

La Memoria de este año

El derecho real de hipoteca recibe su principal energía de los procedimientos ejecutivos, y aunque un detenido análisis de las garantías inmobiliarias ponga de relieve la importancia que para la contratación moderna presenta la hipoteca dirigida inmediatamente a asegurar, más que a realizar el crédito (hipoteca de seguridad o de máximo), es indudable que la finalidad misma del gravamen se halla orientada en el sentido de realizar el crédito y satisfacer al acreedor.

Con tal objeto, las legislaciones pueden escoger diversos caminos, que convergen en la venta de las fincas por medio del correspondiente órgano de jurisdicción, pero mientras las unas, atendiendo a las ventajas que presenta la enajenación libre de cargas, con precio fácilmente comprobable y sin miedo a las consecuencias de los derechos y gravámenes que pesan sobre el inmueble, adoptan un sistema de liquidación y distribuyen la cantidad entregada por el mejor postor entre todos los derechohabientes, como hace el artículo 1.516 de nuestra ley de Enjuiciamiento civil; muestran los otros un respeto más escrupuloso a los derechos y cargas que por su inscripción gocen de alguna preferencia sobre el que ha servido de título para promover el procedimiento ejecutivo, y solamente consienten la venta en pública subasta a condición de que sigan subsistentes las cargas y gravámenes que aparezcan con prelación en el Registro de la Propiedad.

Nuestra legislación ha pasado desde el sistema de purga o liquidación al de mantenimiento de cargas, sin que la técnica hipotecaria hubiera preparado el camino, ni el legislador tuviera plena

conciencia del cambio de régimen, ni los Juzgados y Tribunales se hallaran en condiciones de completar las lagunas legislativas.

De aquí la necesidad de poner sobre la mesa de estudio los principios en que se apoya el procedimiento judicial sumario, hoy regulado en los artículos 130 y siguientes de la ley Hipotecaria, de examinar las prácticas del foro en estos últimos veinte años, y de fijar los preceptos que pudieran incluirse en las leyes y reglamentos en proyecto.

Tres puntos fundamentales comprende el tema de la Memoria que con fecha 29 del pasado Diciembre ha sido remitido por la Dirección general de los Registros, en cumplimiento del artículo 514 del Régimen hipotecario:

1.º Diferencias fundamentales que existen entre el régimen de subsistencia de derechos y gravámenes preferentes en el procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la ley Hipotecaria y el sistema de liquidación de cargas adoptado por la ley de Enjuiciamiento civil.

2.º Dificultades con que los Juzgados tropiezan al fijar los gravámenes que han de quedar subsistentes, el precio de enajenación en la subasta y el contenido de los edictos correspondientes.

3.º Prácticas viciosas que van abriéndose camino y reformas que se consideren indispensables para desenvolver el texto hipotecario.

Como hemos prometido en el Suplemento número 116, vamos a dedicar unas cuantas observaciones a cada uno de los problemas planteados, para refrescar la memoria de los que han tenido por necesidad profesional que dedicar alguna atención a estas cuestiones y para que sirván de guía a los que no hayan profundizado en la materia.

Saltan a la vista las diferencias fundamentales que para los titulares de derechos inscritos, para el tercero adquirente y aun para el mismo propietario, presentan, respectivamente, los sistemas de mantenimiento o liquidación de cargas.

Según el citado artículo 1.516, sobre cuya pobreza técnica nada

hemos de decir, si la ejecución se hubiese despachado a instancia de un segundio o tercer acreedor hipotecario, el importe de los créditos hipotecarios preferentes de que responda la finca vendida, se consignará en el establecimiento destinado al efecto. El derecho real de hipoteca pierde así su carácter absoluto e independiente, y queda condicionado por las demás inscripciones hipotecarias que pueden originar la venta del inmueble y la liquidación de gravámenes contra la voluntad y el interés del primer acreedor hipotecario y contra los más solemnes pactos que pudieran figurar en el título constitutivo de la hipoteca.

Por el contrario, a tenor del citado artículo 131 de la ley Hipotecaria, los gravámenes o cargas anteriores y los preferentes, continuarán subsistiendo y se entenderá que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate, y, en su caso, el adjudicatario se subroga en la obligación de satisfacerlos.

Como primera consecuencia de éstos principios, establece la regla quinta de dicho artículo, interpretado *a contrario sensu*, que cuando en la certificación del Registro aparezca alguna carga o derecho real constituido con anterioridad a la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito del actor, no es necesario notificar la existencia del procedimiento a los acreedores que se hallen en ese caso, porque se les reputa garantizados por la inscripción practicada a su favor.

Esta consideración *simplicista* choca contra la complejidad del procedimiento y contra las inevitables consecuencias del mismo, que afectan a los acreedores, así como contra los precedentes rituarios de los pueblos, que han aceptado el sistema del mantenimiento de las cargas preferentes.

En el procedimiento, dice el artículo 9.^o de la ley alemana de 20 de Mayo de 1898, serán parte, además del acreedor y del deudor: 1.^o, aquellos a cuyo favor aparezca inscrito un derecho en el Registro o asegurado por medio de inscripción al tiempo en que se tome razón de haberse entablado el procedimiento ejecutivo; 2.^o, aquellos que anuncien al Juzgado ante quien se siga la ejecución, un derecho contradictorio de la misma, un derecho sobre la finca o sobre cualquier derecho que gravase a la misma, una ac-

ción en cuya virtud pueden exigir pagos con el valor del inmueble, o un derecho de arrendamiento o de colonato, que les faculte para la tenencia del mismo inmueble.

De una excepcional importancia para el acreedor hipotecario es el mecanismo de la subrogación del licitador o adjudicatario, a que aluden las reglas 8.^a, 10.^a, 11.^a, 12.^a y 13.^a del repetido artículo 131 de la ley, y que equivale a un cambio forzoso del sujeto pasivo o deudor en la obligación garantizada por la hipoteca. Algunos juristas, celosos defensores de los cánones del Derecho romano, y aun pudiéramos decir de los dictados del sentido común, se niegan a interpretar los referidos textos como acabamos de hacerlo, y afirman que en el caso de adquisición en pública subasta de una finca gravada con derechos o cargas preferentes al del ejecutante, continúan en vigor, si bien con un carácter subsidiario, las deudas aseguradas anteriormente por el Registro, y el nuevo deudor figura al lado, o mejor dicho, al frente de los antiguos.

Así, suponiendo que con una finca por mí adquirida en pública subasta, dentro de un procedimiento seguido contra el Banco de España, hubiese asegurado éste, hipotecariamente, un crédito a favor de A., y yo, como mejor postor, me subrogara en esta obligación por su carácter preferente, el acreedor A., después de intentar, sin buen éxito, obtener el pago de su crédito con la finca hipotecada, podría dirigir la acción personal contra mí, en primer término, y contra el Banco de España, en segundo lugar.

Tal solución no se compadece con el repetido empleo del verbo subrogar, que implica sucesión total, ni con el texto literal de las citadas reglas, ni con el olvido de la distinción entre deuda real y deuda personal, característico del artículo 131 y siguientes, ni con la pobreza técnica del procedimiento ideado, ni con sus consecuencias económicas.

Resultaría, en efecto, injusto, que después de valorar la finca en un millón de pesetas y de adjudicarla por 300.000 al mejor postor, que se ha subrogado en una obligación hipotecaria de 700.000, se exigiera, andando el tiempo, al primitivo deudor, el pago del todo o parte de la misma obligación, por no haber satisfecho el citado postor tal deuda, y por no haber podido el acreedor hipotecario preferente cobrar su importe con el valor últimamente obtenido en

una nueva venta de la finca hipotecada. Si al primitivo deudor-propietario se le ha descontado judicialmente, y por mandato imperioso de la ley, el importe de su deuda en el momento de satisfacerle el precio de la finca, es porque se le libera de toda responsabilidad presente y futura por tal motivo, *non bis in idem*.

También se desprende del sistema de mantenimiento de cargas adoptado por nuestros legisladores de 1909, la posibilidad de que una persona, mediante una fianza ridícula y un precio exiguo, tome parte en la subasta de una finca de enorme valor y adquiera su propiedad, como si la ley no debiera tener cuenta de los frutos, arbolado y productos que pueden ser recogidos, talados o extraídos, con daño de los acreedores y titulares, a quienes no se oye en el procedimiento ejecutivo.

Por último, merece especial atención un principio o norma directiva, que va íntimamente unido con el sistema a que nos estamos refiriendo: aludimos al llamado principio de cobertura (*deckungsprinzip, couverture*), que descansa sobre la idea de que ningún acreedor puede, mediante el procedimiento instado por él, perjudicar a los titulares preferentes, y, en su consecuencia, la subasta debe ser llevada a cabo por un tipo que cubra los derechos anteriores y las costas que hayan de causarse en el procedimiento. Sobre este particular volveremos con más detenimiento en el siguiente apartado.

II

Acostumbrados nuestros secretarios judiciales, y nos referimos a ellos en primer término por su innegable influencia en la tramitación procésal, a desenvolver el procedimiento ejecutivo hipotecario sobre el articulado que la ley de Enjuiciamiento civil dedicó al procedimiento de apremio, habían de encontrar grandes dificultades en la aplicación de un articulado que responde a principios muy mal estudiados, o, mejor dicho, apenas conocidos por los procesistas españoles.

Una de las dificultades mayores había de encontrarse en la fijación de las cargas o gravámenes preferentes, problema que para el repetido artículo 131 parece sencillo y que carece de solución en sus diecisiete reglas. La regla 8.^a habla de *las cargas o gravámenes*

anteriores y de las *preferentes* al crédito del actor; la 10.^a, de las *cargas anteriores* y de las *preferentes*, y dejando a un lado toda la teoría y desarrollo de las tercerías de mejor derecho, cuya repercusión sobre la prelación de inscripciones y en especial sobre el rango de las anotaciones preventivas, será con seguridad, discutida luminosamente por los Registradores de la propiedad, nos limitaremos a exponer algunas observaciones sobre la clase de derechos incluidos en las frases transcritas y sobre su valoración en el procedimiento.

Los derechos reales perfectos, cuyo valor aparezca de la inscripción y que gocen de prelación hipotecaria sobre el correspondiente al actor, por su fecha, por su situación en los libros principales o por declaración del mismo Registro, no provocan dudas ni confusiones. Si se refieren a prestaciones repetidas y periódicas, a descuentos o amortizaciones con sujeción a un plan económico, a créditos cuya existencia, importe, vencimiento o exigibilidad no estén garantizados, o a prestaciones subsidiarias, aunque las cantidades totales o el máximo asegurado consten explícitamente en los asientos, no resultará tan fácil su traducción en cifras para los efectos de instruir a los terceros que hayan de tomar parte en la subasta.

Cuando los derechos reales no se hallen valorados en la inscripción, como pasa corrientemente con las servidumbres prediales, faltarán también una base que sirva como dato matemático para fijar el valor de la finca. Nada decimos de los derechos sujetos a condición de las cargas y gravámenes mencionados de dudosa existencia, de las acciones aseguradas por medio de anotación preventiva, etcétera, porque, hallándose pendientes del acontecimiento de un hecho, de la tramitación de un procedimiento o de la situación jurídica creada fuera del Registro, poco significan los datos que la certificación con que se inicia el expediente puede suministrar a los interesados en la ejecución sumaria.

Acaso se replique que el sistema español, por su misma simplicidad, hace inútiles los datos y valoraciones, porque el mejor postor *carga con todo* y ya ha echado sus cuentas antes de tomar parte en la subasta. El tipo de ésta se fija en la escritura, y apenas si es un pretexto para hacer la licitación.

· Sin embargo, nada hay menos formal en la transmisión de los inmuebles por medio de subasta pública, que la subsistencia de cargas, gravámenes y derechos oscuros o de valor indeterminado. El mejor postor compra un caballo de gitano y a las dificultades de esta clase de contratación, en la que el juez vende muchas veces sin la garantía del Estado y casi sin la del deudor rebelde, hay que añadir el cálculo de las probabilidades de la vigencia y extensión de los derechos preferentes.

Además, en la práctica se dan una serie de casos en que el tipo de subasta depende directamente de la valoración de las cargas y gravámenes preferentes. Por ejemplo :

1.^º Cuando se trata de obtener el pago de intereses o de plazos vencidos, supuestos en los que no se puede aplicar el tipo de subasta fijado en la escritura, porque éste se ha estipulado con vista de los gravámenes anteriores. Otro caso : constituida una hipoteca sobre finca libre de cargas para garantizar un crédito de pesetas 150.000, cuyo vencimiento tendrá lugar en tres plazos, e iniciado el procedimiento ejecutivo por el primero, de 50.000 pesetas, no podrá anunciarse la subasta con sujeción al tipo de 200.000 fijado en la escritura de préstamo, porque éste era el precio de la finca en estado de libertad, y ahora el mejor postor habrá de quedar obligado al pago de las 100.000 pesetas, todavía no vencidas (artículo 135 de la ley Hipotecaria).

2.^º El procedimiento para hacer efectiva la acción hipotecaria nacida de cierto número de títulos nominativos, endosables o al portador, presenta también la particularidad de que la subasta no se lleva a cabo bajo el tipo fijado en la escritura de constitución, ya que han de dejarse subsistentes las hipotecas correspondientes al valor total de dichos títulos y se entiende que el rematante acepta las obligaciones respectivas y se subroga en ellas, sin destinar a su pago o extinción el precio del remate (artículo 155 de la ley Hipotecaria).

3.^º Los créditos hipotecarios, cuando en la escritura de constitución de la hipoteca no se haya fijado el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta.

4.^º Todos los supuestos de acciones reales o personales que

producen la venta de bienes inmuebles, y en los cuales, con arreglo al párrafo último de la regla 17 del artículo 131 de la repetida ley, han de quedar subsistentes las hipotecas y demás gravámenes, anteriores o preferentes al crédito del ejecutante.

En los numerosos casos incluidos dentro de estos grupos, el juez debiera proceder al avalúo de los bienes, en la forma establecida para el procedimiento de apremio en los artículos 1.483 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil; pero como estas disposiciones se refieren al valor económico del inmueble y son independientes por completo de su situación jurídica, se provoca una confusión que vamos a poner de relieve.

En el procedimiento de apremio ordinario, la valoración de la finca constituía la base indispensable para el remate de la finca, el valor de los bienes era el tipo para la subasta, y una vez aprobado el remate, se rebajaba del precio el capital de censos y demás cargas perpetuas, ordenando al comprador que consignara la cantidad que resultara de la liquidación efectuada. Ahora bien, como en el derecho vigente los gravámenes de cualquier especie, anteriores o preferentes, según el Registro, han de continuar subsistentes, se presenta un dilema, entre cuyas conclusiones es necesario elegir: las cargas inscritas deben o no asimilarse a las perpetuas. Si aceptamos el primer criterio, el secretario judicial tendrá que rebajar del precio ofrecido por el mejor postor, el importe de todos los censos, hipotecas, cargas y derechos que hayan de quedar subsistentes. Si, por el contrario, reputamos que no es posible asimilar a las cargas perpetuas las hipotecas o gravámenes de vida temporal, impondremos al comprador la consignación total de la cantidad ofrecida en la subasta, sin descontarle el importe de las hipotecas y derechos que hayan de quedar subsistentes.

Como se ve, el legislador de 1909 que había creído sortear las dificultades de tasación de las fincas, no ha resuelto el problema ni sentado los jalones para una reglamentación técnica y equitativa. La fijación del precio de subasta, o se hace con servil sometimiento a la escritura de constitución de hipoteca, a pesar de la modificación y extinción de los gravámenes existentes sobre la finca al tiempo del otorgamiento; o requiere un avalúo formal en los mismos autos y un detenido examen de los derechos que hayan de

quedar subsistentes, a modo de cargas perpetuas, para deducirlos del valor económico así obtenido.

Las dudas y ambigüedades que acabamos de exponer debieran ser desvanecidas en los edictos, verdaderas ofertas hechas al público en general, porque, de otro modo, el alcance de las respectivas obligaciones queda indeterminado y el contrato que en su día se cierre adolecerá del vicio de nulidad.

La declaración de quedar subsistentes los derechos o cargas anteriores al del ejecutante, no es suficiente para precisar las condiciones de la subasta, porque puede discutirse más tarde la procedencia de la liquidación de las llamadas cargas perpetuas, a los efectos de rebajar su importe. Tampoco basta, en rigor, la advertencia de que no se destinará a su extinción el precio del remate, porque, con arreglo al artículo 1.511 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, no se extinguían los censos y demás cargas perpetuas y, sin embargo, se rebajaba su capital del precio y se obligaba al comprador a consignar tan sólo la diferencia.

III

Con mayor experiencia y más directo contacto con la vida jurídica que el autor de estas líneas, podrán los Registradores de la Propiedad enumarar y analizar las prácticas que en los Juzgados se siguen y las interpretaciones con que se intenta llenar las lagunas legales. A título de curiosidad indicaré algunas.

En ciertos Juzgados municipales se ha intentado ampliar la competencia, de un modo indirecto, para conocer de asuntos cuya cuantía pasa de las 1.000 pesetas. Un simple juicio verbal por una cantidad insignificante lleva, por los trámites de ejecución de sentencia, al embargo y venta de fincas de gran valor, pero que aparecen gravadas con hipotecas, cargas y derechos cuyo importe se rebaja de dicho valor para fijar el tipo de subasta.

También es notable en la consecuencia a que se ha llegado con el mecanismo de la administración o posesión interina de la finca, a que se refiere la regla sexta del artículo 131 de la ley Hipotecaria. Parece que, dada la unicidad de la posesión, tan sólo pudiera

conferirse una sola administración judicial, y que, únicamente el acreedor favorecido pudiera percibir en dicho caso las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiese estipulado, y los frutos y rentas posteriores, cubriendo con ellos los gastos de conservación y explotación que la misma finca exija y después su propio crédito. Pero, en la realidad, como resultado de la subsistencia de varias hipotecas, se ha llegado a conceder varias administraciones sin fijar orden de prelación. Un distinguido juez de esta Corte me llamó la atención sobre un caso en que existían cuatro administradores independientes, con sus respectivas retribuciones y con el consiguiente encarecimiento del juicio sumario en cuestión.

Por lo que toca a la fijación del precio que ha de servir de tipo en la subasta, se tropieza en el mundo procesal con los más variados sistemas. En unos sitios se confía a los profesionales o peritos la valoración de la finca, autorizándoles para que *a ojo de buen cubero* calculen el importe de los derechos y cargas preferentes, y para que los descuenten del precio que hayan dado a la finca. En otros, es el mismo juez quien, por trámites ingeniosamente ideados, señala los derechos y cargas que han de quedar subsistentes y fija la cantidad que se ha de rebajar del avalúo realizado por los arquitectos, ingenieros, peritos o maestros de obra. En la mayoría, se copia simplemente la certificación del Registro, y dando por subsistentes todos los asientos anteriores a la nota de iniciación del procedimiento, se consigna en general la obligación del rematante, con las palabras sacramentales empleadas en la ley. Casos hay en que se rebaja el valor de los derechos preferentes del precio ofrecido por el mejor postor, sin que éste se haya molestado en pedirlo, y otros en que se le obliga a subrogarse en las obligaciones del deudor, después de haber consignado íntegramente la cantidad en que la finca fué tasada. Por último, no faltan secretarios judiciales que sigan descontando del precio los censos y demás cargas perpetuas, pero no las hipotecas anteriores.

Si esto sucede en los Juzgados de primera instancia regidos por técnicos y profesionales, calcúlese lo que sucederá en los procedimientos de apremio seguidos por los representantes de la Hacienda pública, ejecutores, delegados, recaudadores de contribuciones, etc.

Las mismas confusiones se reflejan en los edictos y anuncios que han de publicarse con arreglo a los textos legales, llegando a una indeterminación absoluta, si así se puede hablar. En un expediente de apremio que dió origen a un recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, los edictos indicaban que el valor de la finca se hallaba absorbido por las hipotecas que habían de quedar subsistentes.

A la iniciativa de los Registradores dejamos el proponer las reformas que se consideren indispensables para desenrollar el texto hipotecario. Y pondremos fin a este trabajo con la indicación de las bases sobre las que se desenvuelve la legislación alemana, por la afinidad existente entre su sistema inmobiliario y el adoptado por nosotros hace cerca de setenta años.

El acreedor hipotecario puede obtener el pago de su crédito por dos medios procesales: la venta en pública subasta del inmueble y el aprovechamiento de sus productos y rentas por igual vía. La ejecución extrajudicial se admite tan sólo con grandes limitaciones. Se halla prohibido el pacto comisorio y la estipulación de un procedimiento de venta privada o de subasta extrajudicial en el documento de constitución del crédito o en otro cualquiera que se otorgue antes de su vencimiento; una vez vencido, el deudor y el acreedor pueden pactar libremente las formalidades de la enajenación o de la venta privada.

La subasta pública tiene por objeto la adjudicación de la finca al mejor postor, no por medio de una compraventa celebrada por el propietario (o el juez, en su representación) y el rematante, sino en virtud de un acto de soberanía que confiere al mejor postor la propiedad de la finca.

La ley alemana de 20 de mayo de 1898, inspirada en la prusiana de 13 de julio de 1883, arranca de los principios de aceptación de cargas y cobertura de responsabilidades. Consta de 184 artículos, distribuidos en la forma siguiente:

Título primero: Disposiciones generales (artículos 1 al 14). Regula la competencia, las notificaciones, la designación de domicilio y de representante para recibirlas, las personas que intervienen como partes, la prelación de créditos, el cómputo de las pres-

facciones periódicas y la equivalencia de las acciones de importe indeterminado.

El segundo título, que trata de la venta en pública subasta, comprende ocho secciones: 1.^a Ordenamiento de la ejecución (artículos 15 al 27). Demanda, inscripción del deudor como propietario, subasta de varios inmuebles, anotación del procedimiento, embargo, momento en que principia y efectos del mismo, administración por el deudor, medidas de seguridad, cambio de dueño e intervención de otros acreedores.—2.^a Sobreseimiento de la ejecución (artículos 28 al 34). Por derechos contradicitorios, por desistimiento o por voluntad del acreedor, continuación del procedimiento y notificación de las decisiones.—3.^a Fijación de los plazos del remate (artículos 35 al 43). Autoridad que lo establece, tiempo y lugar y requisitos, anuncios, notificación a las partes y publicidad del procedimiento.—La 4.^a entra en la parte más delicada de la ejecución y reglamenta la oferta mínima, que ha de cubrir los derechos anteriores al del ejecutante, y una cantidad en metálico suficiente para satisfacer las costas del procedimiento, los intereses corrientes y los atrasados, dentro de cierto límite, y otros pagos (artículos 44 al 65). Definición, derechos preferentes, prestaciones *in natura*, pagos periódicos, derechos condicionados, precio al contado, hipotecas caducadas, derechos inexistentes, subsistencia y cancelación de derechos, subrogación del rematante, objetos comprendidos en la subasta, tránsito al mejor postor del peligro y de las ventajas y cargas, relaciones con los arrendatarios, costas de la subasta, alteración de las condiciones de venta, fijación de plazos para pagar el precio, discusión del precio mínimo, ofrecimiento separado o conjunto de las fincas y valoración independiente de los objetos unidos a la finca.—La sección 5.^a comprende las normas relativas a la subasta (artículos 66 al 78).—La 6.^a se refiere a la adjudicación al mejor postor (artículos 79 al 94) y a sus efectos.—La sección 7.^a regula los recursos que pueden interponerse contra las decisiones dictadas en el procedimiento (artículos 95 al 104). Y la 8.^a comprende los preceptos relativos a la distribución del sobrante.

El título tercero (artículos 146 al 161) trata de la Administración judicial.

Estos tres títulos forman el primer capítulo, titulado «Subasta y administración forzosa de los inmuebles por vía ejecutiva». El segundo capítulo se refiere a la subasta de buques (artículos 162 al 171). Por último, el capítulo tercero se refiere a tres casos en los cuales se da la subasta o la administración de un patrimonio por vía forzosa, sin que haya propiamente ejecución: *a)* Subasta y administración a instancia de los administradores de un concurso (artículos 172 al 174). *b)* Subasta para satisfacer las obligaciones de una masa hereditaria (artículos 175 al 179). *c)* Subasta con el objeto de liquidar o dividir una copropiedad (artículos 180 al 184).

JERÓNIMO GONZÁLEZ.