

Boletín Informativo sobre Adjudicación Hipotecaria, núm. 6, julio 2020

Grupo de trabajo conjunto de la Administración de Justicia y Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana

Diario La Ley, Nº 9680, Sección Dossier, 23 de Julio de 2020, Wolters Kluwer

Comentarios

(Proyecto galardonado en los VIII Premios a la Calidad de la Justicia del CGPJ, 2018, en la modalidad de Justicia más accesible)

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, Doctora en Derecho, Profesora Titular en excedencia y Profesora Asociada.

Editorial: Covid-19, la ejecución ordinaria convertida en hipotecaria y la polémica del art. 671 LEC

Como era de esperar el estado de alarma decretado por la situación epidemiológica del Covid-19 ha afectado tanto a la labor doctrinal de la nueva DGSJFP como a la jurisprudencia de nuestros tribunales, cuyo trabajo se ha visto reducido por las medidas de protección social impuestas.

A esta fecha hay en trámite un proyecto de reforma de la regulación procesal, que con la finalidad de agilizar los procedimientos e implantar el teletrabajo, seguro retoca algunos aspectos que pudieran beneficiar la resolución de las controversias suscitadas entre los tribunales y la doctrina registral.

Volvemos a reparar en el art. 671 LEC (LA LEY 58/2000), y la diferencia de criterios existente entre el centro directivo (DGSJFP) y los tribunales de justicia, que como podemos apreciar en el presente resumen, defienden la correcta redacción y claridad del precepto, frente a la Dirección General que exige la aplicación del trámite del art. 670.4 LEC (LA LEY 58/2000) al supuesto de subasta sin postores.

Por otro lado asistimos al inicio de la presentación de demandas de ejecución de sentencias en las que se resuelve el vencimiento anticipado de la deuda ante la imposibilidad de interponer demanda de ejecución hipotecaria por haberse declarada nula la referida cláusula de vencimiento anticipado. Aquí, el equipo de Registradores, Letrados de la Administración de justicia y Magistrada que forman este grupo ya adelantó la necesidad de modificación del art. 555 LEC (LA LEY 58/2000), para adecuar la ejecución ordinaria a las especialidades de la ejecución hipotecaria, véase el artículo doctrinal **«La acumulación de ejecuciones como alternativa a la ejecución hipotecaria. Propuesta de modificación del artículo 555 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000)»**, Diario La Ley, N.º 9287, Sección Tribuna, 26 de octubre de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

Es de prever que la problemática ira creciendo en proporción al volumen de demandas despachadas, y que la disparidad de criterios que surgirá únicamente podrá resolverse tras una reforma legislativa.

Deseamos que en la pretendida reforma se solucionen estos detalles técnico-jurídicos que tantos problemas de índole interpretativo están causando a los registros y los tribunales.

I. Novedades Resoluciones DGRN

1. Aspectos sustantivos y registrales relacionados con la titulización de créditos hipotecarios y

con las cesiones a fondos de titulización

Doctrina: El pago por el fondo a la entidad acreedora consecuencia de la escritura de cesión no es causa suficiente para cancelar la hipoteca inscrita.

Resolución de la DGRN de 2 de septiembre de 2019 (LA LEY 149072/2019) (BOE 30.10.2019, 13)

Por su referencia a las cesiones a fondos de titulización, es destacable esta resolución en la que se hace una exposición instructiva de algunos aspectos que se presentan, en ocasiones, en ejecuciones hipotecarias en las que intervienen ese tipo de fondos.

Se planteaba si, en los supuestos de titulización de préstamos y créditos hipotecarios, tiene lugar una extinción de la hipoteca por ministerio de la Ley, como consecuencia del pago efectuado por el fondo de inversión inmobiliario a la entidad acreedora; y si, por ello, es posible cancelar la hipoteca sin consentimiento de acreedor al amparo del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) o, alternativamente, por caducidad al amparo del artículo 210.1.8.ª (LA LEY 3/1946) de la misma ley, que era lo que solicitaba el recurrente en el escrito que dio lugar a la nota de calificación recurrida. La Dirección General rechaza que sea así, oponiéndose a cancelar y confirmando la nota.

Defiende el recurrente, entre otros muchos y muy diversos argumentos, que tras el abono total por parte de los inversores del valor del préstamo hipotecario, en la fecha de titulización y desembolso en la cuenta de la entidad acreedora, ésta ha recibido el pago del préstamo, quedando extinguido respecto del prestatario por aplicación los artículos 1164 (LA LEY 1/1889) y 1159 del Código Civil (LA LEY 1/1889). Según este razonamiento, extinguida la deuda respecto del prestatario-hipotecante, la cesión/venta que comporta la titulización de los préstamos no solo supone la pérdida de los derechos de crédito del acreedor primitivo sino también la de todos los accesorios incluyendo la hipoteca (artículo 1528 del Código Civil (LA LEY 1/1889)).

Recuerda la Dirección General que *«la titulización constituye un proceso financiero por medio del cual se transforman unos activos generalmente ilíquidos (créditos/préstamos) en títulos o valores negociables, mediante la puesta en el mercado secundario, o mediante su cesión a un fondo de titulización, quien a su vez emite unos bonos para su colocación entre inversores institucionales»*.

Tras referirse a las modalidades que pueden adoptar las operaciones pasivas en que se materializa la titulización (cédulas, bonos y participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipoteca), con referencia a las participaciones hipotecarias y a los certificados de transmisión de hipoteca hace la precisión de que, en tales casos, esa transmisión no necesita de inscripción registral (véanse los artículos 15 de la Ley 2/1981 (LA LEY 607/1981), y 17 (LA LEY 6908/2015) y 22 de la Ley 5/2015 (LA LEY 6908/2015), con la excepción del artículo 29 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril (LA LEY 7646/2009)). Pero, no siendo necesaria dicha constatación registral, «hoy en día, nada impide su inscripción, aunque la cesión sea en favor de fondos de titulización sin personalidad jurídica, ya que según el artículo 16.3 de la citada Ley 5/2015 (LA LEY 6908/2015), "se podrá inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización"».

Sentado todo lo cual, añade: *«Por lo que se refiere a la cesión de derechos de crédito a favor de fondos de titulización, el artículo 16.4 de la Ley 5/2015 (LA LEY 6908/2015) dispone que «a los fondos de titulización les será de aplicación, en relación con los préstamos y demás derechos de crédito que adquieran, el régimen que en favor de los titulares de las participaciones hipotecarias se contempla en el párrafo final del artículo 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo (LA LEY 607/1981), de regulación del mercado hipotecario», de donde se infiere que, frente a lo que alega el recurrente, no es aplicable la exigencia de nota marginal relativa a los bonos hipotecarios aunque la misma hubiere sido obligatoria en el momento en que se produjo la cesión al fondo».*

«Por tanto, la aportación de derechos de crédito a un fondo de titulización supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo o crédito, aunque conserve por Ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración; siendo el fondo de inversión el nuevo acreedor, en todo o en parte, el cual se subroga en la misma posición jurídica que tenía de la entidad cesionaria concedente del crédito, ocupando su lugar en las relaciones con el deudor o prestatario, en lo referente al pago de la deuda».

«En este sentido será aplicable el artículo 15 de la Ley 2/1981 (LA LEY

En caso de falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa, concurrirá, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación

607/1981), según el cual el titular de la participación hipotecaria, en caso de falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa, concurrirá, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación; podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución judicial y si éste no la instare dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello, el titular de la participación podrá subrogarse en dicha ejecución, por la cuantía de su respectiva participación. La vigencia de este artículo ha sido puesta en tela de juicio por numerosos juzgados que no admiten la legitimación activa del acreedor cedente, sino que exigen que la demanda ejecutiva sea instada por el fondo de titulización como verdadero

titular del crédito, previa inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad; pero esta discutida cuestión no es objeto de este recurso».

Para la Dirección General, ni con la emisión de participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipoteca, ni con la cesión de derechos de créditos a un fondo de titulización, se alteran *per se* las condiciones financieras pactadas entre la entidad acreedora cedente y sus clientes, «que seguirán siendo las mismas, sin que el préstamo se extinga por ello, sino que únicamente cambia la figura del acreedor; ni tampoco perjudica al deudor la falta de notificación o conocimiento de la titulización, porque en tal situación el pago a su antiguo acreedor le libera igualmente; ni finalmente le afectan las facultades de administración, gestión y ejecución de los préstamos que tiene la entidad titulizante», con las matizaciones que la propia resolución trata.

La resolución desarrolla muchas cuestiones, sobre titulización de créditos hipotecarios, sobre la cesión de créditos y sobre el requisito de la notificación al deudor. Examina, por último, el régimen de cancelación por caducidad de las inscripciones de hipotecas, pues también la pedía el recurrente, siendo rechazada igualmente la pretensión al no haber transcurrido el plazo mínimo legal establecido para estos casos.

2. Importancia del examen del pacto inscrito de extensión de hipoteca a efectos de toda ejecución

Doctrina: Si se pacta que la hipoteca se extendiera a los supuestos que el art. 110 relaciona, puede entenderse incluida en dicha extensión el caso de agrupación de la finca, aunque la norma hable sólo de agregación de terrenos. En consecuencia, es posible la inscripción de la adjudicación por ejecución hipotecaria que recae ya sobre la finca resultante de la agrupación, aunque alguna de las fincas agrupadas no hubieran sido hipotecadas.

RDGRN 2 octubre 2019 (LA LEY 156808/2019) (BOE 14 de noviembre, 5)

Se trataba de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas relativo a una finca formada por agrupación de tres, una de la cuales se hallaba sujeta a la hipoteca que dio lugar a la ejecución. Sobre la finca resultante de la agrupación aparecían después: una inscripción de venta con subrogación en la referida hipoteca que la gravaba por procedencia —y que fue novada por otra inscripción posterior— y varias inscripciones de hipoteca y anotaciones de embargo.

En la escritura de préstamo hipotecario, y en la inscripción de hipoteca, se pactaba expresamente: «...y extendiéndose por pacto expreso a cuanto mencionan los artículos 109 (LA LEY 3/1946), 110 (LA LEY 3/1946) y 111 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) en todos sus apartados».

Para la registradora este pacto no implicaba que constase inscrito en la finca agrupada un pacto de extensión de la hipoteca a las fincas que se agrupen con la hipotecada. En consecuencia, al procederse a la ejecución, tendría que cancelarse la inscripción de agrupación, «pero no en su totalidad las cargas posteriores inscritas sobre la misma que no pueden verse afectadas por la ejecución en la parte que recaen sobre las fincas de origen distintas a aquella sobre la que se constituyó la hipoteca».

Para la Dirección General, sí que cabe inscribir la adjudicación respetando la inscripción de agrupación. De la lectura de los artículos 109 (LA LEY 3/1946) y 110 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) resulta la posibilidad de pactar que la hipoteca se extienda objetivamente, tras su constitución, a los casos de «agregación de terrenos», admitiendo bajo tales términos —que son los que emplea el artículo 110— a los supuestos en los que se produzca la agrupación

de fincas, tal y como había declarado ya la RDGRN de 8 de marzo de 2013 (LA LEY 43507/2013). De esta forma, la remisión genérica en el pacto inscrito a «cuanto mencionan los artículos 109 (LA LEY 3/1946), 110 (LA LEY 3/1946) y 111 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) en todos sus apartados» debe interpretarse en el sentido de que la agrupación queda dentro de lo pactado. Por ello, al calificarse el decreto de adjudicación, si llegara el caso, no habrá de procederse a la cancelación del asiento en que se materializó registralmente dicha agrupación, cancelación que haría revivir las fincas agrupadas y que subsistieran las cargas que recayeran exclusivamente sobre las fincas no hipotecadas.

A la interpretación que se hace del artículo 110 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) se llega a través de determinadas reglas hermenéuticas, como la «que exige interpretar las cláusulas que admitan diversos sentidos en el más favorable para que surtan efectos». Pero se dan, además, dos circunstancias que influyen en la misma solución en este caso: el «arrastre de cargas» que se realizó en la inscripción 1ª de la finca resultante de la agrupación, en el que se hizo constar que la misma se hallaba gravada con la hipoteca en cuestión; y en la inscripción de novación modificativa de la misma hipoteca que se inscribió ya en el folio de la finca agrupada.

3. Demanda o requerimiento de pago a la sociedad tercera poseedora como requisito para inscribir la adjudicación

Doctrina: Faltando la demanda o requerimiento de pago a la sociedad tercera poseedora inscrita antes de la interposición de la demanda, no cabe inscribir la adjudicación.

RDGRN de 4 de octubre de 2019 (LA LEY 156819/2019) (BOE de 14 de noviembre de 2019, 14)

Si en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados no se ha demandado ni requerido de pago a la sociedad mercantil que, no siendo deudora del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudora, adquirió la finca ejecutada e inscribió su adquisición antes de iniciarse dicho procedimiento, no cabe inscribir el decreto de adjudicación calificado.

Reiterando el sentido de numerosas resoluciones sobre el mismo supuesto, la DGRN declara que *«no es posible inscribir la finca a nombre del adjudicatario y practicar las demás actuaciones derivadas del procedimiento. La titular registral de la finca no ha 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».*

En cuanto a la circunstancia concreta de que la sociedad titular registral hubiera sido notificada con posterioridad al decreto de adjudicación, argumenta la DGRN que *«la posterior notificación que sobre la existencia de dicho procedimiento se haya podido realizar al actual titular no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago».* Ni siquiera puesta en relación dicha notificación con la D.T.3ª de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de contratos de crédito inmobiliario (LA LEY 3741/2019), pues para la DGRN *«dicho incidente extraordinario de oposición está basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado séptimo del artículo 557.1 (LA LEY 58/2000) y cuarto del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), y nada tienen que ver con la omisión de trámites esenciales del procedimiento».*

4. La D.T. 3ª de la Ley 5/2019 (incidente extraordinario de oposición)

Doctrina: Sólo se aplica a los Decretos de Adjudicación dictados en procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados antes del 15 de mayo de 2013 y que se dicten antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019 (LA LEY 3741/2019). Quedan fuera de su aplicación aquellos procedimientos que tengan por objeto la ejecución de títulos judiciales.

RDGRN de 10 de octubre de 2019 (LA LEY 161069/2019) (BOE 25.11.2019).

En relación con un decreto de adjudicación dictado el 9 de junio de 2017 en un procedimiento de ejecución de títulos judiciales dimanantes de procedimiento de juicio cambiario del año 2008, entre otros defectos (relativos al impuesto de transmisiones patrimoniales, al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, a la falta de declaración arrendaticia y a la caducidad sobrevenida de la anotación de embargo que se ordenó en el mismo procedimiento), el registrador apreció además el de que *en el testimonio expedido por el letrado de la Administración*

de Justicia conste que a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 (LA LEY 3741/2019) (el 16 de junio de 2019) ya se habían puesto los inmuebles en posesión del adjudicatario, o bien que no se ha interpuesto en el plazo legal el incidente extraordinario de oposición previsto, o bien que se ha interpuesto dicho recurso pero ha sido desestimado o la resolución dictada no afecta a la eficacia del remate o adjudicación, o bien que concurre alguno de los supuestos de excepción previstos en el apartado 4 de la disposición transitoria tercera de dicha ley.

La Dirección General, tras reproducir los términos de la D.T.3ª de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LA LEY 3741/2019), analiza dos aspectos que habrán de tomarse en consideración para su correcta aplicación:

El ámbito temporal de la disposición: ...la disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019 (LA LEY 3741/2019) se aplicará a los decretos de adjudicación dictados en procedimientos de ejecución hipotecaria siempre que se hayan iniciado antes del 15 de mayo de 2013, fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (LA LEY 7255/2013), y que el decreto de adjudicación que se dicte sea anterior a 16 de julio de 2019, Ley 5/2019, de 15 de marzo, fecha de entrada en vigor de esta última. En el supuesto de este expediente el procedimiento data del año 2008 y el decreto es de fecha 9 de junio de 2017, por lo que se encontraría dentro de los límites temporales de aplicación de la disposición transitoria transcrita.

El tipo de procedimiento, que deja fuera de su aplicación aquellos que tenga por objeto, como era el caso, la ejecución de títulos judiciales. Las causas de oposición a las que hace referencia la disposición transitoria son las establecidas en los artículos 557.1.7.ª (LA LEY 58/2000) y 695.1.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000). El primero de ellos se refiere a la oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales, y su causa séptima exige que el título contenga cláusulas abusivas. El artículo 695 por su parte señala: «1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo, sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: (...) 4.ª El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible». Por último, el capítulo en que se encuadra y al que hace referencia tiene por epígrafe: «De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados». En este caso, el procedimiento es de ejecución de títulos judiciales derivado de un procedimiento cambiario por lo tanto queda fuera del ámbito del artículo 557; tampoco se trata de un título que lleve aparejada oposición y que contenga una cláusula contractual abusiva que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible; finalmente no se trata de una ejecución hipotecaria, por lo que la repetida disposición transitoria no le es de aplicación. En consecuencia, dicho defecto debe ser revocado.

5. Herencia yacente

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 15 de octubre de 2019 (LA LEY 161049/2019) (BOE 22 de noviembre de 2019, 7)

En un procedimiento de ejecución hipotecaria del que resulta que el llamamiento fue genérico a la herencia yacente y desconocidos herederos del titular registral; no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a esos herederos indeterminados; ni que se haya llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia de herederos testamentarios o legales del titular registral, la Dirección General reitera su doctrina:

«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 (Resoluciones de 27 de mayo (LA LEY 91358/2013) y 12 de julio de 2013 (LA LEY 140638/2013), 8 de mayo de 2014 (LA LEY 74345/2014), 5 de marzo de 2015 (LA LEY 18459/2015)...).

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».

6. Momento procesal de la expedición del mandamiento de cancelación de cargas

Doctrina: En un procedimiento de ejecución hipotecaria, el mandamiento de cancelación de cargas no puede expedirse antes de que sea firme el Decreto de Adjudicación.

RDGRN de 15 de octubre de 2019 (LA LEY 161047/2019) (BOE 22 de noviembre de 2019, 7)

La DGRN, en un procedimiento de ejecución hipotecaria, confirma el defecto de falta de firmeza apreciado por el registrador al haberse expedido el mandamiento de cancelación al día siguiente del decreto de adjudicación, lo que implicaba que no había transcurrido el plazo para interponer recurso de reposición.

«...y en cuanto a la falta de firmeza de la resolución judicial por haber sido dictado el decreto con fecha de 10 de enero de 2019, y expedirse el mandamiento el día 11 de enero de 2019, antes del transcurso del plazo para interponer recurso de reposición por plazo de cinco días hábiles, procede, en virtud de los artículos 1, párrafo tercero, 3 y 82 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) y 524.4 (LA LEY 58/2000) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), este Centro Directivo recuerda que la observancia de las formalidades extrínsecas del documento queda sujeta a la calificación del registrador en virtud del artículo 18 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) y 100 de su Reglamento de desarrollo, sin perjuicio del respeto a la función jurisdiccional, conforme a lo ya señalado anteriormente».

7. Mandamiento de cancelación y resolución que acuerda la adjudicación

Doctrina: No puede despacharse el mandamiento de cancelación sin el Decreto de Adjudicación.

RDGRN de 30 de octubre de 2019 (LA LEY 164432/2019) (BOE 27 de octubre de 2019, 2)

Se calificaba un mandamiento de cancelación expedido en una ejecución hipotecaria en el que se insertaba un decreto de adjudicación del que literalmente resultaba: «Expídase testimonio de la misma en el que consten las circunstancias a que se refiere el artículo 233 del Reglamento Hipotecario (LA LEY 3/1947) y del 674 de la LEC (LA LEY 58/2000) y que servirá de título bastante para la inscripción a favor de Banco de Santander SA de la finca relacionada en el hecho 2.º de conformidad con lo previsto en el artículo 133 párrafo 1.º de la L.H.». Para la registradora, «no es posible despachar el mandamiento de cancelación si no va en unión del Testimonio del Decreto». La Dirección General confirmó la nota de calificación declarando:

Esta Dirección General ha señalado en su Resolución de 18 de julio de 2018 (LA LEY 99456/2018) que: «Además, en este caso el título posterior (mandamiento de cancelación de cargas) en ningún caso puede despacharse sin que se inscriba el anterior (auto de adjudicación), como resulta de lo establecido en el artículo 133 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946), según el cual el testimonio expedido por el letrado de la Administración de Justicia comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000). Y, como ha quedado expuesto, en el presente caso el auto de adjudicación ha sido objeto de calificación negativa».

Por tanto, debe concluirse que no cabe la presentación del mandamiento de cancelación de cargas sin el testimonio del decreto de adjudicación.

8. La solidaridad del crédito y la hipoteca que lo garantiza cuando ésta esta inscrita a favor de varios acreedores por cuotas

Doctrina: Inscrita una hipoteca a favor de varios acreedores por cuotas, no constando el pacto del carácter solidario del crédito y de la hipoteca que lo garantiza, no puede ejecutarla, en su totalidad, el titular registral de un 94% de dicho derecho. En tales condiciones, está bien denegada la expedición de la certificación de dominio y cargas

RDGRN de 4 de noviembre de 2019 (LA LEY 164438/2019) (BOE 27 de noviembre de 2019, 8)

Se expide mandamiento de expedición de certificación de dominio y cargas a los efectos de la ejecución de una hipoteca de la que es titular registral la SAREB, S.A., en cuanto al 94,405 % y BANKIA, S.A., en cuanto al 5,595 % restante. El registrador se niega a expedirla «por cuanto la hipoteca que se pretende ejecutar no consta inscrita en su totalidad a favor de la entidad demandante —SAREB S.A.— y debería ejecutarse por ambas entidades —artículo

20 de la Ley hipotecaria (LA LEY 3/1946)».

Para la Dirección General son características de los casos de titularidad plural del dominio y demás derechos reales de disfrute: la exigencia, desde el punto de vista registral, de determinación de la cuota o porción ideal que corresponde a cada titular en eV derecho, con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (art. 54.1 RH (LA LEY 3/1947)); y la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad, lo que significa que sólo en defecto de lo especialmente pactado tienen aplicación las normas del Código Civil relativas al disfrute de la cosa común (arts. 393 y 394 (LA LEY 1/1889)), a la administración y disposición (arts. 396, 397 y 398 (LA LEY 1/1889)) y a la división de la cosa común (arts. 400 y siguientes (LA LEY 1/1889)).

Cuando se trata de otra clase de derechos reales, como la hipoteca, al ser la hipoteca accesoria del crédito que garantiza, la exigencia del artículo 54 del Reglamento Hipotecario (LA LEY 3/1947) dependerá de la forma en que se presente la titularidad de dicho crédito: *El carácter parciario, mancomunado o solidario del crédito va a determinar o condicionar la titularidad proindiviso, colectiva o solidaria de la hipoteca que la garantice, siendo la determinación de cuotas inexcusable en el caso de la obligación parciaria pero no en los demás casos (cfr. Resoluciones de 23 de marzo de 1994, 28 de abril de 1999, (LA LEY 9873/1999) 15 de febrero de 2000 (LA LEY 37476/2000) y 10 de febrero de 2003 (LA LEY 1366/2003)).* Y por lo que se refiere al principio de autonomía de la voluntad: *No hay ningún obstáculo para que, por ejemplo, pueda convencionalmente atribuirse a una obligación el carácter de indivisible (cfr. Resolución de 23 de julio de 1999 (LA LEY 115155/1999)); o que, como veremos, una pluralidad de acreedores pueda establecer pactos y limitaciones conjuntos que condicionen el desenvolvimiento natural de obligaciones que en principio sean independientes, con consecuencias en el propio derecho real de hipoteca, a las que no se puede sustraer dado su ya citado carácter accesorio.*

Esta singular cotitularidad también puede determinar especialidades en el ejercicio de la acción hipotecaria. Tres son las formas que puede presentar dicho ejercicio: la actuación aislada y unilateral de cada acreedor, de cada cotitular, que inevitablemente exige como presupuesto la previa determinación de cuotas (vid.. en este sentido el art. 227 RH (LA LEY 3/1947)); la aislada de cualquier acreedor vinculando a los demás, que nos llevará a la cotitularidad solidaria; y, por último, la actuación conjunta de todos los acreedores, en caso de que se trate de una obligación indivisible por pacto expreso entre las partes».

En el caso concreto, es lo cierto que la hipoteca ya fue inscrita, y así consta actualmente, a favor de dos entidades, cada una con su respectiva cuota indivisa de titularidad, como comunidad parciaria.

Se discute por la doctrina si, en estos supuestos de comunidad parciaria, es necesaria la actuación conjunta por todos los acreedores para la ejecución de la hipoteca, o si, por el contrario, cada acreedor puede ejecutar su cuota de hipoteca con independencia de los demás, descartándose por todos, la posibilidad, en estos casos de comunidad parciaria, de una ejecución solidaria por cada acreedor por la totalidad de la hipoteca.

Con base en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario (LA LEY 3/1947), al disponer que «se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley (hoy preceptos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000)), las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor», declara la Dirección General que *la ejecución promovida por uno de los acreedores o titulares se circunscribe a la cuota o parte del crédito hipotecario del acreedor ejecutante, quedando subsistente, y conservando su rango propio, la cuota o parte del crédito hipotecario perteneciente a los otros acreedores o titulares que no han ido a la ejecución... En consecuencia, no se estima imprescindible exigir la ejecución conjunta y simultánea por todos los titulares indivisos de la hipoteca.*

Pero tampoco es acertada la argumentación de la recurrente, que alega la posibilidad de ejecución separada por cada titular de la hipoteca pretendiendo fundamentar tal conclusión en un inexistente, en este caso, carácter solidario del crédito y de la hipoteca que lo garantiza, ya que, como se ha razonado, no nos encontramos ante una titularidad solidaria, como afirma erróneamente la recurrente, sino ante el tercer género de la doctrina clásica, como es la hipoteca de titularidad parciaria. Tampoco procede la afirmación de la recurrente de que puede realizarse «su derecho ejecutivo sobre el porcentaje de la finca que garantiza la hipoteca», pues es claro que no estamos ante una hipoteca de titularidad unitaria que grave una cuota indivisa de una finca, ni ante dos hipotecas que graven cada una de ellas una cuota indivisa diferente de una misma finca, sino que nos encontramos ante una hipoteca de titularidad plural, distribuida en cuotas indivisas de titularidad del crédito hipotecario, que grava la totalidad de la

finca.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

9. Ejecución ordinaria e hipoteca

Doctrina: Debe hacerse constar en la nota al margen de la inscripción de hipoteca su relación con la anotación de embargo practicada después y ordenada en el procedimiento ejecutivo ordinario que tenga por objeto la ejecución hipotecaria.

Resolución de la DGRN de 29 de noviembre de 2019 (LA LEY 183456/2019) (BOE 8 de enero, 6).

El mandamiento calificado derivaba de un procedimiento de ejecución de títulos judiciales y se limitaba a solicitar que se vinculase registralmente la hipoteca previamente inscrita a la anotación de embargo cuya práctica se ordenaba en el mismo procedimiento. En sus alegaciones, la recurrente precisaba que había recaído una sentencia, dictada en un procedimiento ordinario, por la que se condenaba al pago del principal e intereses, consecuencia de una demanda interpuesta para ejecutar la hipoteca inscrita: «el Juzgado», decía, «emitió mandamientos de anotación de embargo sobre la finca 25.303 como si fuera una carga posterior la que se estaba ejecutando, en lugar de anotar el embargo como anotación marginal de la hipoteca».

La nota de calificación era contraria a la constancia de tal relación entre la anotación de embargo y la hipoteca inscrita y la Dirección General revoca la nota.

Se desarrollan los mismos argumentos que fueron expuestos, entre otras, en la RDGRN de 23 de mayo de 2018 (LA LEY 60110/2018) (BOE 12 de junio): que es posible acudir al procedimiento de ejecución previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) para cualquier título ejecutivo (o incluso al procedimiento ordinario); que es necesario practicar el embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria; y, citando *in fine* la Resolución de 10 de diciembre de 1997, que «resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización». No actuar así podría producir «efectos distorsionadores», como sería el de que entre la inscripción de la hipoteca y la anotación de embargo practicada por el ejercicio de la acción ejecutiva ordinaria resultan cargas intermedias, pues en ese caso «su cancelación devendría imposible, si dichos titulares no tuvieron en el procedimiento la posición jurídica prevista en el ordenamiento, al ignorar que la ejecución que se llevaba a cabo afectaba a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos».

Concluye la Dirección General:

«Así lo consideró igualmente la Resolución de 23 de julio de 1999 que afirmó la necesidad de hacer constar por nota al margen de la hipoteca ejecutada su relación con la posterior anotación de embargo por la que publicaba la ejecución por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario».

«Ahora bien, debe tenerse especialmente en cuenta que esa preferencia sobre la carga intermedia, lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria, su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria».

10. La polémica del artículo 671 LEC (50 por ciento)

Doctrina: Para la DGRN la correcta interpretación del art. 671 LEC (LA LEY 58/2000) es la que impide que la adjudicación se haga por un valor inferior al 50% del valor de tasación, a menos que medien las garantías que resultan de la aplicación analógica del art. 670.4 de la misma ley.

Resolución de la DGRN de 23 de octubre de 2019 (LA LEY 161060/2019) (BOE 22.11.2019, 20)

Resolución de la DGRN de 8 de noviembre de 2019 (LA LEY 164459/2019) (BOE 28.11.2019, 5)

Resolución de la DGRN de 8 de enero de 2020 (LA LEY 13925/2020) (BOE 08.04.2020, 5)

En la Resolución de 23 de octubre de 2019, se trataba de un decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados en el que, celebrada la subasta, ésta quedó desierta, solicitando el ejecutante la adjudicación de la finca (que no constituía vivienda habitual) por una cantidad que ascendía al 43,05% del valor de subasta.

En la Resolución de 8 de noviembre de 2019, la calificación registral tuvo por objeto un decreto de adjudicación dictado, también, en un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados en el que dos fincas (ninguna de las cuales era vivienda habitual) fueron adjudicadas, previa cesión de remate, por una cantidad, la debida por todos los conceptos, que quedaba en ambos casos por debajo del 50% del valor de tasación de las fincas.

Y en la Resolución de 8 de enero de 2020, se trataba de una ejecución de hipoteca cambiaria en la que, a falta de postores, la vivienda hipotecada, que no era vivienda habitual, se adjudicó por la cantidad que se le debía al ejecutante por todos los conceptos, que tras la tasación de intereses y costas resultó ser de 75.333,80 euros, importe muy inferior al 50% del valor por el que salió a subasta, que fue de 700.000 euros.

En todas ellas, reitera la Dirección General la conveniencia de aplicar en estos casos, el art. 670.4 LEC (LA LEY 58/2000), como norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias: *hay que entender que la correcta interpretación del 671 (LA LEY 58/2000) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) es la que impide que la adjudicación se haga por un valor inferior al 50% del valor de tasación, a menos que medien las garantías que resultan de la aplicación analógica del artículo 670.4 (LA LEY 58/2000) de la misma ley.* Y la de que, en consecuencia, la nota de calificación registral no se limite a señalar como defecto el de que «no puede adjudicarse la finca por una cantidad inferior a dicho 50% del tipo de subasta», sino que debería añadir una 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.

La resolución de 8 de enero de 2020 tiene la particularidad de que se trataba del inscribir un decreto de adjudicación cuya inscripción ya había sido anteriormente rechazada por el defecto genérico de que «el importe de la adjudicación no puede ser inferior al cincuenta por ciento del valor de tasación de la finca». Interpuesto recurso contra tal calificación, el Centro Directivo estimó el recurso en la Resolución de 22 de julio de 2019 (LA LEY 119325/2019)(BOE 9 agosto, comentada en el anterior boletín), por la razón de que no puede admitirse una nota de calificación que omite toda referencia a la posible actuación del letrado de la Administración de Justicia, oídas las partes, en cuanto a la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes al caso. Aportado nuevamente el mismo decreto, junto con la citada resolución de la Dirección General, pero sin un nuevo decreto del letrado judicial con el contenido que exigía la resolución invocada, la registradora emite una nueva nota de calificación en la que ahora declara: «Se suspende la inscripción de la adjudicación puesto que, siendo el importe de la adjudicación inferior al cincuenta por ciento del valor de tasación de la finca, no se acompaña decreto del Letrado de la Administración de Justicia del que resulte la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, de conformidad con el artículo 670.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000)». La Dirección General confirma la nota de calificación:

«Ahora, ante la nueva aportación del mismo documento, sin que lo acompañe documento subsanatorio ni complementario alguno, salvo la propia Resolución citada de esta Dirección General, la registradora en su segunda nota de calificación, que no hace sino acomodarse en su redacción a la fundamentación jurídica que este Centro Directivo resolvió considerar como procedente, por lo que, en este momento, no cabe sino confirmar esta segunda nota de calificación registral, ya que, ahora sí, su redacción y motivación jurídica se ajusta a la doctrina de este Centro Directivo».

II. Novedades jurisprudencia

1. Alternativas en la ejecución de la garantía hipotecaria. persisten las dudas en relación con las normas a aplicar en la ejecución de título judicial derivada del ordinario

Doctrina: esta resolución comienza destacando los cauces a través de los cuales se puede ejercitar la garantía hipotecaria, señalando al respecto que caben tres vías, la especial hipotecaria, la ejecución ordinaria y el declarativo, pero dando a entender que en este último caso si se acude a la vía común de la ejecución dineraria ello será así «con todas sus consecuencias».

Auto n.º 348/19 de 20 de diciembre de 2019 de la sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid.

En esta resolución se analiza un procedimiento ordinario que había sido archivado porque el Juzgado de Primera Instancia entendía que se habían acumulado indebidamente una acción de ejecución ordinaria con la hipotecaria. La

resolución comienza recordando que *«la parte ejecutante, cuando un préstamo resulta impagado y además de la garantía personal e ilimitada del deudor, en dicho préstamo se ha constituido una garantía real —hipoteca— puede optar, indistintamente, para su reclamación 1) por acudir a un procedimiento de ejecución de título no judicial (en cuyo caso no ejercita la acción real ni ejecuta la garantía real —hipoteca— sino que directamente ejercito la acción personal y se dirige frente a todos y contra todos sus bienes presentes y futuros, o 2) por acudir a un procedimiento de ejecución hipotecaria (en cuyo caso, se ejercita la acción real, ejecuta la garantía real y sólo cuando lo obtenido en subasta resultare insuficiente —ad, 579 (LA LEY 58/2000), reformado por la LEY 37/11 DE 10 DE OCTUBRE de 2011 (LA LEY 19111/2011)— es cuando se despacha ejecución por la cantidad que falte con los consiguientes embargos (agotada la garantía real se ejercita la acción personal).*

Si el procedimiento elegido es una Ejecución de Título No Judicial, como se está ejecutando la acción personal, todos los deudores en este préstamo responden personal e ilimitadamente con todos sus bienes presentes y futuros, unos por su condición de prestatarios y otros por su condición de avalistas que al haber renunciado a todos los beneficios de excusión y orden, se han convertido en deudores solidarios se dicta el correspondiente auto conteniendo la orden de ejecución y el decreto acordando el requerimiento de pago en el acto y si no paga se proceda al embargo de los bienes que se consideren procedentes.

Si el procedimiento elegido es una Ejecución Hipotecaria se ejercita la acción real y se ejecutó la garantía real y no puede pedir ningún embargo ya que está acudiendo al cauce previsto para la ejecución de las hipotecas de la LEC y sólo cuando lo obtenido en subasta resultare insuficiente (art. 579, reformado por la LEY 37/11 DE 10 DE OCTUBRE de 2011 (LA LEY 19111/2011)) es cuando (se ejercita la garantía personal) se despacha ejecución por la cantidad que falte con los consiguientes embargos.

Por ello, es necesario indicar que el hecho de existir una garantía real hipoteca —, no le obliga al ejecutante a acudir primero a una ejecución hipotecaria y tampoco le obliga, si ha optado por acudir a la ejecución de título no judicial, a ejercitar primero y con carácter previo la acción real, la garantía real y después la personal cuando no se cubra lo adeudado, sino que si acude a la ejecución de título no judicial, la hipoteca es como si no estuviera y se le da al procedimiento el trámite de las Ejecuciones de Título no Judicial.»

Y más adelante reitera que «el acreedor dispone de dos títulos ejecutivos: la escritura pública que documenta el derecho de crédito —préstamo— y la escritura pública que constituye la hipoteca, siempre que la misma esté inscrita en el Registro de la Propiedad; el hecho de que ambos negocios jurídicos aparezcan en una sola escritura pública, de préstamo hipotecario, no supone la existencia de un solo título ejecutivo; el acreedor dispone, vencido el préstamo, del título ejecutivo constitutivo de la hipoteca con el que puede ejercitar la acción real hipotecaria contra el bien o los bienes hipotecados, en cuyo caso se estará a las particularidades que, en orden a la ejecución sobre bienes hipotecados, se recogen en el capítulo V, artículos 681 y siguientes, de la Ley de Enjuiciamiento civil (LA LEY 58/2000), y del título ejecutivo con el que puede instar la acción personal por la vía de la ejecución ordinaria respecto de todos los bienes del deudor. En definitiva, el acreedor con garantía hipotecaria puede optar por ejercitar la acción real contra el bien hipotecado, la personal declarativa o la ejecutiva frente a los obligados por el préstamo escriturado (en este caso, deudor y fiadores solidarios).»

Ahora bien, esta resolución plantea la duda sobre cómo debería desarrollarse la ejecución posterior al concluir con la siguiente reflexión: *«El problema es que en el suplico se pide que la ejecución se siga por la vía hipotecaria, pero no es problema, porque es un exceso innecesario. Iniciada la vía declarativa no está en manos del actor imponer que la condena que pudiera recaer sea ejecutada por las normas de proceso de ejecución hipotecaria. Si quiere ejecutar lo tendrá que hacer por la vía común de ejecución dineraria con todas sus consecuencias.»*

2. Especialidades de la ejecución post hipotecaria del artículo 579 LEC: no es imprescindible haber liquidado intereses y tasado costas previamente en la ejecución hipotecaria. Vinculación entre ambas ejecuciones atendida su naturaleza

Doctrina: según estas resoluciones el hecho de que no se hayan tasado las costas y liquidado los intereses en la ejecución hipotecaria no es impedimento para que llegada la ejecución post hipotecaria del artículo 579 LEC (LA LEY 58/2000) puedan reclamarse tales conceptos. También recalcan estas resoluciones la vinculación entre la previa ejecución hipotecaria y la subsiguiente ejecución seguida ya como ordinaria, siendo el título la escritura, lo que es relevante a los efectos del control de las posibles cláusulas abusivas del préstamo que no hayan sido

depuradas.

Auto n.º 202/20 de 6 de junio de 2020 de la sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Auto n.º 47/20 de 4 de febrero de 2020 de la sección 2 de la Audiencia Provincial de Girona (LA LEY 3894/2020).

Destaca la primera resolución lo siguiente: «1. En la alegación tercera se dice que no se ha practicado tasación de costas ni liquidación de intereses en el proceso de ejecución hipotecaria, que determine exactamente la cantidad por la que debe despacharse ejecución al amparo del art. 579 de la LEC (LA LEY 58/2000). 2. Si la demandante no pidió esos conceptos era muy libre de no pedirlos. Es algo que favorece a los demandados y que no puede alegarse frente a una ejecución como la de que se trata.»

Si en la ejecución hipotecaria no puede examinarse, podría resultar que el contrato estuviese vencido y no vencido a la vez, lo que no resulta posible ya que es un único contrato

Y en cuanto a la segunda cuestión se señala que: «no resulta posible adoptar en la ejecución del artículo 579 una decisión de terminación del proceso al margen de lo dispuesto en la ejecución hipotecaria. El título ejecutivo es, en ambos procesos, uno y el mismo, y no puede producir efectos en uno y no en otro. El contrato de préstamo, que es el título, no puede estar vencido y no vencido a la vez. Si en la ejecución hipotecaria no puede examinarse la cuestión porque ya se entregó la posesión de la finca y se aceptase el examen en ésta, podría resultar que el contrato estuviese vencido y no vencido a la vez, lo que no resulta posible, porque es un único contrato. Estaría ejecutado en una parte, la que fue objeto de la ejecución

hipotecaria, y no podría ejecutarse en cuanto al resto, pese a que, se insiste, se trata de un único título. De otra parte, la ejecución del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento es una continuación de la ejecución hipotecaria, como se desprende de que es, como dice expresamente el párrafo primero del artículo, " por la cantidad que falte". Es una especie de segunda fase de la ejecución del título. Por ello, si no puede revisarse la primera fase porque finalizó esa posibilidad al haberse entregado la finca hipotecada, tampoco puede hacerse con la segunda, es decir, con ésta en la que aquí se está. Ocurriría lo mismo que se ha expuesto ya, es decir que el contrato quedaría ejecutado en una parte y no en otra, pese a que se trató de un único préstamo.»

La segunda resolución citada destaca en esta misma línea que en la ejecución post hipotecaria se pueden controlar las cláusulas abusivas, especialmente la de intereses, siempre y cuando no hayan sido ya analizadas en la previa ejecución hipotecaria, en cuyo caso operaría la cosa juzgada, destacando el Tribunal que «el título en que se basa es el mismo que fundamentó la ejecución hipotecaria: el contrato de préstamo solemnizado en escritura pública... por tanto, no solo es posible sino imperativo que los tribunales analicen si el título ejecutivo incorpora cláusulas abusivas determinantes de la ejecución de la cantidad reclamada.»

3. Distinción entre la subrogación en la responsabilidad derivada de la carga hipotecaria subsistente tras la adjudicación y la posición del deudor. No hay confusión de derechos, aunque el inmueble se adjudique al ejecutante

Doctrina: en esta resolución se explican las razones por las cuales la enajenación del bien hipotecado no implica por sí misma que el adquirente del bien hipotecado pase a ser deudor de la obligación garantizada. La enajenación del bien hipotecado únicamente implica la transmisión de la propiedad del bien, aunque gravado con la hipoteca, pero carece de los requisitos precisos para que se produzca transmisión de la titularidad pasiva de la obligación garantizada.

Auto n.º 221/19 de 24 de septiembre de 2019 de la sección 12 de la Audiencia Provincial de Madrid.

La resolución comienza dejando claro dos ideas esenciales. Primera, que «para que la transmisión del bien hipotecado implique también la transmisión de la condición de deudor, es preciso que se produzca la cesión del crédito, lo cual implica un acuerdo entre el deudor originario (cedente) el nuevo deudor (cesionario), por virtud del cual el cesionario acepte asumir la condición de nuevo deudor, y será preciso que el acreedor acepte el cambio de deudor. Así se desprende de una interpretación conjunta de los artículos 1526 a (LA LEY 1/1889) 1536 (LA LEY 1/1889) y 1205, todos ellos del Código civil.»

Y en segundo lugar, que «quien adquiere un bien hipotecado pero no asume la condición de deudor se constituye en lo que, utilizando la terminología utilizada por la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946), se denomina como tercer

poseedor, el cual, indica la doctrina, responde aunque no debe. Efectivamente, responde puesto que adquiere el bien inmueble con el gravamen hipotecario, por lo que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada el acreedor podrá instar la enajenación en pública subasta del bien hipotecado, pero sin embargo no debe, puesto que no ha asumido la condición de deudor de la obligación, su responsabilidad no proviene de la condición de deudor de la obligación garantizada, de la que carece, sino del hecho de que un bien que integra su patrimonio, el bien hipotecado, queda afecto al cumplimiento de una obligación, aun cuando ésta sea ajena.»

Y de ahí llega a la conclusión fundamental de que «por tanto, la adjudicación de un bien hipotecado en pública subasta no implica que el adjudicatario se convierta en el nuevo deudor de la obligación garantizada. Únicamente implica que adquiere el bien con la carga de la hipoteca y la consiguiente responsabilidad —que no deuda— que de ello deriva.»

Resolviendo en el caso concreto en consecuencia que «aplicando la doctrina que queda reseñada al presente supuesto, ciertamente el derecho real de hipoteca se ha extinguido por confusión en la condición de acreedor hipotecario y propietario del bien hipotecado, puesto que en nuestro derecho no cabe la hipoteca sobre bienes propios, aparte de que carecería de cualquier efectividad práctica para el acreedor hipotecario enajenar un bien de su propiedad para hacerse pago de una deuda ajena. No obstante, subsiste plenamente la obligación garantizada, toda vez que, como se indicaba, la adjudicación al actor del bien hipotecado no le convierte en deudor de la obligación garantizada, por lo que con respecto a ésta no se produce la extinción por confusión que alega el ejecutado.»

4. Participación del ejecutante en la subasta y posibilidad de realizar la mejor postura: aparente colisión entre el 670.4.2 inciso y el artículo 671 de la LEC

Doctrina: esta resolución analiza el supuesto, bastante frecuente en la práctica, en que el mejor postor es el ejecutante y se le acaba adjudicando el bien por los porcentajes del artículo 671 LEC (LA LEY 58/2000) tras seguir los distintos trámites del artículo 670 LEC (LA LEY 58/2000), llegando a la conclusión de que dicha intervención es válida y no contradice la aplicación del artículo 670.4.2 inciso de la LEC (LA LEY 58/2000), no estando obligado el ejecutante a quedarse el bien subastado necesariamente por los porcentajes reforzados que establece este último precepto.

Auto n.º 130/19 de 16 de octubre de 2019 de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo.

Esta resolución comienza señalando «que el ejecutante puede participar en la subasta, siquiera sea cuando existan otros licitadores, es algo innegable, pues así viene expresamente establecido en el artículo 647.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), tanto se trate de bienes muebles, que es el supuesto a que se refiere dicha norma, como de inmuebles, en virtud de la remisión que contiene el artículo 655.2 (LA LEY 58/2000) de la misma Ley. Y que el ejecutante puede hacer la mejor postura responde a la propia literalidad de la norma, pues así lo contempla expresamente el artículo 670.2 (LA LEY 58/2000), no existiendo, en cambio, como ya advirtiera la Resolución de la DRGN de 16 de junio de 2014, ninguna norma que excluya de manera expresa al acreedor ejecutante de la posibilidad que concede el artículo 670.4, (LA LEY 58/2000) párrafo 3º, al mejor postor.»

Para aclarar a continuación lo siguiente: «como nada impone al ejecutante que su postura tenga como límite inferior el 70% del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, cabe admitir que fuese menor y que aun así resultase ser la mejor postura, en cuyo caso el artículo 670.4 contempla tres alternativas sucesivas: la primera, que el ejecutado presente tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 70% del valor de tasación o que, aun siendo inferior, resulte suficiente para la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la segunda, menos factible, aunque no imposible, que el propio ejecutante, facultado pero no obligado a ello, pida la adjudicación del inmueble por el 70% de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos siempre que sea superior al 60% de tal valor de tasación, y la tercera, en defecto de las anteriores, que se apruebe el remate siempre que la cantidad ofrecida supere el 50% de ese valor o, siendo inferior, cubra al menos la cantidad por la que se haya despachado ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas, siendo en otro caso el Letrado de la Administración de Justicia quien deberá resolver, oídas las partes, sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente las que la propia norma contempla, de suerte que si su decisión es denegatoria deberá procederse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 671.»

Concluyendo que en caso de que el ejecutante mejor postor no ejercite la facultad del artículo 670.4.2 (LA LEY

58/2000) inciso, y se quede el bien por un porcentaje menor por las previsiones del 670.4.3 y 4 inciso en relación con el 671 LEC (LA LEY 58/2000), «no cabe entender, en fin, producido un ejercicio abusivo de su derecho por parte del acreedor ni que su actuación responda a un fraude de ley o procesal, pues el resultado habría acabado siendo el mismo en caso de que la mejor postura hubiese sido la ofrecida por otro licitador en iguales circunstancias, como también si a la subasta no hubiese concurrido ningún postor.»

5. La polémica del art. 671 LEC, esta vez en el ámbito jurisprudencial

Doctrina: Interpretación del art. 671 LEC para el caso de subasta celebrada sin postores.

Auto 2/2020, de 16 de enero de 2020 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid.

Señala la resolución que: «Se centra la cuestión objeto de debate en la interpretación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) para el caso de subasta celebrada sin postores, que es el que resulta de aplicación al caso dada la remisión que el artículo 691.4 (LA LEY 58/2000) del propio texto legal realiza a la subasta de bienes inmuebles. La regulación que contempla dicho art. 671 es omnicomprensiva, contemplando minuciosamente y con vocación de exclusividad y plenitud el supuesto de que no haya postores en la subasta en sede de una ejecución de bienes inmuebles. No apreciamos haya en dicha regulación laguna, oscuridad o ambigüedad alguna que deba ser suplida o esclarecida acudiendo a una improcedente aplicación analógica de normas o a una intención del legislador no explicitada en el indicado precepto. En el artículo en cuestión se distinguen claramente dos supuestos: por un lado si se subasta una vivienda habitual y, por otro, si se subasta un inmueble que no es vivienda habitual.

En el primer caso (vivienda habitual) el acreedor puede adjudicárselo por el 70% del valor de tasación si la suma que se le adeuda por todos los conceptos es superior a este porcentaje. Pero si la suma que se le adeuda por todos los conceptos (incluidos intereses y costas) es inferior al 70% del valor de tasación, pero superior al 60%, puede adjudicárselo entonces por el importe de la deuda por todos los conceptos. Se trata de una solución especialmente tuitiva con el deudor cuando el bien inmueble es vivienda habitual, en consonancia con el espíritu y finalidad de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (LA LEY 7255/2013), cuya "ratio legis" era precisamente el aumentar la protección a los ejecutados en el caso de ejecución de su vivienda habitual, dada la precaria situación que atravesaban muchas familias con motivo de la crisis económica.

En el segundo caso, que es el que aquí nos ocupa, es decir cuando el bien inmueble no sea vivienda habitual, la solución es distinta y mucho menos tuitiva para el deudor hipotecario, pues en estos supuestos no entra en juego el principio enderezado a la protección de los deudores cuando la ejecución se proyectase sobre vivienda habitual. En este supuesto el artículo 671 Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), en su redacción aplicable establece que, si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación del bien, y si no se trata de la vivienda habitual del deudor, el acreedor puede entonces pedir la adjudicación del bien "por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos." El legislador emplea la conjunción disyuntiva "o" a la hora de contemplar esas dos posibles alternativas que ofrece al acreedor ejecutante, permitiéndole clara y libremente optar por cualquiera de ellas sin mayores condicionamientos. Ello, como bien señala el juzgador de instancia, sin que en las posteriores reformas de las que ha sido objeto este precepto el legislador haya cuestionado este derecho de opción del acreedor, modificando tan solo los términos de la misma cuando de la vivienda habitual del deudor se trate, elevando primero al 60% el porcentaje mínimo de adjudicación (art. 2.3 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio (LA LEY 14238/2011)) y luego al 70% (art. 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (LA LEY 7255/2013)).

En tal sentido se pronuncian, entre otras las Audiencias Provinciales de Barcelona sección 14, auto de 21 de mayo de 2015 (LA LEY 249697/2015), Málaga, Sección 5ª, auto de 21 de abril de 2016 (LA LEY 100636/2016), Cádiz, sección 8ª, auto de 15 de diciembre de 2015 (LA LEY 248748/2015) o Logroño, Sección 1ª, auto de 13 de abril de 2018 (LA LEY 207296/2018).

Por otra parte y en relación con aquellos supuestos en que el valor de tasación del inmueble subastado resultase muy superior al importe total de lo adeudado, a los que se refiere el ejemplo extremo que en el recurso se relata, la propia LEC en su art. 670.4 (LA LEY 58/2000), que ha sido aplicado por el juzgado, ofrece al deudor la posibilidad de presentar a un tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 50% del valor de tasación o que, aun

siendo inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. Se trata de evitar con dicho mecanismo el enriquecimiento injusto que para el ejecutante podría suponer la adjudicación del bien cuando su valor de mercado sea muy superior a la suma que por todos los conceptos se le adeuda. Ofrecida tal posibilidad a la entidad ejecutada hoy apelante, ningún tercero presentó que ofreciese postura por cantidad superior a la que en total adeudaba, claro indicio de que el valor real de mercado de lo subastado no excedía con mucho del importe de la deuda.»

El juzgador resuelve con claridad que la tan discutida regulación que contempla el art. 671 (LA LEY 58/2000) es omnicompreensiva, contemplando minuciosamente y con vocación de exclusividad y plenitud el supuesto de que no haya postores en la subasta en sede de una ejecución de bienes inmuebles. No aprecia que haya en dicha regulación laguna, oscuridad o ambigüedad alguna que deba ser suplida o esclarecida acudiendo a una improcedente aplicación analógica de normas o a una intención del legislador no explicitada en el indicado precepto. Si bien hay que señalar que el propio juzgador se refiere en la resolución a la aplicación por parte del juzgado de instancia del recurso al art. 670.4 LEC (LA LEY 58/2000), no criticando dicha actuación, a pesar de estar regulado para un supuesto, el de la subasta con postores, diferente al supuesto de hecho del que parte la adjudicación impugnada.

Sentencia 199/2020 de 12 de mayo de 2020, de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia.

Señala el Tribunal que: *«La Juzgadora de Primera Instancia motiva que el artículo 671 de la Ley Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) no puede aplicarse en su sentido literal, sino que debe ser sistemática y ponderada en forma conjunta con el artículo 651 de la Ley Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) y que no puede realizarse por una cantidad que no supere el 50 % del valor de tasación y se apoya en la Resolución de la DGRN de 15/11/2018 (LA LEY 176528/2018) que transcribe parcialmente.*

La Sala no desconoce el posicionamiento en esta cuestión de la DGRN acogido íntegramente por la Juzgadora y —añadimos— su reciente matización en las Resoluciones de 13-6-2019 (LA LEY 92171/2019) y 22-7-2019 (LA LEY 119325/2019), en lo que ha denominado una "interpretación progresiva" donde si ampara la inscripción de las adjudicaciones (cuando no es vivienda habitual) por un valor inferior al 50 % de tasación, por aplicación —vía analogía— del artículo 670 (LA LEY 58/2000)-4 de la Ley Enjuiciamiento Civil, para cuando concurren ciertas circunstancias singulares; luego, al fin y al cabo, implica la admisión frente aquella línea, un resultado viable de ese acceso registral por un importe inferior al 50 %.

La Sala, para al caso presente, no acepta este razonamiento y se alinea con la posición jurisprudencial mayoritaria que discrepa de tal postura de la DGRN, cuyas resoluciones no son vinculantes para el Tribunal, y citamos, por más recientes, (además de las citadas por la parte apelante) como muestra, el AAP Madrid (8) 28-6-2019 (LA LEY 177210/2019) y las en esta citadas de AAP Málaga, Sección 5ª de 21 de abril de 2016, AAP Barcelona, sección, 14 del 12 de febrero de 2015 (LA LEY 249837/2015) y el AAP Cádiz, sección 8ª, del 15 de diciembre de 2015 (LA LEY 248747/2015); SAP Badajoz (3) 23/7/2019 (LA LEY 177208/2019) y SAP Soria 2-9-2019 (LA LEY 177965/2019).

De entrada el artículo 3.1 del Código Civil (LA LEY 1/1889) fija con carácter primigenio que la interpretación de las normas lo es por el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, y la literalidad del artículo 671 (LA LEY 58/2000) no deja lugar a dudas, pues en caso de no haber postores, el acreedor tiene la facultad de pedir la adjudicación y, si el bien sacado a subasta no tiene la cualidad de vivienda habitual (como acece en el caso presente), por el tipo de un 50 por ciento del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Resulta clara que tal facultad (pedir la adjudicación) debe ir acompañada de una postura que es disyuntiva, no otro significado tiene la conjunción "o". No hay palabra o término literal que exprese, fije o imponga que debe respetarse siempre el 50 % del valor de tasación.

De hecho, la Juzgadora —siguiendo la línea de la DGRN— reconoce que literalmente es así, pero que debe acudir a un criterio sistemático y ponderada y conjunto con la norma de la subasta de los bienes muebles, (artículo 651 (LA LEY 58/2000)), pues —este es el motivo de la DGRN— de otro modo se rompería el equilibrio 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).

Resulta evidente que un criterio sistemático no puede contrariar lo que literalmente dispone la norma y tampoco fijar unos condicionamientos que la misma no dispone, restringiendo y limitando una facultad que tiene la parte procesal

(que es quien decide en tal alternativa, no el órgano judicial ni la Registradora).

Es de advertir que los antecedentes históricos no justifican el criterio de la Juzgadora. La Ley Enjuiciamiento Civil 1/2000 partió de una redacción y tratamiento semejante y paritario para la subasta sin postores en bienes muebles (artículo 651) que en bienes inmuebles (artículo 671) y posteriormente la exigencia del párrafo segundo del artículo 651 por la Ley de la Nueva Oficina Judicial de 2009, no tuvo, en cambio, reflejo en el artículo 671 de la Ley Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), que en cambio a partir de la reforma por la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013) (indudablemente pensada para el marco de los deudores hipotecarios y sus viviendas), delimitó en tal campo cuando fuese vivienda habitual de cuando no, y en este último apartado siguió el legislador (a pesar de la reforma introducida por la ley 19/2015 (LA LEY 11653/2015)) igual disyuntiva o alternativa en las condiciones para la adjudicación por el acreedor sin limitación o condicionamiento (que en cambio ya tenían los bienes muebles o regir a partir de tal momento para las ejecuciones sobre viviendas habituales).

Es decir, atendidos todos esos antecedentes legislativos y reformas en el art 671 (LA LEY 58/2000) citado, difícilmente puede entenderse que concorra una laguna legal (el precepto sí que regla la adjudicación y su contenido) que deba ser integrada por los órganos judiciales o incluso por el Registradora de la Propiedad, y debe ser aplicado el principio de legalidad ex artículo 9-3 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978). Cuestión diversa es que se entienda tal posicionamiento por razones de justicia porque puede derivar a situaciones de enriquecimiento injusto (rechazadas por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 5/3/2020, cuando se está ejercitando una facultad expresamente reglada por la Ley Procesal) pero ello no es razón para denegar el acceso registral de un documento judicial que se ha dictado tras cumplirse todas las garantías procesales con audiencia e intervención de los afectados y con expresa conformidad del titular registral afectado que ha visto por tal vía cancelada toda su deuda (capital, intereses y costas) y que, en cambio, la Registradora no quiere culminar. En consecuencia, procede con revocación íntegra de la sentencia del Juzgado Primera Instancia, estimar la pretensión de la parte demandante.»

El Tribunal deja clara su posición, además de recordar que ésta está siendo reiterada por la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales, cuando se refiere a que difícilmente puede concurrir una laguna legal en relación a la redacción del art. 671 LEC (LA LEY 58/2000), ya que el precepto sí regula la adjudicación y su contenido, entendiéndose por tanto que el Decreto de Adjudicación debe cumplir los requisitos de este precepto, sin necesidad de realizar ponderación alguna en relación a lo dispuesto en el art. 651 LEC. (LA LEY 58/2000)

6. Recurso a interponer frente al decreto de adjudicación

Doctrina: Contra el Decreto de Adjudicación no cabe interponer recurso de apelación.

Auto 127/2020 de 30 de abril de 2020, de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid.

«...en ejecución las resoluciones dictadas solo son susceptibles de recurso apelación cuando así se disponga de forma expresa en la propia ley (art. 562 (LA LEY 58/2000)-1-2º LEC, con la única matización que, cuando se trate de título judicial, prevé el artículo 563 (LA LEY 58/2000)-1 LEC, esto es, que el tribunal competente o el Letrado de la Administración de Justicia provean en contradicción con el título ejecutivo, lo cual no es el caso. Dada a la especialidad del artículo 562 (LA LEY 58/2000)-1-2º LEC, aplicable a la ejecución de título judicial, no cabe acudir al régimen general de los recursos contenido en el artículo 455-1 en relación con el apartado 3 del artículo 454 bis de la LEC. (LA LEY 58/2000)... El decreto de adjudicación del bien ejecutado no es una resolución definitiva que pone término a un proceso incluíble en el art. 455.1 de la LEC (LA LEY 58/2000), sino la culminación por conclusión de la actividad ejecutiva y cualesquiera cuestiones que se planteen en el seno de la ejecución habrán de ser resueltas por el propio juzgado cuando el recurso de apelación no esté expresamente previsto (art. 562 de la LEC (LA LEY 58/2000)) y si no hubiera cauce para ello, se habrán de ventilar, si eso es posible, en el juicio declarativo que corresponda.

Mantienen esta misma postura, entre otras, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla (Auto 323/2019, de 26 de septiembre), la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Auto 312/2018, de 9 de octubre), la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo (Auto 99/2018 de 28 de septiembre), la Séptima de dicha Audiencia en auto 106/2018 de 27 de septiembre, la Audiencia Provincial de León (Auto 66/2018, de 31 de julio) y la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Auto 309/2019, de 8 de noviembre)».

Concluye el tribunal que al Decreto de Adjudicación debe aplicársele el régimen de recursos establecidos en el art.

562 LEC. (LA LEY 58/2000), señalando que el referido Decreto no es una resolución definitiva, por lo que no es admisible el recurso de apelación.

7. Ejecución de diferentes préstamos con garantía hipotecaria en el que no se ha realizado una liquidación individual por cada préstamo con la certificación correspondiente al saldo deudor en cada caso

Doctrina: La ejecución de diferentes préstamos con garantía hipotecaria obliga a liquidar individualmente cada préstamo con la certificación correspondiente al saldo deudor en cada caso.

Auto 1/2020 de 9 de enero de 2020, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón.

«Se vislumbra de los términos en que ha quedado configurado el conflicto que su esencia radica en considerar si estamos en presencia de un solo préstamo garantizado con una hipoteca que recae sobre varias fincas, con la consiguiente distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las mismas conforme lo previsto en el art. 119 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946), o por el contrario, como ha estimado el Juzgado, que se trata de varios préstamos garantizados con sendas hipotecas y que por ello no es factible a efectos de su efectividad un tratamiento conjunto para la fijación del saldo deudor y con ello su exigibilidad, que es lo que se ha verificado. Se trata de una controversia en modo alguno ajena a nuestros Tribunales; pueden consultarse al respecto, a título de ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, S.3, de 19 de junio de 2015 (LA LEY 247882/2015) y los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 2 de febrero de 2018 (S.8) y 9 de abril de 2019 (S.12), estos dos últimos a propósito de ejecuciones deducidas como aquí por la SAREB.

Nuestra opinión adelantada (que supone coincidir con el criterio expresado en la primera de las resoluciones citadas ante un supuesto similar o próximo) se basa en el contenido del título en relación con su reflejo registral. Aun cuando el asunto no deja de suscitar serias dudas por la utilización de expresiones y consignación de menciones propias de una configuración de la operación crediticia (en sentido amplio) en el sentido defendido en la demanda ejecutiva, nos encontramos por el otro lado con otra serie de estipulaciones que apuntan en un sentido bien diverso y una serie además de términos equívocos que impiden que podamos afirmar como es debido una realidad diversa a la contemplada en la resolución apelada para poder dar lugar a su reforma, imponiéndose por ello su mantenimiento.»

«...el que se consigne en la escritura de préstamo que los 21 préstamos que comprende serán considerados como uno solo por el importe de la suma de todos ellos mientras no opere la subrogación en el adquirente de alguna de las fincas hipotecadas, con el añadido de que se considerara deuda indivisible, se girara un solo recibo y se llevara una sola cuenta, carece de relevancia a estos efectos, sin que ello implique contravención alguna del principio de autonomía de la voluntad, dado que no empece a la concurrencia de aquella, operando como se dice en la propia resolución apelada como mecanismo contable y por tanto en un ámbito puramente comercial interno, no compartiéndose por ello la alegación deslizada en el recurso de que los diversos préstamos concertados son virtuales, lo que en modo alguno concuerda con el diseño de la operación sin perjuicio de la mecánica que hemos visto que ha sido dispuesta a propósito del tratamiento de los préstamos asignados a las fincas hipotecadas cuya titularidad aun resida en el deudor y que por ello conforme a la misma la liquidación y saldo deudor certificado resulten correctos, como se viene a reconocer en la propia resolución impugnada. Por otro lado, ante dichas determinaciones, lógicamente no puede verse por ello que se haya procedido a dejar de aplicar una estipulación contractual sino simplemente a acotar su relevancia a sus justos términos en relación con la naturaleza de este procedimiento especial y presupuestos que lo habilitan.»

Deja claro el Tribunal, que sin perjuicio de la terminología empleada en la contratación, es elemento clave para determinar el tipo de préstamo el reflejo registral del mismo, considerando en el presente caso que debe aportarse una certificación de deuda individualizada de cada uno de los préstamos.

8. Utilización de la dirección electrónica habilitada

Doctrina: Inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal.

Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2020, de 27 de febrero de 2020 (LA LEY 10066/2020).

Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2020, de 27 de febrero de 2020 (LA LEY 10066/2020) que resuelve recurso

de amparo promovido por una mercantil por respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción en procedimiento de ejecución hipotecaria, vulnerando el derecho de tutela judicial efectiva por inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal (SSTC 6/2019 (LA LEY 268/2019) y 47/2019 (LA LEY 52328/2019)) e inadmisión de la oposición a la ejecución resultante de la confusión del deber de las personas jurídicas de relacionarse con la administración de justicia por medio de comunicaciones electrónicas con la regulación del primer emplazamiento en los procesos civiles.

Aplica la doctrina contenida en las SSTC 6/2019 (LA LEY 268/2019) y 47/2019 (LA LEY 52328/2019), por lo que se estima la demanda.

«el juzgado a quo incumplió con el deber que le venía impuesto por el ordenamiento procesal de proveer al emplazamiento de la entidad recurrente en el juicio hipotecario de manera personal en su domicilio social y con entrega en papel de la documentación necesaria(copia de la demanda ejecutiva, el auto despachando ejecución y su decreto correspondiente), permitiéndole así tener conocimiento de la acción ejercitada en su contra, y contestar al requerimiento de pago de las cantidades despachadas consignando estas, o de contrario formulando su oposición a la ejecución. En cambio, el órgano judicial optó por delegar esta tarea en el servicio de notificaciones electrónicas y dirección electrónica habilitada de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, que llevó a cabo ese emplazamiento mediante un simple aviso en el buzón virtual que dicha mercantil tenía dado de alta para relacionarse con órganos de las administraciones públicas para la gestión ordinaria de trámites administrativos, y no con los tribunales de justicia para defenderse de ninguna demanda. Dicho aviso solo le advertía que tenía a su disposición una notificación de un juzgado y el número de un procedimiento sin más, remitiendo a un enlace de internet al que debía entrar para poder ver el contenido de la notificación, otorgando para ello un plazo dilatado que no guardaba ninguna concordancia con los establecidos en la normativa procesal aplicable, y que como luego se vería el juzgado que encargó el emplazamiento en esas condiciones tampoco respetaría. No había motivo para prescindir del sistema de emplazamiento personal...»

9. Error en la calificación del bien inmueble

Doctrina: El error en la calificación del inmueble produce un daño en el derecho de defensa del demandante, que ve afectados sus intereses en el procedimiento de la subasta.

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2020 (LA LEY 10034/2020).

Se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión ante anuncio de subasta (en el portal de subastas del BOE) que incurrió en error esencial manifiesto al calificar al bien inmueble como local comercial, siendo así que se trataba de un solar, habiendo negado el juzgado la solicitud de declaración de nulidad de la subasta para subsanar el error advertido, pese a que la categoría asignada al inmueble objeto de licitación, la de «local comercial», era errónea, limitaba la publicidad y transparencia e incumplía de manera palmaria las normas que rigen las subastas electrónicas, por lo que debería haber sido corregida por la de «solar», que era la que realmente le correspondía, lo que hubiera evitado el estado de indefensión causada.

«Comprobamos que el juzgado desatendió manifiestamente la relevancia del error del anuncio de la subasta y la incidencia en el proceso de realización forzosa del bien que ese defecto en su identificación podía conllevar, aunque se lo pusiera de manifiesto la parte demandante de amparo a la vista de la regulación contenida en la de la Ley de enjuiciamiento civil (LA LEY 58/2000). Pese a todo lo dicho, y pese a que era el órgano judicial que acordó la subasta a quien correspondía velar por la corrección de los datos de la convocatoria, nada hizo una vez informado del error y constatado este, soslayando el perjuicio económico verosímil que invocaba la parte ejecutada aquí demandante y no exteriorizando en su respuesta una verdadera consideración de los derechos sustantivos concernidos, causando con todo ello indefensión».

10. Notificación del señalamiento de la subasta por edictos

Doctrina: No hay infracción en la notificación del señalamiento de subasta por edictos pues así lo prevé en art. 691.2 LEC. (LA LEY 58/2000)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil n.º 89/2020 de 6 de febrero (LA LEY 2283/2020).

«En el caso enjuiciado, la infracción denunciada se concreta en la defectuosa realización del acto de comunicación

correspondiente a uno de los trámites del proceso de ejecución hipotecaria: la notificación del señalamiento de la subasta. No se imputa, por el contrario, defecto alguno a la notificación de la demanda ejecutiva y al requerimiento de pago, que es el supuesto al que se refieren todas las sentencias del Tribunal Constitucional reseñadas en este fundamento jurídico... ni se ha ocasionado indefensión a quién la invoca».

«No hay infracción de la norma aplicable pues la notificación de la subasta se practicó conforme a las previsiones del artículo 691.2 LEC (LA LEY 58/2000), en redacción vigente al momento en que se dicta la diligencia de ordenación, según el cual el señalamiento de la subasta se notificará al deudor en el domicilio que consta en el Registro, o en su caso, en la forma en que se haya practicado el requerimiento conforme al artículo 686 LEC (LA LEY 58/2000), cuyo apartado 1 dispone que el requerimiento se practicará en el domicilio que resulte vigente en el Registro, y por tanto, en el caso que nos ocupa en la finca hipotecada».

El conocimiento del procedimiento en este caso no es presunto, ni está basado en simples conjeturas, sino en la constancia fehaciente derivada de la notificación personal del trámite iniciador del mismo

«Tampoco se ha producido la indefensión material denunciada... no se produce indefensión cuando la omisión o frustración de los actos de comunicación procesal tienen su causa en la falta de diligencia del afectado en la defensa de sus derechos e intereses, bien porque se ha colocado al margen del proceso mediante una actitud pasiva, bien cuando resulte probado que poseía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio en el que no fue personalmente emplazado... Siendo ello así incluso en los supuestos de procesos seguidos inaudita parte, esto es, sin que haya comparecido una de las partes, cuando el afectado poseía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio, a fortiori debe afirmarse la misma

conclusión cuando el interesado había tenido un conocimiento del litigio en virtud de la previa notificación personal de la demanda ejecutiva y del requerimiento de pago, sin haberse personado posteriormente en el procedimiento. El conocimiento del procedimiento en este caso no es presunto, ni está basado en simples conjeturas, sino en la constancia fehaciente derivada de la notificación personal del trámite iniciador del mismo».

De lo expuesto en la Sentencia, debemos fijarnos entre otras, en la afirmación de que no hay indefensión cuando la frustración de los actos de comunicación procesal tienen su causa en la falta de diligencia del afectado, bien por haberse colocado al margen del procedimiento mediante una actitud pasiva o cuando resulte probado que conocía extraprocesalmente la existencia del litigio.

La fijación de este criterio puede alterar el sistema de notificaciones o averiguaciones de domicilio en los supuestos en que sea la persona a notificar quien impida activamente su notificación o emplazamiento. Habrá que estar pendiente del desarrollo de la postura que aquí mantiene el Tribunal Supremo.

11. Enriquecimiento injusto en bienes adjudicados en procedimientos de ejecución hipotecaria previa a la Ley 1/2013

Doctrina: El enriquecimiento injusto sólo podría advertirse cuando, tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante.

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 152/2020, de 5 de marzo de 2020 (LA LEY 7200/2020).

Señala la Sala que *«lo que justifica que revierta a favor del deudor ejecutado una parte de la plusvalía obtenida por la venta de una finca adjudicada a un ejecutante en un procedimiento ejecutivo que concluye con una subasta desierta, es el hecho de la relativa iliquidez de los bienes inmuebles y los particulares condicionantes del mercado de las subastas de inmuebles (por sus exigencias de previa consignación para tomar parte en la subasta, los plazos perentorios en que han de presentarse las pujas, las dificultades de acceso al conocimiento directo de la propia finca en función de su respectiva situación posesoria, etc), permiten inferir que la generación de una importante plusvalía en un breve lapso de tiempo responde a que el valor de adjudicación al acreedor fue en realidad notablemente inferior al valor real del bien ejecutado. Inferencia que conduce, a su vez, a la conclusión de que el sacrificio patrimonial que para el deudor supuso la ejecución, y consiguiente pérdida del inmueble, no obtuvo el correlato equivalente en la medida o proporción en que aquella adjudicación extinguía la parte de la deuda perseguida correspondiente a dicho valor.*

En esta situación el principio de proscripción del enriquecimiento injusto impone, a fin de restablecer el equilibrio real de la economía del contrato (del préstamo garantizado por la hipoteca ejecutada, en su faceta de derecho de

realización de valor o *ius vendendi*), que una parte de aquella plusvalía revierta a favor del deudor en forma de extinción de la deuda remanente en la proporción correspondiente (proporción que el art. 579.2,b) LEC (LA LEY 58/2000) fijó para los casos sujetos a su ámbito de aplicación en un 50%, sin que ahora resulte preciso prejuzgar sobre este extremo en un caso como el presente».

Por tanto, como se ha expuesto, los requisitos para entender que ha existido enriquecimiento injusto son que la plusvalía sea muy elevada y que ésta se genere en un breve lapso de tiempo.

12. Créditos impugnados por la deudora cedida en cuanto a la posible nulidad de una cláusula suelo

Doctrina: La posible existencia de un pleito que verse sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes a que se refiere la sentencia 149/1991, de 28 de febrero, necesitará para generar el derecho previsto en el art. 1.535 CC (LA LEY 1/1889) afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación (vid.. sentencia 463/2019, de 11 de septiembre (LA LEY 126867/2019)).

«A la luz de las anteriores consideraciones debemos ratificar el concepto de crédito litigioso que ha venido ofreciendo reiteradamente la jurisprudencia de esta sala desde la clásica sentencia de 14 de febrero de 1.903, pasando por las más recientes sentencias 690/1969, de 16 de diciembre, 976/2008, de 31 de octubre, 165/2015, de 1 de abril, hasta llegar a la sentencia 464/2019, de 13 de septiembre, considerar como tal "crédito litigioso" aquél que "habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible [...]". O dicho en otros términos: son créditos litigiosos "aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SS. 14 de febrero de 1.903 y 8 de abril de 1.904), y desde la contestación de la demanda (exigiéndose por la doctrina una oposición de fondo, aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2 LEC (LA LEY 58/2000))" — cfr. 976/2008, de 31 de octubre —.

Por tanto, aplicando la interpretación asumida por dicha doctrina jurisprudencial, la posible existencia de un pleito que verse sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes a que se refiere la sentencia 149/1991, de 28 de febrero, necesitará para generar el derecho previsto en el art. 1.535 CC (LA LEY 1/1889) afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación (vid.. sentencia 463/2019, de 11 de septiembre (LA LEY 126867/2019)).

No es lo que sucede en el presente caso en que lo debatido en el litigio proyectado sobre el crédito cedido se refiere a una cláusula de limitación de la variación a la baja del tipo de interés remuneratorio pactado (cláusula suelo), cuya eventual nulidad no afecta a la subsistencia ni a la exigibilidad del resto de las obligaciones derivadas del préstamo (devolución de capital conforme al régimen de amortización pactado y pago de los intereses remuneratorios calculados sin la citada limitación).

A ello se une, como factor no determinante pero sí coadyuvante, el hecho de que el promotor de la acción judicial fue el deudor cedido frente a la entidad cedente, acción cuyo objeto es la restitución de las cantidades cobradas indebidamente por la entidad cedente (Bankia) en aplicación de la cláusula suelo debatida, así como la declaración de nulidad de la misma estipulación, sin que, por otra parte, conste la subrogación procesal pasiva en dicho pleito del fondo cesionario (Burlington Loan Management Ltd). Situación que, como antes se dijo, no se corresponde con la tipología general del supuesto de hecho subsumido en el ámbito del art. 1.535 CC. (LA LEY 1/1889)

Todo lo cual conduce a la estimación del primer motivo del recurso de casación.»

Deja claro el Tribunal, que para generar el derecho previsto en el art. 1535 CC (LA LEY 1/1889) (crédito litigioso), el pleito debe afectar a la existencia y exigibilidad de la obligación, siendo que el supuesto estudiado, la nulidad o no de la cláusula suelo no afecta a la subsistencia y exigibilidad del resto de obligaciones derivadas del préstamo.