen lugar, en

los casos de vivienda habitual, por el importe de lo debido cuando éste se sitúa entre el 60 y el 70 por ciento de dicho valor. Pero, cerrada prácticamente la redacción del boletín, se ha tenido **noticia de una importante resolución de la Dirección General, fechada el 13 de junio pasado y publicada en el BOE este pasado 9 de julio**. De forma inesperada, se revoca la nota de calificación del registrador que, siguiendo la línea marcada por la propia Dirección General desde su resolución de 20 de septiembre de 2017 (LA LEY 137874/2017), se opuso a inscribir una adjudicación al ejecutante en aplicación del artículo 671 LEC por un valor inferior al 50 por ciento. Pendiente de valorar de forma más detenida el alcance de la decisión adoptada, cerramos pues el boletín con una **nota de urgencia** en la que nos hacemos eco del contenido de la citada resolución y nos preguntamos —con reservas, pero con esperanza— si **nos encontramos ante una interpretación conciliadora que pudiera dar una salida, en positivo, a esta importante contienda**.

I. NOVEDADES RESOLUCIONES DGRN

1. Herencia yacente y necesidad de nombramiento de administrador o defensor judicial

Doctrina: no es inscribible la adjudicación si del decreto resulta que el llamamiento a los herederos desconocidos es genérico, no consta la forma en que se han producido las notificaciones a aquéllos, ni si se había llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia de herederos testamentarios o legales del titular registral.

RDGRN de 12 de diciembre de 2018 (LA LEY 181542/2018) BOE 03.01.2019 (4)

Se trata nuevamente de dilucidar si es inscribible un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria **seguido frente a los herederos desconocidos** e inciertos del titular registral cuando **no consta el nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente**.

Como en el supuesto del expediente, del decreto resultaba que el llamamiento a los desconocidos herederos era genérico y *no constaba la forma en que se habían producido las notificaciones a esos herederos indeterminados, ni si se había llevado a cabo una investigación razonable*, sobre la existencia de herederos testamentarios o legales del titular registral, se rechazó el recurso por la Dirección General.

Se reiteran en esta resolución las ideas que manifiesta el Centro Directivo en sus últimas resoluciones:

1º) *En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el **nombramiento de un administrador judicial**, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente.*

2º) *Esta doctrina **se ha matizado en los últimos pronunciamientos** en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea **puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente**.*

3º) *Solo si **no se conociera el testamento** del causante **ni hubiera parientes** con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, **y la demanda fuera genérica** a los posibles herederos del titular registral sería pertinente la designación de un administrador judicial.*

2. Fallecimiento de uno de los hipotecantes y necesidad de demandar a todos sus herederos

Doctrina: fallecido uno de los tres hipotecantes antes de la interposición de la demanda, no cabe inscribir la adjudicación si no se demanda a los herederos del fallecido. No es suficiente para inscribir que una de los demandados sea su viuda porque no resulta haberse dirigido contra ella el procedimiento, además de como hipotecante, en su condición de interesada en la sucesión del fallecido.

Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 2019 (LA LEY 21733/2019) (BOE de 28 de marzo, 7)

En un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que aparecen como hipotecantes tres personas (dos de ellos, cónyuges entre sí, casados en régimen de separación de bienes), uno de éstos había fallecido antes de la interposición de la demanda. Por auto de la magistrada, se había acordado el archivo de actuaciones respecto de

dicha persona fallecida. Sin embargo, a pesar de reconocerse que no era posible la sucesión procesal, lo cierto es que ni se acordó la nulidad de actuaciones, ni se decretó la imposibilidad de continuar el procedimiento, *al no apreciarse indefensión, dejando a salvo el derecho del ejecutante a presentar nueva demanda contra los herederos del deudor fallecido*». De esta forma, llega a dictarse decreto de adjudicación y la registradora suspende su inscripción y la cancelación ordenada, *«por no considerar posible la continuidad del procedimiento sin la intervención de quienes resulten ser los herederos del deudor hipotecante fallecido, don J. F. G., o en su caso, de un administrador de la herencia yacente designado al efecto*.

La Dirección General confirma la nota de calificación y rechaza el recurso por aplicación del principio de tracto sucesivo que exige la demanda contra el titular registral o sus herederos. Destaca la Dirección General:

- 1º Que la apreciación relativa a que no se aprecia indefensión alguna que justificara la nulidad de actuaciones no podía referirse más que a los demás ejecutados, pues respecto del fallecido ya se había acordado el archivo de las actuaciones.
- 2º Que el principio de tracto sucesivo exigía que se hubiera interpuesto la demanda contra los herederos del titular registral o en su caso contra su herencia yacente.
- 3º Y que ante una interpretación favorable a inscribir relacionada con el hecho de que una de las demandadas fuera cónyuge del fallecido, concluye que *lo cierto es que de la documentación presentada no puede deducirse que su intervención lo haya sido también como interesada en su herencia*.

3. Ejecución de garantías reales tras la declaración de concurso

Doctrina: no se puede inscribir la adjudicación en ejecución separada de una hipoteca si la demanda se interpuso cuando se había acordado ya la apertura de la fase de liquidación de la entidad titular registral, en situación de concurso.

Resolución de la DGRN de 27 de febrero de 2019 (LA LEY 18912/2019) (BOE de 26 de marzo, 2).

Según se hace constar en la resolución: *Se deniega la inscripción de la adjudicación de un inmueble y la correspondiente de cancelación de cargas, como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria porque la demanda que lo originó se interpuso en el año 2014 contra la sociedad titular de dicha finca y ésta había sido declarada en concurso de acreedores, con nombramiento de administrador concursal y apertura de la fase de liquidación el día 29 de noviembre de 2013, por lo que, una vez abierta la fase de liquidación, la ejecución no podía sustanciarse por la vía ordinaria de ejecución hipotecaria...*

La Dirección General, a través de una serie de reglas muy bien sistematizadas, reitera su doctrina «con las matizaciones introducidas por una muy rica jurisprudencia menor», sobre concurso de acreedores y sus efectos sobre las ejecuciones de las garantías reales. En relación con las que se inicien después de la fase de liquidación, declara que *la apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso*.

Y añade: *La pérdida del derecho de ejecución separada en caso de apertura de la fase de liquidación se extiende a todas las acciones reales no ejercitadas, afecten o no a bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la sociedad deudora. Es indiferente el carácter del bien o del derecho: lo que tiene trascendencia para el ejercicio de la acción antes de ese concreto momento procesal (artículo 56.1, párrafo primero, de la Ley Concursal) (LA LEY 1181/2003) carece de ella cuando se ha iniciado la fase final de concurso de acreedores. La apertura de la fase de liquidación de la masa activa unifica el tratamiento de unos y otros bienes*.

Para la Dirección General, el efecto de la ejecución separada tras la apertura de la fase de liquidación es claramente la nulidad radical de aquélla, y ello, aunque se hubiera aquietado a ella el administrador concursal. Ante la falta de regulación directa por parte de la Ley Concursal del supuesto en el que un Juzgado de Primera Instancia tramita la ejecución hipotecaria a pesar de la apertura de la fase de liquidación, llegando incluso a adjudicarse fincas hipotecadas, para la Dirección General, *el silencio legal debe colmarse con arreglo a los principios generales del ordenamiento jurídico. En este sentido, los actos contrarios a las normas imperativas y a las normas prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contradicción (artículo*

6.3 del Código Civil (LA LEY 1/1889)), lo que no acontece en este caso. El registrador de la Propiedad no puede inscribir una adjudicación obtenida con violación de normas legales imperativas.

4. Cumplimiento del título y el modo en las ejecuciones judiciales

Doctrina: en las ejecuciones judiciales el cumplimiento de la teoría del título y el modo exige la plena aprobación judicial del resultado de la subasta, que tiene lugar existiendo título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante).

Resolución de la DGRN de 15 de marzo de 2019 (LA LEY 31765/2019) (BOE 9 de abril, 8).

Suspendida la inscripción de un auto de adjudicación en un procedimiento de ejecución de títulos no judiciales *por corresponder al Juzgado Mercantil iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía al estar en concurso el deudor* (contaba anotado preventivamente en el folio registral de la finca), la Dirección General confirma la nota de calificación reiterando la enumeración didáctica que viene haciendo (*vid.* RDGRN de 27 de febrero de 2019) (LA LEY 18912/2019) de las reglas aplicables a la ejecución de garantías reales tras la declaración de concurso.

Una de ellas es la siguiente: *La primera de esas reglas es aquella según la cual, desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no pueden iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos.*

En el caso de la resolución, las fechas tanto de la resolución por la que se declaró el concurso, como de la anotación de concurso practicada en el folio registral de la finca y de la notificación por parte del registrador al juzgado de Primera Instancia que anotó el embargo que daría lugar a la adjudicación, son, todas ellas, fechas posteriores a la fecha en la que se había celebrado la subasta. Por ello, alegaba el recurrente que siendo éste el *momento en el que debe entenderse cumplida la teoría del título y el modo, no debe el ejecutante sufrir las consecuencias del retraso en la expedición del decreto de adjudicación.* A ello contesta la Dirección General declarando: *Pero lo cierto es que el Tribunal Supremo sitúa en las ejecuciones judiciales el cumplimiento de la teoría del título y el modo en la plena aprobación judicial del resultado de la subasta, que tiene lugar existiendo título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante).*

5. Tercer poseedor y falta de demanda

Doctrina: faltando la demanda o requerimiento de pago al tercer poseedor inscrito antes de la interposición de la demanda, no cabe inscribir la adjudicación, y ello, aunque su inscripción sea de herencia a favor del cónyuge (también titular registral) e hijos del fallecido.

Resolución de la DGRN de 29 de marzo de 2019 (LA LEY 37765/2019) (BOE de 16 de abril),

Para la Dirección General, no es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados si en el procedimiento no se ha demandado ni requerido de pago a quienes, no siendo deudores del préstamo hipotecario ni hipotecantes no deudores, adquirieron una participación de la finca ejecutada e inscribieron su adquisición antes de iniciarse el procedimiento. La inscripción de adquisición consistió, en el caso de la resolución, en una herencia por fallecimiento de uno de los cotitulares de dos terceras partes indivisas, cónyuges entre sí, quedando inscrita la finca, como herederos del fallecido, a favor de su esposa y sus tres hijos. El recurrente invocaba el artículo 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), con arreglo al cual la demanda sólo debería dirigirse frente al tercer poseedor de los bienes hipotecado cuando este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de los bienes, y en el caso concreto, a la fecha de interposición de la demanda la parte ejecutante desconocía el fallecimiento del titular registral porque los nuevos titulares del inmueble no le comunicaron la adquisición.

Para la Dirección General, es suficiente para presumir conocimiento por parte de la ejecutante que la inscripción del tercer poseedor sea de fecha anterior a la fecha de la interposición de la demanda: *En el caso calificado, la inscripción en favor del tercer poseedor se había practicado varios años antes de que se iniciara el procedimiento de ejecución hipotecaria y además con posterioridad a la inscripción registral 8.ª de herencia antes citada, aparece inscrita otra hipoteca a favor de la misma entidad acreedora, constituida en virtud de escritura autorizada el día 8 de julio de 2009, que motivó la inscripción 9.ª de la finca extendida el día 28 de agosto de 2009, fecha anterior al procedimiento de ejecución, en la que comparecen como titulares de la finca los herederos de don T. I. T., su*

esposa, D.^a D. G. T., y sus tres hijos, D.^a I., D.^a I. y don I. T. T., por lo que no se sostiene el desconocimiento alegado.

Por último, de los documentos presentados no se infiere que la titular registral de la finca haya sido demandada ni requerida debidamente de pago, artículos 685 (LA LEY 58/2000) y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), y no consta su consentimiento ni la pertinente sentencia firme en procedimiento declarativo entablado directamente contra la misma, como exigen los artículos 1 (LA LEY 3/1946), 40 (LA LEY 3/1946) y 82 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) para rectificar o cancelar los asientos registrales, que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales. Debe, por tanto, confirmarse el defecto señalado por el registrador en su calificación.

6. Requisitos para la constitución e inscripción de un dercho de usufructo en virtud de un decreto de adjudicación

Doctrina: el decreto de adjudicación o la resolución que lo complete puede prever la constitución —y su inscripción— de un usufructo sobre la finca adjudicada. Sin embargo, el título inscribible debería calificarse exigiendo el cumplimiento del resto de normas aplicables a la inscripción de dicho derecho real.

Resolución de la DGRN de 22 de abril de 2019 (LA LEY 49127/2019) (BOE de 13 de mayo)

En el seno de un procedimiento de ejecución de títulos judiciales, dictado un decreto por el que se aprueba el remate de una finca en favor de Don A.A.A. rectificado por otro decreto por el que se hacía constar que la adjudicación había de serlo a favor Don A. y D.^a P. A. A. por mitad y *pro indiviso*, con posterioridad, se dicta un tercer decreto por el que se ordena: *adiciónese en el Decreto de Adjudicación la constitución del usufructo en favor de D.^a I. A. A. (...) y D.^a N. T. A. A.*

La cuestión se circunscribe a determinar si este último decreto es título suficiente para poder practicar la oportuna inscripción en nuda propiedad y usufructo como consecuencia del título de adjudicación. El registrador no lo consideró así, al apreciar el defecto de que *no resulta del mandamiento de adición ... resolución relativa a la modificación que, en su caso, proceda del Decreto de adjudicación.*

Para la Dirección General el recurso debe ser estimado porque *una interpretación sistemática de la documentación judicial aportada determina la suficiencia y claridad de la adjudicación titulada tanto en el fondo como formalmente debiendo ser revocado el defecto apuntado.*

Pero también parece querer llamar la atención acerca de la existencia de otros inconvenientes que podrían haber sido alegados por el registrador para suspender la inscripción. Y, así, se refiere al *cumplimiento o no del principio de determinación*, a si el usufructo *reconocido debe ser simultáneo o sucesivo*» o a la necesidad o no de justificar la constitución previa del usufructo entre los adjudicatarios. Añade a este respecto: *«por cierto, problema muy similar al de determinar cómo se acredita en el procedimiento de ejecución si existe o no proindiviso y en qué proporción en caso de adjudicación en dominio pleno o nuda propiedad, o el carácter privativo, ganancial o cualquier forma de comunidad en su caso entre los adjudicatarios.* Sin embargo, al no ser problemas planteados en la nota no pudieron ser analizados en cuanto a si son o no defectos que impidan la inscripción.

II. NOVEDADES JURISPRUDENCIA

1. Prueba sobre la condición del carácter de vivienda habitual

Doctrina: esta resolución incide en la idea de que la condición de vivienda habitual no es un concepto formal, sino que debe quedar acreditado en cada caso concreto conforme resulte de la prueba del caso en cuestión, siendo esencial que se acredite la residencia efectiva en la vivienda.

Auto 256/19 de 31 de mayo de 2019 de la sección 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona (LA LEY 95786/2019).

El supuesto de hecho de esta resolución se basa en que en el caso concreto el Juzgado de Primera Instancia no apreció que la vivienda subastada tuviera la condición de vivienda habitual de los demandados dado que se trataba de un inmueble no terminado, aunque los demandados alegaban que su destino era servir de vivienda familiar futura y así se había hecho constar en diversas declaraciones fiscales. La resolución destaca que en varias resoluciones dictadas en el procedimiento y en el propio edicto de la subasta se había hecho constar que la vivienda no tenía la condición de habitual, lo que había sido consentido por los demandados.

Pero lo esencial de esta resolución es que el Tribunal concluye sobre esta cuestión lo siguiente: *...el tratamiento tributario del bien resulta ajeno a su evaluación jurídica, con independencia de su necesaria regularización, en su caso, y que **la condición de vivienda habitual no resulta de un concepto formal definido subjetivamente sino de la constatación de la residencia efectiva** de quien la afirma además de **aparecer incompatible atribuir dicho carácter a diversas localizaciones simultáneamente** . El propio Tribunal Supremo, en la sentencia ya citada 320/2017, de 23 de mayo (LA LEY 51080/2017), ya razonaba que el Legislador, aun manifestando su intención de protección sobre todo deudor hipotecario, otorgaba una mayor a los inmuebles que constituían vivienda familiar y advertía que no era admisible «... que por vía de interpretación correctora se consagre un nivel de protección igual a bienes que no constituyen vivienda habitual que a los que sí la constituyen». Justificaba esta afirmación en que el objeto de protección exacerbada solo correspondía a las familias en trance de mínimo vital que ven peligrar el bien patrimonialmente máspreciado para ellas como es la vivienda.*

2. Extensión de la protección de la vivienda habitual a hipotecante no deudor y fiadores

Doctrina: esta resolución se alinea con aquellas resoluciones que han entendido que la protección especial que el legislador brinda a la vivienda habitual, su estatuto reforzado, se ha de extender también a los hipotecantes no deudores y a los fiadores.

Auto n.º 85/19 de 12 de marzo de 2019 de la sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid (LA LEY 95788/2019)

En el caso analizado la vivienda pertenecía a una sociedad, pero en los autos resulta acreditado que la vivienda en cuestión era el domicilio habitual de la fiadora, persona física. La resolución estima el recurso de apelación interpuesto al considerar que sí se trata de vivienda habitual por lo que debía aplicarse el porcentaje de adjudicación reforzado del artículo 671 LEC. (LA LEY 58/2000)

Concretamente el Tribunal comienza señalando que *Ha de partirse de que el artículo referido (el 671 LEC) dada su posición sistemática y su contenido objetivo, regula toda ejecución inmobiliaria, hipotecaria o no, relativa a consumidores o no, por lo que no hay base segura para entender que al aludirse en el precepto al «deudor» se quisiera establecer una diferenciación consciente entre su régimen y el de otras personas distintas del deudor —el hipotecante no deudor o el fiador— que han de responder de ella con el inmueble en que viven. De igual modo, si la pérdida de la vivienda habitual se produjera por su ejecución por razón de un negocio de afianzamiento, no resiste una interpretación sistemática el entender que no le es aplicable a tal obligado el criterio protector del art 671 LEC (LA LEY 58/2000) porque el deudor de la obligación afianzada sea otra persona o entidad que no ha perdido su vivienda por tal razón.*

Y acaba concluyendo con total contundencia que: *No es pues descartable en absoluto una interpretación que asimile al deudor otras figuras análogas (fiador o hipotecante no deudor) en las que se produzca la misma situación de pérdida de una vivienda que sirva de morada, superando así analógicamente la dicción legal —cuya estricta precisión terminológica puede ser discutida— al ser extensible a aquéllas la misma finalidad tuitiva del precepto, de lo que puede hallarse huella en estudios doctrinales, en la asimilación positiva que determinadas normativas de este mismo ámbito establecen (RDL 6/12, art. 2 párrafo 2 (LA LEY 4108/2012)) o en la jurisprudencia menor (Auto Audiencia Provincial Las Palmas, sección 5ª, de 22 de noviembre de 2016).*

3. Posturas ofreciendo pagar a plazos con garantía suficiente, bancaria o hipotecaria, del 670.3 LEC

Doctrina: esta resolución analiza con detalle los requisitos que deben darse para aprobar las posturas que se ofrezcan en esos términos, sentando como principio general que la aprobación no es automática, sino que por el Letrado de la Administración de Justicia debe valorarse la suficiencia de la garantía ofrecida y, sobre todo, que no puede utilizarse la propia finca subastada como garantía constituyendo una especie de hipoteca unilateral.

Auto n.º 46/19 de 19 de marzo de 2019 de la sección 1 de la Audiencia Provincial de Logroño (LA LEY 95787/2019).

Esta resolución resulta de gran interés por la escasez de resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre esta modalidad de puja y además, por la claridad y profundidad con que trata las cuestiones abordadas.

En concreto la oferta de puja que se realizó en este procedimiento fue la siguiente: *Ofreciendo pagar a plazos de acuerdo a lo previsto en el Art. 670.3 LEC (LA LEY 58/2000) y con arreglo a las siguientes condiciones: Plazo: 360 meses. Intereses: A partir de la firmeza del decreto de adjudicación la cantidad aplazada devengará un interés nominal del 1,5% anual que será fijo durante los 360 meses. Los intereses devengados serán satisfechos, en una única cuota al vencimiento, del plazo. Es decir al finalizar los 360 meses a partir de la firmeza del decreto de adjudicación. Pago: Los primeros 240 meses se abonará la cantidad mensual de 10€, quedando el resto 132.071,00€ repartidos entre los 120 meses siguientes a razón de 1.100,60€ cada cuota mensual. Garantía: se ofrece como garantía la hipoteca sobre la propia finca subastada tal como prevee el art. 670.6 LEC (LA LEY 58/2000) en relación al 107.12 Ley Hipotecaria. (LA LEY 3/1946)*

El auto analizado comienza señalado que del artículo 670.3 de la LEC (LA LEY 58/2000) se desprende que la postura superior al 70% del valor por el que ha salido a subasta, se debe realizar cumpliendo con determinados requisitos, un ofrecimiento de pago a plazos pero soportado con «garantías suficientes, bancarias o hipotecarias» de ese pago aplazado y que por otra parte tal oferta se tiene que hacer saber al ejecutante quien en los 20 días siguientes podrá pedir la adjudicación del inmueble por el 70% del valor de salida, es tras lo cual y en caso de no haber utilizado tal posibilidad del ejecutante cuando se da paso a que se apruebe el remate en favor de tal postura en sus condiciones y garantías.

Pero a continuación la resolución establece y detalla los requisitos que debe reunir la postura ofrecida para que pueda ser aprobada, que son los siguientes:

a) **Falta de realización de juicio de suficiencia de la garantía de la que se pretende valer.** Si atendemos al contenido del precepto **se hace necesario que por parte de la Letrado de la Administración de Justicia, en el presente supuesto, se realice un juicio de valoración de la suficiencia de las garantías ofrecidas**, es decir, debe examinarse si las pretendidas garantías ofrecidas por la parte deben merecer la condición de tales o si por el contrario se trata de meras pretendidas garantías que no lo son o que incluso pueden suponer plantear un abuso de derecho.

b) **Carencia de realidad de la pretendida «garantía».** Existen diversas consideraciones que deben llevar al rechazo de la pretendida «garantía» que por parte de la mercantil 670.3 LF, SL se alegaba. Por la parte recurrente se pretende haber dado cumplimiento al art. 670.3 LEC (LA LEY 58/2000) conclusión que no cabe ser aceptada, puesto que **no puede considerarse que aporte garantía, puesto que en esencia lo que parece pretender es la aprobación de un plan de pagos, que roza, según la propia valoración de la contraria, lo irrisorio, y la constitución de una hipoteca por parte del ejecutante a plena voluntad y capricho del postor.**

Se observa por lo tanto que existe una notabilísima diferencia en los términos del mero pago entre la garantía que se ejecuta y la pretendida garantía que se pretende imponer, y que supone un plazo de 30 años de amortización con un interés fijo del 1,5 pero que incluso durante los primeros 20 años se abonará únicamente 10 euros mensuales y los intereses en un último plazo final. Este mero enunciado ya debe llevar a considerar la procedencia de la aplicación de lo dispuesto en el art. 7 CC (LA LEY 1/1889) que se ve corroborado por las siguientes consideraciones.

a') **Falta de disponibilidad sobre el bien.** Se observa que se pretende aportar una supuesta «garantía» hipotecaria sobre un bien inmueble, sobre el cual carece de disponibilidad, pues no es de propiedad de la mercantil que lo pretende ofrecer, sería necesario para ello llegar y pasar por un remate inexistente, no ostentando por lo tanto el dominio sobre la finca con lo que se infringe lo indicado en el art. 1857 2º (LA LEY 1/1889) y 3º Código Civil (LA LEY 1/1889) y art 7.1 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril (LA LEY 7646/2009), por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo (LA LEY 607/1981), de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero en el que se indica que: «1. Las hipotecas han de estar constituidas sobre bienes que pertenezcan en pleno dominio y en su totalidad al hipotecante...».

b') **Falta de entidad de la «garantía» en relación con la valoración ofrecida.** Por otra parte la ejecución fue despachada por una cantidad en concepto de principal de 76.367,79.-euros más 22.910,33.-euros por intereses y costas, sobre un bien inmueble que si bien en la escritura pública se tasaba en 192.100.-euros a efectos de subasta y así se aportaba en la escritura pública tasación (f.-46, 92) realizada en el año 2004, si bien consta otra de 13-4-2016 en la que el valor es de 107.429,12 euros (f.-218) y con ella se pretende cubrir una cantidad superior que era de 134.471.-euros, según la postura ofrecida en su escrito y consta en el certificado emitido por el Centro gestor de

la Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, por lo que según sus propios términos carecería de la necesaria entidad.

c') Falta de tasación. Por otra parte, y conforme se indica, se pretende la constitución de una hipoteca sobre bien inmueble respecto del cual, además de no ostentar dominio alguno sobre el mismo, no se aporta tasación y la que pretende utilizarse —la realizada en el momento de la constitución de la hipoteca— carece de validez a estos efectos y en tal sentido el art. 8 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril (LA LEY 7646/2009), por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo (LA LEY 607/1981), de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario, titulado «tasación previa» indica los requisitos de necesidad de previa tasación así como el plazo de validez de la tasación que se pretenda aportar.

d') Carencia de soporte jurídico para la creación de la supuesta «garantía». Finalmente cabe señalar que la propuesta realizada implica que la supuesta «garantía» aportada consiste, del entendimiento del escrito presentado, en la propia hipoteca que venía gravando el bien inmueble en favor del Banco de Santander subrogándose la mercantil 670.3 LF, SL en el lugar del prestatario Juan Enrique y a la vez introduciendo en el préstamo hipotecario una serie de modificaciones (ya descritas) que supone la **existencia de una novación verdaderamente radical de las condiciones del mismo**, prolongando ampliamente el plazo de amortización y con unas condiciones de amortización notablemente perjudiciales para los lógicos intereses de la contraparte y todo ello prescindiendo completamente de la voluntad del Banco de Santander a quien por esta vía se pretende imponer el acatamiento de las mismas, todo ello sin soporte jurídico alguno. No en vano cabe recordar que es indispensable para la novación no el conocimiento sino el consentimiento expreso o tácito del acreedor, conforme al artículo 1205 CC (LA LEY 1/1889), reflejo de la voluntad libre de las partes en materia contractual en cuyo seno se constituye la hipoteca.»

Y tras desgranar todos los defectos que presenta la postura ofrecida y que impiden su aprobación, esta resolución concluye: «Resumen de todo lo anterior es que así como no concurrió en su momento un juicio de suficiencia de la supuesta "garantía" ofrecida, hasta su realización en momento posterior y ahora ratificada, tampoco esa propuesta de la mercantil 670.3 LF, SL debe merecer la consideración de garantía suficiente "bancaria o hipotecaria" que exige la Ley de Enjuiciamiento Civil por cuanto que circunscrita a esta última forma "hipotecaria", la pretensión de la recurrente, no se puede considerar su válida existencia por las razones expuestas, por lo que se desestima el recurso de apelación interpuesto».

4. Derecho transitorio. normativa a aplicar en caso de modificación legal de los porcentajes de adjudicación

Doctrina: ante un cambio en la normativa sobre los porcentajes de adjudicación la regla general ha de ser el mantenimiento de los actos procesales ya ejecutados y la aplicación de la nueva ley tan solo a las nuevas actuaciones, de modo que siendo el acto de la subasta el momento en el que se determina el valor por el que se procederá a la adjudicación de la finca, y atendido que es en base a este valor que la parte ejecutante decide solicitar la adjudicación e inclusive se reserva la facultad de ceder el remate a tercero, la ulterior modificación de esta cuantía alteraría, sin base legal alguna, situaciones procesales ya consolidadas con grave perjuicio al principio de seguridad jurídica.

Auto n.º 16/19 de 4 de febrero de 2019 de la sección 1 de la Audiencia Provincial de Barcelona (LA LEY 95782/2019).

En este asunto se celebró la subasta en marzo de 2013, dictándose el decreto de adjudicación en 2016. Como señala la resolución *la cuestión jurídica a debatir es de derecho transitorio y consiste en determinar si debe aplicarse la redacción de la norma vigente al tiempo del decreto de adjudicación o la que estaba en vigor en el momento de la celebración de la subasta.*

Ante ello, la resolución comienza señalando que *La ley 1/2013 prevé en su Disposición Transitoria cuarta (LA LEY 7255/2013) que las modificaciones introducidas por la mencionada ley se apliquen a los procesos ya iniciados a su entrada en vigor, pero únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar, por lo que en principio la cuestión debería resolverse en favor de aplicar la normativa vigente al tiempo de la celebración de la subasta por ser este el momento en que se determina la cantidad por la que se procede a la adjudicación del bien.*

Y añade lo siguiente: *Es cierto que la misma disposición transitoria prevé su aplicación a todo procedimiento*

*ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 LEC (LA LEY 58/2000), y que en el caso presente no ha tenido lugar esta entrega, pero deducir que esta regla permite revisar el valor tenido en cuenta en la subasta sería una consecuencia contradictoria con la regla anterior que reiterando lo ya indicado , **tan solo prevé aplicar la nueva ley a los actos ejecutivos que estén pendientes de ejecutar y no la revisión de los actos ejecutivos ya realizados, en atención al carácter preclusivo de las actuaciones procesales.***

A continuación, se señalan en la resolución una serie de excepciones al efecto retroactivo de la reforma legal al señalar que: *La Disposición Transitoria citada permite, en su apartado segundo, la posibilidad de revisar cuestiones ya decididas al introducir un procedimiento extraordinario de oposición en el que se pueden alegar la existencia de cláusulas abusivas que la redacción anterior de la LEC no permitía. Asimismo, en su apartado quinto la Disposición Transitoria cuarta permite aplicar el artículo 579.2 a) LEC (LA LEY 58/2000) a las adjudicaciones de vivienda habitual realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013).*

Però concluye con la regla general antes indicada: en estos casos debe estarse al porcentaje de adjudicación vigente en el momento de celebrarse la subasta, no en el momento del dictado del decreto de adjudicación, porque así lo impone un elemental principio de seguridad jurídica, al tratarse la subasta de un acto procesal concluido y perfeccionado.

5. Momento preclusivo para revisar la cláusula de vencimiento anticipado

Doctrina: La ejecución hipotecaria concluye cuando se realiza su objeto peculiar, que es vender y adjudicar a alguien la finca puesta en garantía. Ese es el objeto de esta modalidad del proceso de ejecución. Ese objeto se cumple cuando se vende la finca o se adjudica a la parte ejecutante. Ello puede equipararse a una sentencia, que constituye el fin del proceso declarativo. Tras ese momento no puede volverse atrás. En consecuencia, no cabe efectuar ya, después del final del proceso, un examen que ponga en cuestión todo ese proceso, consumado y terminado con la venta de la finca, o con su adjudicación, que es equivalente. Por consiguiente, no cabe ya, en este proceso ejecutivo, el examen del carácter eventualmente abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, porque el proceso terminó al adjudicarse el inmueble.

Auto n.º 56/19 de 20 de febrero de 2019 de la sección 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona (LA LEY 95783/2019).

En esta resolución se plantea la posibilidad de apreciar de oficio la posible nulidad de la ejecución hipotecaria tras la celebración de la subasta y la petición de adjudicación por la ejecutante, estando en fase de aprobación de intereses y costas.

La Audiencia comienza relatando la conducta de los demandados antes de la celebración de la subasta señalando lo siguiente: *La ejecutante, tras haber seguido todos los trámites procesales del proceso de ejecución hipotecario, hizo uso de la prerrogativa prevista en el art. 671 LEC (LA LEY 58/2000) al adjudicarse el bien y transmitirlo posteriormente a un tercero. Los ejecutados, a pesar de conocer tras la diligencia personal de requerimiento — realizada en fecha 19 de diciembre de 2013— la posibilidad que tenían de suscitar el control de cláusulas abusivas que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiesen determinado la cantidad exigible en el título en el seno del presente proceso (art. 695.1.4ª LEC (LA LEY 58/2000), introducida por la Ley 1/13, de 14 de mayo (LA LEY 7255/2013)), a diferencia del supuesto contemplado en la D.T.4ª de la referida Ley 1/13 (LA LEY 7255/2013) y resuelto por las SsTJUE de 29/10/15 (LA LEY 147234/2015)(apartado 39) y 26/1/17 (LA LEY 349/2017) en que la apertura del plazo para oponerse fue mediante la publicación de la norma en el B.O.E., declinaron hacer uso de dicha facultad, debiendo recordar que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3. C.E. (LA LEY 2500/1978)) y su concreción en el de preclusión (art. 136 LEC (LA LEY 58/2000)) tampoco es desdeñable pues la ejecutante tiene derecho a que el litigio discurra por unos cauces temporales preestablecidos. El Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 576/2018, de 17 de octubre de 2018 (LA LEY 146873/2018), cuando analiza la aplicabilidad de los efectos de la cosa juzgada del auto que resuelve la oposición a la ejecución refiere al efecto preclusivo que produce la conducta del ejecutado que no formula oposición.»*

Ante ello, esta resolución destaca que *«El planteamiento de dicho control cuando ya se ha celebrado la subasta y adjudicado el bien inmueble, actos que conservan su validez al descartarse la nulidad de actuaciones, solo tiene sentido si se admite la posibilidad de examinar, ahora, la validez de la ejecución hipotecaria en cuanto fundada en*

la cláusula de vencimiento anticipado que se pactó en su momento.

Posibilidad que la resolución niega citando otro Auto de la propia Audiencia de Barcelona (AP Barcelona, sec. 16ª, de fecha 1-6-2018) y en definitiva porque *el inmueble hipotecado ha salido de la esfera patrimonial de la parte ejecutante.*

6. Cesión de remate a entidades vinculadas a la entidad cedente. no hay fraude de ley ni abuso de derecho

Doctrina: por mucho que fuere evidente la vinculación de ambas sociedades, pertenecientes al mismo grupo empresarial, no se utilizó como instrumento para cometer fraude alguno, o dañar los intereses de otros postores o de los deudores demandados, siendo clave en la decisión que dicha entidad fue tercero en el proceso de ejecución hipotecaria, a los efectos del art. 647.3 LEC. (LA LEY 58/2000)

Auto n.º 268/18 de 30 de noviembre de 2018 de la sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona. (LA LEY 246177/2018)

En esta resolución el recurso se centra en *la cuestión si la cesionaria adjudicataria BuildingCenter, SAU era o no era tercera respecto de la ejecutante Caixabank, SA en el sentido establecido en el art. 647.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000).*

La resolución comienza destacando *la falta de fundamento del recurso, en cuanto éste solo se otorga cuando la resolución judicial o del LAJ afectare desfavorablemente a la parte recurrente, a tenor de la claridad con la que se explica el art. 448 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), de forma tal que no se ve en qué podría afectarle desfavorablemente que esa adjudicación de la finca realizada lo fuere en favor de BuildingCenter en lugar de la adjudicataria ejecutante CaixaBank.*

Pero a continuación inciden en la inexistencia de fraude de ley al destacar que: *no se observa fraude de ley ninguno en esa cesión de remate a una entidad con personalidad jurídica distinta de Caixabank, no actuando en ningún proceso declarativo en que pudiera alegarse la existencia de cuentas consolidadas, levantamiento del velo o instituciones similares. Como invoca la sociedad apelada, con cita del auto de 16 de octubre de 2013 de la Sección 3ª de la Audiencia de Tenerife (LA LEY 268552/2013) en un caso similar, no se dan los requisitos del fraude procesal que exigiría de un resultado contrario a lo ordenado o prohibido legalmente, con la STS de 29.12.11, en relación al art. 6.4 del Código Civil (LA LEY 1/1889), siquiera porque no se identifica qué norma prohibitiva se burlaría por la apelada al ceder el remate a dicha tercera Caixabuilding (sic).*

Aun para el caso de que consideráramos que BuildingCenter carecería de la condición de tercera por su estrecha relación con la ejecutante, lo cierto es que no se cumpliría el segundo de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para apreciar la concurrencia del fraude procesal, por cuanto la norma en la que se apoya la ejecutante para participar en la subasta, el art. 647 LEC (LA LEY 58/2000), no va dirigida expresamente a protegerle ni perjudica a terceros, frente a la vía del art. 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), en este caso en que se adjudicó la finca por el 70% del valor de tasación con reserva de cesión a un tercero. Por tanto, no concurriendo ninguna norma de cobertura de carácter imperativo o prohibitivo eludida o soslayada por la supuesta actuación fraudulenta, no puede ampararse la apelante en dicho instituto.

Y concluye la resolución señalando: *Consagrado como derecho fundamental el derecho a la libertad, y en concreto el de empresa, art. 38 CE (LA LEY 2500/1978), la intervención de la cesionaria no elude ninguna norma prohibitiva y evita la doble imposición que podría producirse si la adquisición no se hiciera de esta forma*, conforme al art. 20 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (LA LEY 2326/1995), por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentado, recordando, por otra parte, que el activo se incorpora a la sociedad del grupo de la ejecutante cuyo objeto social consiste precisamente en la venta de inmuebles, y que Buildingcenter, SAU y Caixabank, SA, ostentan cada uno su propio CIF, domicilios sociales distintos y objetos sociales diferenciados, y no coincidentes, Buildingcenter la intermediación inmobiliaria y Caixabank la actividad bancaria, de tal manera que ni se alteró la letra de la Ley con esa cesión de remate permitida en la misma Ley, ni tiene legitimación alguna la persona apelante para cuestionar esa conveniencia fiscal que pudiera aprovechar al grupo empresarial de la ejecutante, de tal manera que la apelante solo defiende su propio interés particular del caso, sin que le corresponda la defensa de los intereses generales que se arroga en su escrito de alegaciones

reiterado en este de apelación, conforme al viejo aforismo que reza *res inter alios acta nec nocet nec prodest*.

En definitiva, por mucho que fuere evidente la vinculación de ambas sociedades, pertenecientes al mismo grupo empresarial, Buildingcenter **no se utilizó como instrumento para cometer fraude alguno, o dañar los intereses de otros postores o de los deudores demandados**, siendo clave en la decisión que dicha Buildingcenter fue tercero en el proceso de ejecución hipotecaria, a los efectos del art. 647.3 LEC (LA LEY 58/2000), cohonestando dicho precepto con el que define las partes en el proceso de ejecución forzosa, o sea, el art. 538 LEC (LA LEY 58/2000), considerando que en sumario hipotecario solo puede considerarse parte propiamente dicha la ejecutante, pues la ejecución se dirige directamente contra el bien hipotecado, como puede verse en el art. 681 LEC (LA LEY 58/2000) en relación a los artículos 129.1.a) (LA LEY 3/1946) y 130 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946), por lo que se desestima el recurso.

7. Ejercicio del derecho de tanteo y retracto por el inquilino acogido en el propio decreto de adjudicación

Doctrina: esta resolución admite que el inquilino pueda ejercer su derecho de tanteo y retracto en el propio procedimiento en que se subasta la finca (en este caso, un concurso de acreedores) sin tener que acudir a un posterior proceso declarativo para hacerlo valer.

Auto 91/2019 de 13 de mayo de 2019 de la sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona (LA LEY 95785/2019).

La resolución destaca que *una vez cerrada la subasta, conforme a lo previsto en el art. 670 LEC (LA LEY 58/2000), el Letrado AJ debe de comprobar los términos de la mejor de las pujas, para aprobar o no el remate. Fue en ese momento cuando el LAJ, en ejemplar garantía de los derechos legales de los arrendatarios, les informó de las condiciones de la venta judicial, y éstos ejercitaron su derecho de tanteo para igualar la oferta. Como acertadamente hicieron, primero el Letrado de la administración de justicia y después la Juez de primera instancia, conforme a lo previsto en el art. 1521 CC (LA LEY 1/1889), el derecho de retrato legal coloca al retrayente en el lugar del comprador, por lo tanto, en este caso, debe de colocar a los inquilinos en el lugar del licitador que hizo la mejor puja, dándole el mismo plazo que le da la Ley de Enjuiciamiento para depositar el resto del remate, en este caso, era de cuarenta días, conforme lo previsto en el art. 670 LEC.*

Y para llegar a esa conclusión parte de la siguiente afirmación general:

La LAU reconocía a los inquilinos de vivienda el derecho de adquisición preferente, por medio del derecho de tanteo y retracto, en las condiciones previstas en el Ley en los casos de venta de la finca. Pues bien, el Tribunal Supremo en sentencias núm. 509/2013, 22 de julio (ECLI:ES:TS:2013:4083 (LA LEY 118671/2013), FJ 2º) y núm. 842/2013, 21 de enero (ECLI:ES:TS:2014:987 (LA LEY 20762/2014), FJ 3º) en términos contundentes ha afirmado que «no se discute hoy la posibilidad de ejercicio del derecho de retracto legal en los casos de venta en pública subasta». La primera de las sentencias se refiere a un retracto legal de comunero, pero la segunda se refiere al de los inquilinos y repite textualmente la afirmación de la primera. Por lo tanto, partiendo de esta interpretación jurisprudencial, los inquilinos tienen derecho, mientras continúe vigente su contrato, a ejercitar dos derechos alternativos el de tanteo y el de retracto.

En el presente caso, la notificación de las condiciones de subasta a los inquilinos se hace el día 20 de febrero de 2017, después de que el rematante hubiera depositado el precio del remate, pero antes de haberse dictado el decreto aprobando dicho remate. El día 7 de marzo de 2017 los inquilinos consignan el depósito necesario para participar en la subasta y manifiestan su voluntad de ejercitar el derecho de retracto. Creemos que propiamente el derecho ejercitado no es el de retracto, ya que la venta no se había consumado con el auto de adjudicación, sino el de tanteo, ya que la notificación de las condiciones de la venta es anterior a aquel momento, pero a nuestros efectos la calificación jurídica del derecho ejercitado es irrelevante. El plazo, en ambos casos es el mismo, el de treinta días naturales (art. 25.2 (LA LEY 4106/1994) y 3 LA (LA LEY 4106/1994)).

8. Posible problemática en la adjudicación al ejecutante si resulta el mejor postor en la subasta judicial electrónica dada la contradicción entre los artículos 670.4 y 671 LEC

Doctrina: resolución que aprecia actuación fraudulenta del ejecutante que interviene en la subasta con otro postor, mejorando la postura con pocos euros y después le cede el remate (supuesto clásico Caixabank-

Buildingcenter). Obliga a aplicar art 671 LEC. (LA LEY 58/2000)

Auto 37/19 de 30 de enero de 2019 de la sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona (LA LEY 95784/2019).

Una problemática que se genera en la práctica a la hora de adjudicar el bien subastado se encuentra en aquellos casos en que resulta que el mejor postor en la subasta judicial electrónica celebrada es el propio ejecutante. Y ello es así porque en esos casos puede producirse una importante alteración en los **importes de la adjudicación a favor de la parte actora**, pues no es lo mismo aplicar las previsiones del artículo 671 de LEC (LA LEY 58/2000) establecidas para aquellos casos en que la subasta ha quedado desierta por no concurrir postores, que como hemos visto obliga a adjudicar entre el 70% y el 60% como mínimo si se trata de vivienda habitual o por el 50% si es otro tipo de bien; que poder adjudicar por los porcentajes que permite el artículo 670.4 de la LEC (LA LEY 58/2000), que conllevaría incluso que la adjudicación se realice por debajo del 50% del valor de tasación del bien si el importe debido por todos los conceptos es inferior a dicho porcentaje.

Además, este supuesto se puede complicar porque detrás de la actuación del ejecutante podría llegar a existir un fraude procesal si quien ha concurrido en la subasta en calidad de postor es una empresa del mismo grupo o afín a la propia entidad bancaria (normalmente su inmobiliaria de referencia), pues como es sabido el ejecutante solo puede realizar posturas cuando intervienen postores extraños (artículo 647.2 LEC (LA LEY 58/2000)). Para comprobar si se ha dado esa situación, la connivencia para permitir pujar al ejecutante, el órgano judicial tendría que oficiar a la Agencia Estatal del B.O.E dado que en principio el sistema no proporciona al órgano judicial la identidad de todos los postores que han intervenido en la subasta amparándose para ello en una interpretación literal del artículo 649.3 de la LEC (LA LEY 58/2000) cuando establece únicamente que *3. En la fecha del cierre de la subasta y a continuación del mismo, el Portal de Subastas remitirá al Letrado de la Administración de Justicia información certificada de la postura telemática que hubiera resultado vencedora, con el nombre, apellidos y dirección electrónica del licitador. En el caso de que el mejor licitador no completara el precio ofrecido, a solicitud del Letrado de la Administración de Justicia, el Portal de Subastas le remitirá información certificada sobre el importe de la siguiente puja por orden decreciente y la identidad del postor que la realizó, siempre que este hubiera optado por la reserva de postura a que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 652 (LA LEY 58/2000).*

Sobre esta cuestión la jurisprudencia hasta ahora era muy escasa, únicamente se había dictado alguna resolución aislada como el Auto 318/15 de 13 de mayo de 2015 (LA LEY 244191/2015) de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia (ECLI: ES:APV:2015:147A, Ponente ROSA MARIA ANDRES CUENCA) resolviendo que aunque la parte ejecutante participe como postor en la subasta celebrada respecto a vivienda habitual, no podrá adjudicarse el bien por los porcentajes del artículo 670.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) (50 % del valor de tasación o, aun siendo inferior, que permita cubrir la cantidad debida por todos los conceptos) sino que habrá que estar a los porcentajes del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000).

Pero en este punto, sorprendentemente, la DGRN sí había amparado esa conducta, aunque ciertamente antes de iniciar la creación de su doctrina progresiva, y así en la Resolución de 16 de junio de 2014 (LA LEY 100485/2014) (B.O.E 29 de julio de 2014) señala que *7. Al tratarse de una subasta y adjudicación celebrada en 2012, considera el registrador que la finca, que estima ser la vivienda habitual, debería adjudicarse por cantidad igual o superior al 60% del valor de tasación y no por el 50% de dicho valor, como consta en el citado decreto de adjudicación, cumpliendo así lo dispuesto en el artículo 671 (LA LEY 58/2000) y en la disposición adicional sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000). Por el contrario, la recurrente considera aplicable el artículo 670.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), puesto que el acreedor ejecutante presentó la mejor postura en la subasta, siendo la cantidad ofrecida superior al 50% de tasación de los bienes. Este defecto debe ser revocado. El artículo 670.4 en su párrafo tercero determina que «se aprobará el remate a favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por ciento del valor de tasación...». En este sentido el acreedor ejecutante puede concurrir a la subasta como postor cuando existan otros licitadores (artículo 647.2 (LA LEY 58/2000) por remisión del artículo 655.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000)) y ninguna norma excluye de manera expresa al acreedor ejecutante de la posibilidad que concede el artículo 670.4 párrafo tercero al mejor postor, siendo así que las previsiones contenidas en el artículo 671 lo son para el supuesto de subastas sin ningún postor.*

Pues bien, la resolución ahora comentada entra de lleno en dicha cuestión en un caso en que CAIXABANK resulta el mejor postor en una subasta en la que solo había intervenido su filial inmobiliaria BUILDINGCENTER, declarando la

resolución hecho notario la interrelación y dependencia entre ambas empresas.

La resolución parte de la idea de que debe realizarse una interpretación conjunta de los artículos 647 (LA LEY 58/2000), 670 (LA LEY 58/2000) y 671 LEC (LA LEY 58/2000), de forma tal que la parte ejecutante no podía intervenir en la subasta si no había postores, y en caso de quedar desierta la subasta hubiese resultado de aplicación el artículo 671 de la LEC (LA LEY 58/2000) por lo que al tratarse el bien subastado de vivienda habitual en ningún caso podría haberse adjudicado por valor inferior al 60% del valor de tasación. Pero al haber entrado la filial de la ejecutante en la subasta logró que al amparo del 670.4 LEC (LA LEY 58/2000) la adjudicación se realizara por importe inferior al 50% del valor de tasación (en concreto la resolución habla de un *misérrimo* 33,89%). Y tras ello afirma la resolución: *Per això, la raó de la comèdia que Buildingcenter, SL, concorris a la subhasta i que ja en la celebració de l'acte amb La Caixa, aquesta millorés en pocs euros totes i cadascuna de les postures ofertes per aquella. Cosa que no va impedir que posteriorment li cedís el remat (Total, tot quedava a casa).* (Traducción libre: *por eso, la razón de la comedia de que Buildingcenter S.L, concurre a la subasta y que ya en la celebración del acto con La Caixa, ésta mejorase en pocos euros todas y cada una de las posturas ofrecidas por aquella. Cosa que no impidió que posteriormente le cediera el remate (total, todo quedaba en casa).*

Y tras ello llega a la siguiente rotunda conclusión: *La nostra conclusió és què l'executant Caixabank, SA, i la cessionària Buildingcenter, SA, van actuar en la subhasta de mala fe, amb abús de dret i frau de la llei processal (art. 7, apartats 1 i 2, del CC (LA LEY 1/1889), art. 11.2 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) i art. 247, apartats 1 i 2, de la LEC (LA LEY 58/2000)). Actuació que no podem emparar, amb la qual cosa, constatat el defecte, la conseqüència processal ha de ser la sol·licitada a la pètit del recurs d'apel·lació, la declaració de la subhasta com deserta i que a continuació el Jutjat apliqui les condicions de l'edicte de la seva convocatòria, que han de ser les previsions de l'art. 671 de la LEC. (LA LEY 58/2000)* (Traducción libre: *Nuestra conclusión es que la ejecutante Caixabank S.A y la cesionaria Buildingcenter S.A actuaron en la subasta con mala fe, con abuso de derecho y fraude de ley procesal (artículo 7, apartados 1 y 2 del CC (LA LEY 1/1889), artículo 11.2 LOPJ (LA LEY 1694/1985) y artículo 247, apartados 1 (LA LEY 58/2000) y 2 de la LEC (LA LEY 58/2000)). Actuación que no podemos amparar, con lo cual, constatando el defecto, la consecuencia procesal ha de ser la solicitada en el petitum del recurso de apelación, la declaración de la subasta como desierta y que a continuación el Juzgado aplique las condiciones del edicto de su convocatoria que han de ser las previsions del artículo 671 LEC (LA LEY 58/2000)).*

En definitiva, estamos ante una resolución sumamente innovadora que por primera vez desenmascara y pone de manifiesto y relieves el ardid utilizado por algunas entidades acreedoras (y se ven muchos casos) para intentar obtener un precio de adjudicación del que correspondería por ley utilizando fraudulentamente a sus filiales o empresas afines.

9. Sobrante en la ejecución hipotecaria y su aplicación

Doctrina: referencia a la Resolución 9 marzo 2017 de la DGRN. Solo hay que estar al límite de la responsabilidad hipotecaria pactado cuando haya acreedores posteriores inscritos o personados, de no ser así y pedirse la adjudicación del inmueble por todos los conceptos al amparo del artículo 671 LEC (LA LEY 58/2000), no existirá sobrante.

Auto 23/19 de 14 de febrero de 2019 de la sección 4 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (LA LEY 95781/2019).

En este asunto el Juzgado de Primera Instancia consideró que en un supuesto del 671 LEC (LA LEY 58/2000) en que se solicitó la adjudicación de varias fincas por todos los conceptos no cabía adjudicar por importe superior a la responsabilidad hipotecaria, teniendo el exceso la consideración de sobrante, por lo que debía consignarse para tramitar el incidente de distribución de sobrante de los artículos 692 (LA LEY 58/2000) en relación 672 LEC (LA LEY 58/2000).

Pues bien, frente a ello la Audiencia Provincial revoca dicha resolución al apreciar que en el caso concreto no había acreedores posteriores inscritos o personados en autos, señalando que: *Es, por tanto, en los casos en los que consta la existencia de titulares de cargas posteriores a la hipoteca que la cantidad que ha de entregarse al acreedor por cada uno de los conceptos, principal, intereses y costas, no puede exceder del límite de la cobertura hipotecaria. Y respecto de la posibilidad de utilizar el exceso la cobertura hipotecaria correspondiente a uno de los conceptos para garantizar la deuda que atañe a otro concepto, la Dirección General ha manifestado que el registrador debe*

comprobar que en ninguno de los conceptos se ha sobrepasado la cantidad asegurada, pues el importe sobrante por cada concepto ha de ponerse a disposición de los titulares de asientos posteriores, como se deduce del art. 691.1 de la Lec. (LA LEY 58/2000) que proscribiera expresa y literalmente que «lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos (principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas) exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria». Así lo reitera, igualmente, el art. 132.3 de la L.H. (LA LEY 3/1946) al extender la calificación registral a «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». Pero también dice la misma resolución, haciéndose eco de otras, dictadas el 12 de abril de 2.000 (LA LEY 6785/2000), 20 de febrero y 23 de septiembre de 2.002 (LA LEY 10659/2003), 8 de noviembre de 2.012 (LA LEY 196224/2012) y 11 de marzo de 2.014 (LA LEY 42608/2014), que cuando los arts. 132 (LA LEY 3/1946) y 133 de la L.H. (LA LEY 3/1946). y el art. 692.1 de la LEC (LA LEY 58/2000) aluden al depósito de la cantidad sobrante a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado, se están refiriendo a los titulares de derechos posteriores al que se ejecuta y que constan en el procedimiento, bien por la certificación de cargas, bien porque, advertidos por la nota de expedición de esta última, han comparecido por su propia iniciativa para hacer valer sus derechos sobre el eventual sobrante. El propio concepto de sobrante está ligado a la existencia de acreedores posteriores que consten como tales en el procedimiento. Si en el proceso de ejecución no se conoce la existencia de tales acreedores posteriores y es el propio deudor el titular de la finca, no cabe hablar de sobrante, sino que lo procedente es satisfacer al acreedor ejecutante la totalidad de lo reclamado, aunque exceda de los límites de la responsabilidad hipotecaria por los diferentes conceptos

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA POLÉMICA GENERADA POR LA DOCTRINA PROGRESIVA DE LA DGRN Y SU RECEPCIÓN POR LA JURISPRUDENCIA. NOTA DE URGENCIA SOBRE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 13 DE JUNIO DE 2019

Por la importancia y relevancia de la cuestión dedicamos un apartado especial a la polémica que está generando la que hemos venido a denominar «doctrina progresiva» de la DGRN, que es aquella que realiza una interpretación amplia de la norma para evitar que su tenor literal perjudique gravemente al deudor-consumidor. Concretamente son dos los puntos que están generando mayor controversia con resoluciones enfrentadas entre las Audiencias Provinciales.

1. La adjudicación de los bienes inmuebles como mínimo por el 50% de su valor de tasación y la consiguiente superación de la doctrina clásica del TS sobre el enriquecimiento injusto

Seguramente el punto de mayor trascendencia, por su alcance y efectos económicos, dentro de esta línea de interpretación progresiva de la normativa procesal es el relativo a si en la actualidad cabe adjudicar los bienes inmuebles por un importe inferior al 50% de su valor de tasación o si la adjudicación ha de realizarse en todo caso como mínimo por ese porcentaje.

El origen de esta interpretación progresiva de la normativa procesal nace directamente de la postura adoptada por la DGRN desde la importante resolución de 20 de septiembre de 2017 (LA LEY 137874/2017) (BOE de 16 de octubre de 2017) que se ha visto confirmada sistemáticamente en pronunciamientos posteriores hasta la reciente resolución de fecha 22 de febrero de 2019 (LA LEY 13954/2019) (BOE de 14 de marzo de 2019), que se ha aplicado tanto a ejecuciones hipotecarias como a ordinarias.

En síntesis, la postura de la DGRN se basa en realizar una interpretación conjunta y sistemática de los artículos 651 (LA LEY 58/2000) y 671 de la LEC (LA LEY 58/2000), entendiendo que, si en el primero para los bienes muebles se establece esa limitación en la adjudicación, igualmente debe aplicarse a los bienes inmuebles por razones de analogía. Concretamente destaca el Centro Directivo en estas resoluciones que *admitir que el acreedor pueda solicitar la adjudicación de la finca por una cantidad que represente menos del 50% del valor de tasación de la finca, supone romper el equilibrio que el legislador ha querido que el procedimiento de apremio garantice entre los intereses del ejecutante (obtener la satisfacción de su crédito con cargo al bien hipotecado), y del ejecutado (no sufrir un perjuicio patrimonial mucho mayor que el valor de lo adeudado al acreedor). La interpretación de una norma no puede amparar el empobrecimiento desmesurado y sin fundamento de una parte, y el enriquecimiento injusto de la otra... El contenido del artículo 651 permite entender cuál es el verdadero espíritu y finalidad de las normas que regulan la adjudicación de una finca en el procedimiento de apremio cuando la subasta ha quedado desierta*

A día de hoy continúan recayendo resoluciones de la DGRN posicionándose claramente a favor del rechazo a inscribir, en procedimiento de ejecución, por menos del 50 % del valor de tasación de la finca adjudicada. En concreto pueden citarse como más recientes las siguientes:

Resolución de 22 de marzo de 2019 (LA LEY 31776/2019) (BOE de 9 de abril, 18)

Resolución de 28 de marzo de 2019 (LA LEY 37760/2019) (BOE de 16 de abril, 5)

Resolución de 5 de abril de 2019 (LA LEY 39431/2019) (BOE de 24 de abril, 6)

Resolución de 25 de abril de 2019 (LA LEY 49141/2019)(BOE de 13 de mayo, 17)

El problema en este caso es que esa interpretación parece colisionar con la jurisprudencia clásica del TS sobre la doctrina del enriquecimiento injusto y su aplicación a la adjudicación de bienes en subasta, que postula en síntesis (por ejemplo Sentencia número 261 de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 (LA LEY 4600/2015)) que ninguna adjudicación efectuada conforme a derecho, aplicando una previsión legal, puede dar lugar a un enriquecimiento injusto del adjudicatario y ello con independencia de que dicha adjudicación haya podido tener lugar por una cantidad ínfima o sumamente baja.

El Registrador de la Propiedad (y por ende, la DGRN), lo que no puede es innovar el ordenamiento jurídico, función que corresponde al legislador

Esta situación es la que ha dado lugar a que diversos pronunciamientos jurisprudenciales se hayan posicionado en contra de la tesis de la DGRN, destacando a este respecto la reciente sentencia de 14 de mayo de 2019 de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tenerife (aún no disponible en CENDOJ), que realiza una dura y contundente crítica a la que la doctrina ha denominado «interpretación progresiva» de la DGRN al pretender innovar el ordenamiento jurídico, al señalar que: *En conclusión, el Registrador de la Propiedad (y por ende, la DGRN), lo que no puede es innovar el ordenamiento jurídico, función que corresponde al legislador que es el que*

ha de introducir en el mismo, caso de considerarlo necesario, aquellas previsiones que considere oportunas para restablecer el deseable equilibrio de intereses en conflicto; invadir competencias jurisdiccionales, pues son los tribunales los que han de dar respuesta a los problemas que la aplicación de la norma esté generando; favorecer o tomar partido por una de las partes que litigan en el proceso de ejecución, en este caso, la ejecutada, pues no de otra forma puede entenderse que la parte que ha instado el procedimiento de ejecución, que lo ha seguido por todos sus trámites, que se ha visto favorecida por resoluciones firmes que le otorgan la adjudicación del bien, vea cercenadas por un ente extraño al proceso sus legítimas expectativas procesales. Y, finalmente, no podemos dejar de advertir que las Resoluciones de la DGRN (respecto de las que en el escrito de oposición al recurso se dice que los registradores de la propiedad están obligados a respetar conforme a lo dispuesto en el art. 327 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946)) ni son fuente del derecho (ni siquiera la jurisprudencia lo es, pues solo se le atribuye una función de complemento del ordenamiento jurídico, según el art. 1.6 del CC (LA LEY 1/1889)) ni constituyen doctrina alguna, sino que son resoluciones de un órgano administrativo sometidas al control jurisdiccional.

También en contra del criterio de la DGRN puede citarse la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Murcia, Sentencia 00211/2018. IRR impugnación resoluciones registradores 0000770/2018. Tras una ejecución especial de bienes hipotecados, en la que, acordada la práctica de subasta sin que a la misma concurrieran otros licitadores, se adjudicó la finca a la demandante de conformidad con los artículos 671 (LA LEY 58/2000) y 674 LEC (LA LEY 58/2000) por el total de la deuda, se formuló demanda de juicio verbal contra la calificación de la registradora (y, en el mismo sentido, la calificación sustitutoria que se instó) por la que **se denegó la inscripción** por considerar que no quedaba acreditado que la adjudicación cubriera el 50% del valor de tasación de subasta, con base entre otros, en lo contenido en Resolución de la DGRN de 20 de septiembre de 2017 (LA LEY 137874/2017).

Para el juez, la cuestión debatida pasa por **avaluar una de las siguientes interpretaciones:**

- *el legislador, al redactar el art. 671 LEC (LA LEY 58/2000), ha querido expresamente permitir que la adjudicación de inmuebles en el caso de subasta sin postores se haga por menos del 50 % del valor de tasación, siempre que cubra la cantidad que se deba por todos los conceptos.*
- *el legislador, al redactar el art. 671 LEC (LA LEY 58/2000), no quiso hacer esa expresa previsión y la discordancia entre la redacción el art. 671 y los arts. 670.4º (LA LEY 58/2000) (subasta de inmuebles con*

postores) y art. 651 (LA LEY 58/2000) (subasta de muebles sin postores) obedece a una imprecisión o laguna legal.

Mientras que la segunda interpretación vendría avalada por criterios de equidad e interpretación conjunta y teleológica de los distintos preceptos de la LEC sobre subastas de muebles e inmuebles, la primera vendría avalada por la interpretación literal del art. 671 (véase en particular la conjunción disyuntiva «o»).

Así expuesta la cuestión, admitiendo que es una «cuestión perfectamente discutible en Derecho», se opta por amparar la posición sostenida por la demandante, en aquel caso, CAJAMAR CAJA RURAL SCC, «por ser la que viene siendo acogida en precedentes resoluciones judiciales». Y cita:

El AAP Almería, Civil sección 1 del 15 de febrero de 2017 (ROJ: AAP AL 1266/2017 - ECLI:ES:APAL:2017:1266A); Auto: 79/2018; Recurso: 142/2017; Ponente: Juan Antonio Lozano López;

El AAP Córdoba, Civil sección 1 de 20 de noviembre de 2013 (ROJ: AAP CO 24/2013 - ECLI:ES:APCO:2013:24A (LA LEY 271493/2013)); Auto: 114/2013; Recurso: 159/2013; Ponente: José Francisco Yarza Sanz.

El AAP La Rioja, Civil sección 1 de 13 de abril de 2018 (ROJ: AAP LO 230/2018 - ECLI:ES:APLO:2018:230A (LA LEY 207296/2018)); Sentencia: 46/2018; Recurso: 18/2017; Ponente: Fernando Solsona Abad.

A continuación, se reproducen en la sentencia los fundamentos de derecho CUARTO y QUINTO del Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja antes citada.

El argumento final de la sentencia, tras hacer suyos los de las resoluciones citadas, en especial, los de la última, es el de que *en definitiva, no apreciamos razones para considerar acreditado que la redacción del art. 671 LEC (LA LEY 58/2000) presenta lagunas legales que deban ser integradas por el juzgador, ni que el resultado práctico de la aplicación de su literalidad resulte absurdo, contrario a Derecho o incompatible con el espíritu que inspira el conjunto de la regulación procesal de la subasta. Por ello, **el art. 3 CC (LA LEY 1/1889) nos lleva a interpretar el precepto conforme al propio sentido de sus palabras y no conforme a criterios de equidad** .*

Pero lo cierto es que sí pueden localizarse resoluciones judiciales favorables a la tesis de la DGRN, como, por ejemplo, la **sentencia de 26 de diciembre de 2018 del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Sevilla. Número de sentencia 296/2018. Juicio verbal 729/2018.**

El juzgado, en la misma sentencia, **reconoce haber seguido la literalidad** del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) en los casos de vivienda habitual, subasta sin postores y «error de salto» consistente en que el importe de lo debido se sitúa entre el 60 y 70 por ciento. Venía permitiendo que se adjudicase la finca al ejecutante por el 60 por ciento, quedando subsistente la deuda reclamada en cuanto al exceso.

Pero influido por la doctrina de la DGRN para esos mismos casos (**Resoluciones de la DGRN de 12 de mayo**, hoy anulada, **y de 21 de octubre de 2016**) y aplicando directamente los planteamientos de la **Resolución de la DGRN de 20 de septiembre de 2017 (LA LEY 137874/2017)** , la primera que rechazó la inscripción de la adjudicación de la finca hipotecada por una cantidad inferior al 50% del valor de la finca tras una subasta sin postores de una finca que no era vivienda habitual, el juzgado aplica esta doctrina, para lo cual parte de interpretar de forma conjunta los artículos 651 (LA LEY 58/2000) y 671 LEC. (LA LEY 58/2000)

En consecuencia, según la sentencia, si bien el 671 de la LEC permite a falta de postores que se adjudique la finca o por lo que se deba por todos los conceptos o por el 50% del valor de tasación, cuando se adjudique por lo que se deba por todos los conceptos, esa cantidad no podrá ser inferior al 50% del valor de tasación.

2. Adjudicación de la vivienda habitual entre la horquilla del 70% y el 60% y el dilema de admitir el salto entre uno y otro porcentaje o adjudicar por la cantidad debida

Esta es una de las primeras cuestiones procesales que dio lugar al alumbramiento de la llamada doctrina progresiva de la DGRN separándose del tenor literal de la Ley. Su origen se encuentra en la interpretación que debe darse a la previsión del artículo 671 de la LEC (LA LEY 58/2000) cuando permite adjudicarse al ejecutante la vivienda habitual del demandado de la siguiente forma: *Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien.*

Si se atiende al tenor literal de este precepto parece que la norma obligue a efectuar un salto de porcentaje si la

cantidad debida por todos los conceptos no llega al 70%, de forma que, si es así, la adjudicación ya no pueda hacerse por ese 70% sino por el 60%, es decir, se pasaría directamente de uno a otro porcentaje. Esta interpretación literal puede dar lugar a situaciones sangrantes y muy perjudiciales para el deudor hipotecario, pues por ejemplo, si en un caso concreto la cantidad debida por todos los conceptos ascendiera al 69,99% o al 68%, ello daría igual y la adjudicación se tendría que hacer por el 60%, lo que obviamente perjudica al deudor pues con la enajenación forzosa del bien no se va a poder pagar íntegramente la deuda reclamada, con lo que el ejecutante tendrá acción contra el mismo por la vía del artículo 579 LEC (LA LEY 58/2000) pudiendo reclamar la cantidad no satisfecha en la subsiguiente ejecución ordinaria.

Precisamente frente a esa interpretación y sus perniciosos efectos reaccionó tempranamente la DGRN en su Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 2016 (LA LEY 57694/2016) (B.O.E. 6 de junio), reiterada por otras posteriores (como las de 21 de octubre de 2016 y 5 de julio de 2017 (LA LEY 100363/2017)), en la que se destacaba que la interpretación ponderada y razonable del art. 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), para evitar un resultado literal contrario al espíritu y finalidad de la ley, habrá de ser la de que si *se tratara de vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por un importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad por la que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la que cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta*. Es decir, sentando la interpretación de que no debe accederse a ese salto de porcentaje, sino que la adjudicación debe realizarse en todo caso por la cantidad efectivamente debida. En el caso antes expuesto, por el 69,99% o el 68%, de forma que la deuda quede extinguida íntegramente con dicha adjudicación. Siendo que el límite inferior del 60% sólo actuaría para aquellos casos en que la cantidad debida por todos los conceptos fuese inferior a dicho porcentaje. Esta interpretación de la norma procesal puede calificarse de progresiva porque realiza una interpretación del precepto que se separa de su tenor o dicción literal con fundamento en la voluntad del legislador que se traslucía tras la reforma que introdujo dicha norma, la Ley 1/13 (LA LEY 7255/2013), que pretendía proteger y amparar al deudor hipotecario titular de vivienda habitual.

En este caso, aunque los argumentos de la DGRN son sólidos y perfectamente asumibles, también se ha suscitado un importante debate a nivel jurisprudencial, con resoluciones favorables a la acogida y recepción de dicha tesis (como por ejemplo la Sentencia Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 3 de octubre de 2018, Rollo 1016/2017. Ponente Sra. Bardón Martínez, o Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5ª, Auto 92/2018, de 31 de julio (LA LEY 207285/2018)); y otras en contra que defienden que debe estarse y primar en todo caso el tenor literal de la ley (por ejemplo, Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, Auto 146/2018, de 16 de abril (LA LEY 207286/2018)), sin perjuicio de que *de lege ferenda* se proponga una reforma de la normativa procesal para evitar el resultado injusto al que da lugar la aplicación de la norma. En esta misma línea contraria a las tesis de la DGRN se sitúa la sentencia 753/18 de 30 de octubre de 2018 (LA LEY 177608/2018) de la sección 4ª Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que **ha revocado la resolución de la DGRN de 12 de mayo de 2016 (LA LEY 57694/2016)**, que como se ha expuesto fue la primera de las que interpretó de forma favorable al deudor el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) en el sentido de considerar, frente a lo que resultaba de su literalidad, que en el caso de que la finca subastada fuera una vivienda habitual, si la cantidad debida por todos los conceptos es inferior al 70% y superior al 60% del valor de tasación, la finca debería adjudicarse por una cantidad correspondiente al importe de lo debido, a pesar de que la norma parezca establecer que la adjudicación se tuviera que aprobar por el 60% de dicho valor de tasación.

Partiendo de la idea de que *el control y revisión del ejercicio de la competencia del Secretario en este punto se otorga por la Ley, ..., mediante el ejercicio de los correspondientes recursos por los interesados en el seno del procedimiento que se sigue ante el Juzgado* (refiriéndose particularmente al ejecutado en cuanto se sigue con él el procedimiento y a los titulares posteriores de derechos inscritos), la sentencia delimita el objeto del recurso en tratar de resolver una **cuestión directamente relacionada con el ámbito de la calificación registral**: si *la competencia calificadora del Registrador alcanza o no la imposición de la interpretación por el Registrador —o la DGRN— de los preceptos reguladores del precio de remate mínimo en la adjudicación al acreedor en subastas desiertas sobre la dada por el Secretario Judicial, imponiendo esa interpretación a la del Secretario*. Y la respuesta que da es la negativa.

Tras referirse a los **preceptos que regulan la calificación registral** (particularmente, los artículos 18 de la Ley

Hipotecaria (LA LEY 3/1946) y 99 (LA LEY 3/1947) y 100 del Reglamento Hipotecario (LA LEY 3/1947)), declara que no podría aceptarse en ningún caso que *el alcance de la calificación registral del documento expedido por el Letrado de la Administración de Justicia (en el seno de un procedimiento judicial seguido ante el Juzgado y bajo la tutela directa del órgano jurisdiccional que conoce de la ejecución, no se olvide) sea superior al que tendría la calificación registral del documento administrativo.*

Más adelante, podemos leer: **la competencia para revisar** la conformidad a Derecho del Decreto de Adjudicación presentado a inscripción corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales competentes para conocer de los recursos que contra dicho Decreto (y eventualmente su confirmación por el Juzgado) sean admisibles en el seno del procedimiento judicial de ejecución. Resulta irrelevante a estos efectos que el Secretario o LAJ carezca, como carece, de potestad jurisdiccional.

Se precisa, a continuación, que **la competencia para el dictado** del decreto de aprobación del remate y adjudicación corresponde al letrado judicial; que la **competencia para revisar** su conformidad a derecho (a instancia de cualquier titular de derechos que puedan verse afectados) se atribuye por la ley al juzgado que tramita el procedimiento, o a la Audiencia Provincial, si se apela la resolución judicial que confirma la del LAJ; y que no corresponde dicha competencia ni al registrador ni, en consecuencia, tampoco a la DGRN, ni al juzgado que pueda conocer de la revisión de la calificación registral emitida. Esto sentado, añade la sentencia:

*Ello comporta que, incluso si compartiéramos la muy razonable interpretación de los artículos 670 (LA LEY 58/2000) y 671 de la LEC (LA LEY 58/2000) que hace la DGRN respecto a cuál ha de ser el precio mínimo de adjudicación al acreedor en la subasta de una vivienda habitual (doctrina sostenida también por cierto por varias Audiencias Provinciales al conocer no de recursos contra las sentencias dictadas en juicios verbales de revisión de la calificación sino de recursos contra los Decretos de aprobación del remate y adjudicación confirmados o no por el Juzgado que conoce del proceso de ejecución), **no podría esta Sala —como no podía el Juzgado, ni la DGRN, ni el Registrador— variar el Decreto firme** dictado en un procedimiento seguido ante un Juzgado en el que se haya dado audiencia a todos los interesados conforme a lo dispuesto en la legislación de aplicación (se hayan personado o no dichos interesados en el procedimiento, puesto que tuvieron la posibilidad de hacerlo), se hayan cumplido las formas extrínsecas para el dictado del título objeto de inscripción y no existan obstáculos nacidos del propio Registro para la inscripción.*

No duda en calificar de **«errónea» la interpretación que la Resolución** de la DGRN de 12 de mayo de 2016 (LA LEY 57694/2016) hace de los artículos 670 (LA LEY 58/2000) y 671 de la LEC (LA LEY 58/2000) en el supuesto de adjudicación al acreedor en subasta declarada desierta de una vivienda habitual subastada por el 60% del valor de tasación en el caso de que lo debido por todos los conceptos sea superior al 60% del valor de tasación e inferior al 70%.

Y en cuanto a los **efectos perjudiciales de la interpretación literal del artículo 670** para el titular de la vivienda habitual subastada o de los titulares de otros derechos inscritos sobre ese inmueble, en la sentencia se concluye que *habrán de ser los interesados los que se personen en el procedimiento de ejecución que se sigue ante el Juzgado e impugnen el Decreto de aprobación del remate y adjudicación por los trámites legalmente previstos en el seno de ese mismo procedimiento.*

Pero incluso con posterioridad a esta resolución han recaído otras que sí comparten el criterio de la DGRN en esta materia, por ejemplo la sentencia 144/19 de 27 de febrero de 2019 (LA LEY 61550/2019) de la sección 4 de la Audiencia Provincial de Málaga, que destaca lo siguiente: *Basta la lectura del fundamentos de derecho segundo de la sentencia recurrida para concluir, sin género de dudas, que la magistrada de instancia ha dado respuesta a la cuestión planteada en la demanda, que no era otra que la impugnación de la nota negativa de calificación del decreto de adjudicación dictado a favor de la hoy recurrente al discrepar de la interpretación que la sra. Registradora de la Propiedad realiza de los arts. 670 (LA LEY 58/2000) y 671 LEC (LA LEY 58/2000), puntualizando en el párrafo quinto de dicho fundamento de derecho que «No siendo discutida la competencia de la Sra Registradora de la Propiedad para calificar si el efectivo importe de adjudicación de la finca en el procedimiento se acomoda al previsto en la LEC», es decir, aceptando esa función calificadora no cuestionada por la demandante, abordó la controversia analizando los arts. 670 (LA LEY 58/2000) y 671 LEC (LA LEY 58/2000), y puede ser cierto que en el proceso lógico-deductivo la magistrada se haya apoyado en resoluciones de la DGRN, pero ello no implica, en ningún caso, erigir la doctrina de dicho Organismo en fuente del derecho ni dotarla de una autoridad superior a la jurisprudencia. Se trata,*

simplemente, de realizar la labor de aplicación e interpretación de las normas jurídicas atendiendo al contexto, los antecedentes históricos y legislativos y a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, pautas que marca el art. 3.1 CC (LA LEY 1/1889), teniendo en cuenta que el art. 671 LEC fue modificado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo (LA LEY 7255/2013), precisamente para proteger a los deudores hipotecarios en un momento histórico de crisis económica, por lo que en la interpretación de dicho precepto debe el operador jurídico auxiliarse con todos los medios a su alcance, entre los que se incluyen, dada la especialidad de la materia objeto de controversia, las resoluciones de la DGRN, que no constituyen fuente del derecho, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo de forma reiterada, aunque les reconoce un «alto valor jurídico» (sentencia de 4 de junio de 2009 (LA LEY 104370/2009)), siendo usual concederles «una reconocida autoridad» (sentencias de 29 de enero de 1996 (LA LEY 4207/1996) y 2 de diciembre de 1998).

Lo cierto es que la contradicción entre las Audiencias Provinciales es absoluta, como muestra por ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo 436/18, que es contraria a la interpretación correctora de la DGRN sobre art 671, pero pone de manifiesto que otra sección de la misma Sala sí sigue la doctrina de la DGRN.

En definitiva, se impone que **bien el TS bien el legislador a través de la oportuna reforma legal se posicionen definitivamente sobre esta cuestión**, esta polémica que no cesa, para arrojar la necesaria seguridad jurídica (9.3 CE) (LA LEY 2500/1978) a una materia de tanta relevancia por su trascendencia económica.

3. La Resolución de la DGRN de 13 de junio de 2019. ¿Hacia una solución integradora en la polémica del mínimo del 50 %?

La DGRN, en resolución de 13 de junio de 2019 (LA LEY 92171/2019) contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de San Javier 2, afronta una vez más, el recurso interpuesto contra una nota de calificación por la que se rechazaba, tras una subasta sin postores, la inscripción a favor del ejecutante por el importe de todo lo debido, por la razón de ser dicho importe inferior al 50% del valor de tasación.

Nada de particular resulta de los antecedentes de hecho: el registrador había utilizado, en su nota de calificación, unos términos muy similares a los que habían dado lugar a varias resoluciones confirmatorias de la DGRN, desde la primera en esa dirección, de 20 de septiembre de 2019. No sólo eso, el registrador había utilizado la misma nota de calificación que él había redactado y firmado, y que la DGRN había confirmado sólo unos meses antes en resolución de 28 de marzo de 2019 (LA LEY 37760/2019) (BOE de 16 de abril). Incluso la había enriquecido con la referencia a nuevas resoluciones registrales y judiciales no citadas en su anterior nota.

La Dirección General reitera, en su totalidad, todos los argumentos que ha venido utilizando para rechazar la inscripción en sus anteriores resoluciones (cita expresamente la de 25 de abril de 2019 (LA LEY 49141/2019)). Esos argumentos se reproducen uno a uno, incluso los relacionados exclusivamente con el procedimiento especial de ejecución sobre bienes hipotecados, a pesar de que el caso al que se enfrenta, en concreto, es el de una ejecución de títulos judiciales. Pero cuando parece que va a confirmarse la nota de calificación, se cierra la resolución con las siguientes expresiones, con las que se da la vuelta al sentido de la decisión:

En el presente caso, la nota de calificación recurrida, si bien fundamentada en diversas resoluciones de este Centro Directivo que transcribe parcialmente, señala como defecto simple y llanamente el de que «no puede adjudicarse la finca por una cantidad inferior a dicho 50% del tipo de subasta», omitiendo toda referencia a la posible actuación del letrado de la Administración de Justicia en cuanto a la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes al caso, de forma que, oídas las partes y firme el decreto de aprobación del remate, nada obstaría para la inscripción de la adjudicación por cantidad inferior al 50% del valor de subasta, como consecuencia de la interpretación integradora de los preceptos citados conforme se ha expuesto anteriormente.

Por tanto, ese defecto señalado en la nota de calificación, tal y como consta redactado, ha de ser revocado.

Para la Dirección General, lo esencial para que el registrador rechace la inscripción no es que el precio de adjudicación no haya alcanzado el 50% del valor de tasación, sino que no pueda llegar a la conclusión, leyendo el decreto, de que el letrado de la Administración de Justicia ha apreciado y valorado las circunstancias concurrentes al caso, de forma que, oídas las partes y firme el decreto de aprobación del remate, ha llevado una interpretación integradora de los preceptos citados conforme se ha expuesto anteriormente.

En cuanto a los «preceptos citados», se está refiriendo al 670.4 LEC (LA LEY 58/2000) y a las garantías adicionales

que, a pesar de movernos en el artículo 671 LEC (LA LEY 58/2000), que nada dice al respecto, se consideran de aplicación para dicho precepto también. Si examinamos la resolución (la que comentamos y todas las precedentes) se declara lo siguiente:

Por lo tanto, existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación.

Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, conforme a la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos»), debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (LA LEY 58/2000) (cfr. artículo 4.1 del Código Civil (LA LEY 1/1889)).

Es muy difícil llegar a conclusiones generales sobre el particular, con tan poco margen para terminar de digerir esta resolución. Pero pueden aventurarse ya algunas ideas:

1º) El defecto del que se trata, un precio de adjudicación inferior al 50% con invocación del artículo 671 LEC (LA LEY 58/2000), no puede ser considerado como insubsanable. Es subsanable porque se está reconociendo que podría el registrador inscribir si del propio decreto, o de la subsanación que se obtenga tras la correspondiente nota de calificación, resultan determinados extremos.

2º) La Dirección General parece tener claro, lo viene diciendo con absoluta rotundidad en todas las resoluciones, y en cuanto a ello no puede hablarse de novedad, que cabe la aplicación analógica del artículo 670.4 (LA LEY 58/2000) (mejor postor con postura inferior al 70%) a los casos del artículo 671 (falta de postores). Y ante esa aplicación del artículo 670.4 a los casos de falta de postores cabe una doble interpretación:

La de referir la analogía sólo a aplicar, en caso de falta de postores, las garantías contenidas en la parte final del artículo 670.4 (el letrado judicial responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y, si aprueba el remate, bajo la posibilidad de recurso directo de revisión ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución). Esta interpretación parece la más ajustada a las palabras de la Dirección General, cuando habla de que «en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes»

La de referir la analogía a la aplicación del conjunto de garantías que se contienen en el artículo 670.4 de la ley procesal. Así se desprendería de las palabras —más genéricas— siguientes: *en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. artículo 4.1 del Código Civil (LA LEY 1/1889))*. Entre todas esas garantías existe una que tiene especial valor y cuya concurrencia, incluso en los casos de falta de postores, podría llegar a convertirse en un trámite legitimador de adjudicaciones por el importe de todo lo debido, incluso por cantidades insignificantes respecto del valor de tasación: la posibilidad prevista en el primer párrafo del artículo 670.4 de que pueda el ejecutado presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad que resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.

En cualquier caso, por uno u otro camino, sea a través del «oídas las partes» del párrafo tercero del artículo 670.4, sea a través del trámite del párrafo primero de que se dé al ejecutado la posibilidad de presentar tercero que mejore el precio, aun irrisorio, de adjudicación, parece claro que el ejecutado tendrá un cauce concreto de intervención para reaccionar, incluso indirectamente en beneficio propio, frente a una situación que, sin dicha intervención, podría calificarse de injusta.

3º) Que la resolución parece dar a entender que es necesario que el decreto, o la subsanación que se expida, deberían ser lo suficientemente expresivos en el sentido de hacer constar, aunque sea sólo por remisión al artículo 670.4 LEC (LA LEY 58/2000), que se han cumplido los trámites previstos en dicho precepto. Precisamente por estar basado todo ello en la aplicación analógica de una norma, y por ser

decisiva la valoración y apreciación del letrado judicial en cada caso, debería reflejarse lo ocurrido en el título calificado. Sin embargo, habrá que ver cómo irá resolviendo este aspecto la DGRN en los supuestos que se vayan dando.

4º) La Dirección General, revocando una nota de calificación que sólo tres meses antes habría confirmado, parece que tiene necesidad de poner el altavoz en algo que ha venido diciendo desde el primer momento: hay una solución, en términos de garantías, a los casos de aplicación del artículo 671 LEC (LA LEY 58/2000), cuando éste dé lugar a adjudicaciones por valores inferiores al 50% del valor de tasación. Y esa solución pasa por la aplicación del artículo 670.4 LEC. (LA LEY 58/2000) Desde esa percepción, merece destacarse su intención constructiva, tratando de encontrar una solución integradora que permita conciliar las dos posturas antagónicas que se han ido perfilando sobre esta cuestión.

IV. NÚMEROS ANTERIORES

N.º 3 publicado en Diario La Ley, N.º 9355, Sección Dossier, 11 de febrero de 2019, Editorial Wolters Kluwer

N.º 1 y 2 disponibles también en <https://registradorescomunidadvalenciana.org/reg-laj-grupo-trabajo-trabajos/>