

El grave problema que a veces se plantea en la ejecución forzosa de bienes inmuebles. Nuestro sistema hipotecario-procesal como causa y como el mayor obstáculo para la solución de aquél.

En los procedimientos ejecutivos y en la llamada vía de apremio en general, cuando se refieren a bienes inmuebles, intervienen a veces como afectadas por aquéllos, a más del acreedor o ejecutante y acreedores posteriores, otras varias personas, a algunas de las cuales se las designa con un nombre convencional consagrado por la misma legislación. Así, a más del llamado deudor personal o simplemente deudor, se habla del hipotecante (si de acción hipotecaria se trata), aunque de ordinario en la misma persona concurren esos caracteres. También surge o puede surgir en su caso, el «adquirente posterior de los bienes» (ya sea en relación con la hipoteca que se ejecuta o ya en otro caso con la anotación preventiva del embargo). A éste le llama la técnica (no muy apropiada, ni exactamente por cierto) «el tercer poseedor». Y en fin, este tercer poseedor puede ser anterior o posterior a la nota marginal, por la que se hace constar en el Registro de la Propiedad la existencia de la ejecución, y la situación del mismo también es distinta, según que «desapare» o no los bienes (esto sólo en el juicio ejecutivo ordinario).

La intervención de tantos titulares y en condiciones diversas hace a veces complicada y difícil la tramitación normal de tales procedimientos, especialmente en su fase final, según veremos, que es la más directa y especialmente relacionada con nuestros Registros de la Propiedad.

Muy acertada y curiosa es la observación del ilustre profesor

Guasp cuando, al comentar (1) las normas contenidas en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, dice que recuerdan las dificultades de un mediocre autor dramático que no supiera qué hacer con los personajes que ha sacado a escena, ni el momento adecuado para su aparición.

Es posible que el no haberse considerado de un modo perfecto la importancia del papel a representar cada uno de los personajes (acreedor, deudor, tercer poseedor, etc., etc.), que surgen de un modo real a la palestra del dramático pero incierto proceso ejecutivo, ni el verdadero carácter con el que debe de actuar el Juez o instructor del mismo, sean las causas de los inconvenientes u obstáculos que a veces se presentan al consumarse la ejecución.

Para tratar de ellos y poder encontrar los medios para salvarlos, vamos a estudiar muy brevemente la naturaleza jurídica de la adjudicación al rematante o, en su defecto, al acreedor y quien sea el que adjudica o en cuyo nombre se ha de entender hecha tal adjudicación, todo ello dentro de nuestro derecho positivo.

En cuanto a la que se haga al acreedor por falta de rematante en la subasta, bástenos saber, por ahora, que se trata de una adjudicación de bienes en pago de crédito, o dación en pago, cuyas notas características se semejan algo a la compraventa.

La adjudicación al rematante o mejor postor de las subastas es, para nuestra legislación, cualquiera que sea el procedimiento ejecutivo o de apremio que se siga: judicial, extrajudicial, o notarial, o el administrativo, una verdadera compraventa, si bien de carácter forzoso o impuesta al titular del dominio o posesión de los bienes.

Así nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, con relación a todo apremio ante la Autoridad judicial, habla de venta en sus artículos 1.500 y 1.513 al 1.518. Es fundamental a este respecto el 1.514, en que se dispone que el deudor otorgará la escritura de venta a favor del comprador, y que de no hacerlo la otorgará el Juez de oficio.

También el artículo 127 de la Ley Hipotecaria, dictado como el que le precede, para cuando en dicho juicio ejecutivo ordinario hayan pasado los bienes a un tercero, habla asimismo de compra y de que el tercer poseedor deberá otorgar la escritura de venta u otorgarse de oficio en su rebeldía.

(1) «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año 1942, pág. 182.

Igualmente el Estatuto de Recaudación (art. 106) ordena que la escritura de venta se otorgue por el deudor, y en su defecto la otorgará de oficio el ejecutor del procedimiento.

Y por último, al regular el llamado procedimiento extrajudicial (o más usualmente notarial) (2), el Reglamento Hipotecario también usa de la palabra o del concepto de venta (art. 234).

Con relación al procedimiento judicial sumario sostiene el ilustre profesor citado, Guasp (3), que una de las notas diferenciales que presenta en comparación con los demás es la de que en cuanto a él, la Ley Hipotecaria no menciona la palabra «venta».

No es posible admitir lo que antecede y bastará un breve examen de nuestra vigente Ley Hipotecaria (cuya redacción en este punto es igual que la de 1909, que es a la que el autor se refería) para obtener una conclusión contraria.

En la regla 17 de su artículo 131, fundamental en este aspecto, si bien no se dice literalmente que el remate se hace a título de «venta», nos habla (véase su primer párrafo) de «precio» y del valor de lo «vendido». También en otros preceptos relativos al mismo procedimiento (reglas 15 y 16 del mismo artículo 131 y en el 130) emplea la misma ley la palabra «precio».

A la vista de cuanto antecede puede concluirse que para nuestro derecho positivo procesal la adjudicación al mejor postor o rematante no es en esencia más que una compraventa. Ahora bien; como puede ocurrir que el deudor o el tercer poseedor, en su caso, no se avengan a consentir en ella, y es anómalo, en el sentir de los autores, considerar como tal negocio jurídico aquel en que no presta el consentimiento una de las presuntas partes contratantes, la doctrina, especialmente la extranjera, ha discursado varias teorías expuestas magistralmente por el citado profesor (loc. cit.) y que son las siguientes, que sólo nos limitaremos a enunciarlas: A) La del «derecho de prenda» que tiene el acreedor. B) La de la «expropiación de la facultad de disposición» del dueño de los bienes. C) La teoría de Carnelutti, quien sostiene que puede haber representación «con-

(2) Siempre al tratar este punto recuerdo la cara de extrañeza y de alarma que puso un campesino, de los que disfrutan de un perfecto sentido de la realidad, cuando se percató por la lectura de la escritura de hipoteca que se estaba autorizando de que el acreedor, para cobrar en su día el crédito, forzosamente podía valerse no sólo de la vía judicial, sino también de la extrajudicial.

(3) Loc. cit., pág. 171.

voluntad» (poder), «sin voluntad» (tutela, representación legal) y «contra voluntad» (órgano ejecutivo). D) = en fin, la de la dirección alemana que, rechazando el término «venta», vé en la adjudicación un acto típico estatal. Sus seguidores en Italia nos hablan de «transferencia de la propiedad» o de «transmisiones forzosas» distintas de la venta precisamente por la ausencia del consentimiento del titular de los bienes.

No podemos ahora estudiar tales teorías, y por ello descendemos al terreno de la práctica. Prescindiendo de toda cuestión de nombre, tanto monta, a fines de estas notas, ver en la adjudicación al rematante una venta como un genérico negocio jurídico de transmisión onerosa de bienes. Como tal la considera en principio y en términos generales nuestro Código civil al señalar (art. 1.858) como requisito esencial de la hipoteca el de que, vencida la obligación, pueden ser enajenadas las cosas objeto de aquélla para pagar al acreedor.

No puede dudarse, por tanto, que en la repetida adjudicación sea al rematante o sea al acreedor en pago de su crédito, existe por consecuencia de aquella una enajenación o transmisión de bienes (4) a título oneroso. ¿Y quién debe entenderse que realiza esa transferencia del dominio?

Hay que distinguir estos supuestos:

A) QUE SE TRATE DE CUALQUIER PROCEDIMIENTO EJECUTIVO DISTINTO DEL LLAMADO «JUDICIAL SUMARIO»

En los de carácter judicial, según vimos, ha de otorgar la escritura de venta el deudor, o en su defecto el Juez de oficio, si es que los bienes continúan en el dominio de dicho deudor. Y si han pasado a un tercero (sea después de la hipoteca o sea después de la anotación preventiva del embargo, si no existe aquélla), sucede lo mismo en cuanto al tercer poseedor. Así lo dispone el citado artículo 127 de la Ley Hipotecaria con relación al juicio ejecutivo ordinario cuando se persigan bienes hipotecados, y así lo establece también el artículo 143 de su Reglamento en su apartado último

(4) En donde no puede admitirse que exista adjudicación de bienes, y menos enajenación, es en la mejora de postura que en la subasta puede hacerse el dueño de los bienes, a pesar de que parece admitirlo así la Ley Hipotecaria (regla 12, párrafo 1, art. 131) y su Reglamento (art. 235, regla 6.º, apartado 2.º).

para toda clase de apremio judicial, que dispone la otorgue el tercer poseedor, o en su defecto el Juez «en nombre de aquél», y sienta además como novedad recogida de la jurisprudencia de nuestro Centro directivo, la de que si ese tercer poseedor ha desamparado los bienes, la escritura la otorgará el deudor, o «en su nombre» el Juez.

En los apremios por débitos de contribuciones u otros impuestos también, según vimos, el otorgante de la escritura de venta ha de ser el deudor, y en su defecto la ha de otorgar de oficio el instructor del procedimiento.

En el procedimiento ejecutivo extrajudicial o notarial, la escritura dicha la ha de otorgar (art. 235, regla 10.^a del Reglamento Hipotecario) el dueño de la finca, o sea el deudor, el hipotecante o el tercer poseedor, según los casos, y en su defecto el mandatario que dejó nombrado el primero en la escritura de constitución de hipoteca; pero entiéndase bien que ese mandatario ha de actuar, como no podía ser de otra manera, también por representación, según indica el número primero del artículo 234 del mismo texto reglamentario.

B) PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO

En éste, a diferencia de los anteriores, no es preciso recabar previamente el consentimiento del deudor o del tercer poseedor; aquí es siempre el Juez quien de oficio ha de aprobar el remate o la adjudicación también «en representación» del dueño de los bienes hipotecados. Aquella aprobación se efectúa por auto, sin que sea necesario el otorgamiento de escritura pública en ningún supuesto. Como dueño de los bienes creo ha de entenderse el deudor, el hipotecante o el tercer poseedor, o sea aquel a quien pertenezcan en el momento de hacerse la adjudicación.

Debemos hacer la advertencia de que al citar antes al tercer poseedor nos hemos querido referir sólo al que lo fuera antes de la nota marginal, haciendo constar en el Registro de la Propiedad la existencia del procedimiento de que se trate, pues a los que hayan inscrito su derecho después de esa nota no se les tiene en cuenta para nada en aquél, a menos de que espontáneamente acudan a él y acrediten su derecho como tales terceros poseedores.

Del resumen que antecede se desprenden claramente estas conclusiones:

Que en nuestro sistema ejecutivo es siempre el deudor o el tercer poseedor, o el que se estime como su representante, quien tiene que realizar la venta o la adjudicación de bienes, fase final de la ejecución.

Y que en esa representación se ha llegado a tal grado de exageración como dan idea estos dos casos:

En el procedimiento extrajudicial o notarial es de necesidad la existencia de un mandatario, según vimos, para que represente al deudor o al tercer poseedor, no en todo el procedimiento, sino sólo en el otorgamiento de la escritura de venta o de adjudicación al acreedor. Pues bien; este mandato, que se estableció en el Reglamento Hipotecario anterior para salvar el obstáculo de la no intervención en estos procedimientos de la autoridad judicial, presenta los excepcionales caracteres siguientes:

Es de carácter irrevocable

- No se extingue por la muerte del deudor.

Si el mandatario es el mismo acreedor, tampoco se extingue a su muerte, sino que con el crédito hipotecario pasa a sus herederos.

En este mismo supuesto, el mandatario puede comprar para sí y adjudicarse los bienes ejecutados, lo cual es una excepción al artículo 1.459 del Código civil, que prohíbe compre el mandatario lo que se le mandó vender. También puede otorgarse a sí propio la correspondiente escritura, lo que provoca un caso válido de autocontratación.

Pudiera por tanto decirse que se trata de un mandato «real» o mejor que son de carácter real los derechos que derivan del mismo, ya que el mandatario que nombró el deudor puede actuar en representación del tercer poseedor (que no intervino ni pudo intervenir en tal nombramiento), dándose el contrasentido advertido por De la Rica (5), de que el mandatario de un titular anterior del dominio puede ejercer su cargo cuando su inscripción está ya cancelada por transferencia.

No comprendemos, en verdad, por qué hubo de recurrirse a crear un mandato con tantas notas singulares y tantos caracteres excepcionales que, en realidad, ni es mandato ni apenas se le parece, salvo

(5) «Comentario al nuevo Reglamento Hipotecario» (primera parte, página 251).

en cuanto al nombre. Y puesto que el acreedor puede ser mandatario del deudor, hubiera bastado, a nuestro juicio, con disponer palidianamente que dicho acreedor, por la sola virtud del contrato de hipoteca, podría vender los bienes gravados con ella llegado su caso y momento, si bien con entera sujeción a los trámites procesales.

El otro supuesto es el del artículo 143 del Reglamento Hipotecario. En éste, según vimos, se dispone que si el tercer poseedor desamparó los bienes, se otorgue la escritura por el deudor o en su nombre por el Juez. Y como es un contrasentido que pueda disponer de los bienes quien ya no es el titular de su dominio y en cambio no lo haga el tercer poseedor, que a pesar del desamparo seguía siendo el dueño, la Dirección de los Registros en Resolución de 27 de septiembre de 1924 (que es el precedente de ese artículo) sostuvo que en tal supuesto el deudor es representante legal del tercer poseedor y que se halla por tanto autorizado para vender e inscribir. De aquí resulta que al actual dueño le representa el deudor, y a éste por su rebeldía o incomparecencia a la escritura, el Juez. ¿No aparece ya exagerada tanta ficción y tanta presunta representación? (6).

A este dispositivo o sistema de la representación se acudió siempre por considerarlo, sin duda, como una panacea para resolver el conflicto de que el deudor o el tercer poseedor se negaren a otorgar la venta o la adjudicación.

La representación de éstos por el Juez ha sido censurada por muchos autores. Morell y Terry (7) sostiene acertadamente que no hacía falta que el Juez representase a nadie más que al Poder judicial, haciendo constar el resultado de las diligencias judiciales. Y en verdad que no se explica que en un procedimiento de carácter público u oficial en que el Juez actúa como tal o como órgano del Estado, tenga, llegado el momento culminante de ir a consumarse la ejecución, que descender del sitio en que le colocó la administración de la justicia, para que, colocándose al mismo nivel que los particulares, otorgue por representación o como mandatario de ellos un contrato de venta o de adjudicación en pago. De esto además se siguen algunas funestas consecuencias, que se verán después.

(6) Ver la opinión de Pedro Cabello al comentar la conferencia de Cánovas acerca de «El abandono en la hipoteca». *Revista Crítica*, marzo de 1948. Págs. 159 y ss.

(7) «Comentarios a la legislación hipotecaria 1918» (tomo IV, pág. 139).

Pero en fin, dejemos esa representación, de la cual podría decirse, siguiendo a una antigua petenera, que ni con ella ni sin ella tiene remedio o solución fácil el problema que a seguida plantearemos.

Como resumen diremos que, según vimos, en nuestros procedimientos ejecutivos o de apremio rige el sistema de que la venta o la adjudicación en pago, consecuencia de aquéllos, han de ser otorgadas por el deudor o el tercer poseedor, o subsidiariamente por otra persona en su nombre o representación, sea el Juez, Recaudador de contribuciones o un particular designado por el deudor.

Pues bien, en este sistema, cuando los bienes siguen en poder del deudor o cuando pasó su dominio o posesión a un tercer poseedor, tal como al deudor pertenecían, la ejecución se consuma normalmente y no surgen complicaciones; pero no siempre se está en estos supuestos.

Puede ocurrir, y ocurre a veces en efecto, que la transmisión del deudor al tercer poseedor, o de éste a otro posterior, se haya efectuado con prohibición de enajenar o ya con limitaciones o condiciones, por actos intervivos o por causa de muerte de tal naturaleza que impidan al adquirente disponer ya del pleno dominio de los bienes. Así ocurre con algunas reservas, reversiones, sustituciones fideicomisarias y en general instituciones hereditarias (8), en que de un primer adquirente han de pasar los bienes a otros u otros, a veces desconocidos o inciertos. Surgen cuando menos se espera los célebres fantasmas de los *nacituri* (o mejor, según Lácal, *nascendus* o *nascibilis*).

Nuestra legislación no prevé tales supuestos. Tan sólo en el artículo 225 del Reglamento Hipotecario, con relación al procedimiento judicial sumario, se dispone que la notificación previnida en la regla quinta del artículo 131 de la Ley deberá hacerse también a los titulares de desmembraciones de dominio y de derechos condicionales. Y como hace resaltar la Resolución de nuestro Centro directivo de 17 de julio de 1935 (precedente en parte de dicho precepto), será en verdad difícil en tales casos la práctica de requerimientos y notificaciones procesales. Entendemos que habrán de

(8) Aunque se estime en cierto aspecto que el heredero no es tercer poseedor en relación a su causante, ya que le sucede en sus obligaciones, no puede dejar de ser tercer poseedor, ni se puede prescindir de él si tiene inscrito el dominio de la finca, para otorgar la venta o adjudicación de la misma.

hacerse, desde luego abstracta e impersonalmente en cuanto a las personas ignoradas, bien en el domicilio señalado en la hipoteca, cuando se trate del último citado procedimiento, ya por edictos y hasta pudiera admitirse se entendieran con el representante del Ministerio Fiscal, cuando se siga algún procedimiento judicial, como órgano tutelar, provisional y subsidiario de los incapacitados, ausentes o impedidos en general para administrar sus bienes. No es posible detenerse en este punto.

El problema más grave será el de resolver quién ha de representar a esas ignoradas e inciertas personas, a esos no nacidos ni aun siquiera concebidos, en el otorgamiento de la venta o adjudicación de los bienes inmuebles y, aun resuelto éste, se presenta el de cómo puede practicarse la necesaria previa inscripción en favor de los mismos en el Registro de la Propiedad a los fines del trámite sucesivo exigido por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Porque no cabe duda de que esos posibles o futuros interesados son partícipes en el dominio o posesión de los inmuebles y que son, con los demás interesados en dichos derechos, los que como terceros poseedores dentro de nuestra legislación han de otorgar por sí o representados la repetida venta o adjudicación, no bastando en cuanto a ellos la simple notificación, como cuando se trata de cargas o gravámenes.

¿Y cuál pudiera considerarse, en términos generales, la solución adecuada de tal problema?

Desde luego que si han de aplicarse estrictamente y con todo rigor las normas vigentes ya estudiadas, no se encontrará medio alguno de superar esos obstáculos. No salva la situación ni la intervención del Juez, pues como vimos, éste sólo puede actuar, y de un modo supletorio, por delegación o representación, presunta y forzosa, del dueño de los bienes, y por tanto los negocios jurídicos concluídos por aquél no tienen más eficacia que la que tendrían de haber actuado la parte representada. Por esto las Resoluciones hipotecarias de 14 de abril de 1905 y la de 13 de julio de 1933 declaran que las enajenaciones hechas por el Juez no purifican el dominio enajenado de las condiciones que tenga, ya que no puede transmitir más derechos que los que tuvieran los demandados.

Veamos cómo De la Rica en un interesante trabajo (9) resuel-

(9) «La unificación de fincas y sus problemas». *Revista de Derecho Privado*. Año 1951, pág. 669, tomo 35.

ve uno de los problemas que plantea nuestro sistema procesal. Se refiere al supuesto de la agrupación de varias de las fincas hipotecadas y del obstáculo que aquélla provoca en la ejecución.

Si la agrupación es sólo de fincas afectas a la hipoteca de que se trate, la cuestión no es complicada, y por ello no interesa a nuestro estudio. Tampoco lo es la agrupación de fincas no colindantes, formando una nueva de las llamadas anormales, en que cada elemento o parcela conserva su individualidad o su propia descripción.

Me refiero sólo a la agrupación normal de fincas colindantes, en que en la nueva finca se borran los linderos antiguos y al supuesto de que una o varias fincas de las hipotecadas se unan a otras que no lo estén o a las que les afecten hipotecas distintas a la de que se trate.

Es sabido que el acto de agrupar es de riguroso dominio y que está permitido a su titular, aun teniendo esas fincas hipotecadas.

También sabemos que la hipoteca no se extiende (art. 110 de la Ley Hipotecaria) a la «agregación de terrenos», salvo la accesión natural. Y esto sucede no sólo por no aumentar la garantía del acreedor en perjuicio del hipotecante, sino además, entiendo yo, por el conflicto de rango que provocarían las hipotecas que pudieren gravar las fincas agrupadas, si estaban constituidas en favor de distintos acreedores y debieran entenderse afectando ya directamente a la nueva finca formada.

Pues bien, la Rica en este supuesto sostiene: Que el acreedor no puede dirigir la ejecución contra la nueva finca resultante, sino contra la parcial o antigua objeto de la hipoteca, y que llegada la venta o adjudicación hay que establecer la ficción de que todavía existía la finca antigua, para lo cual se precisa la voluntad de los interesados o que sea suplida ésta por el Juez.

De acuerdo con los principios que informan nuestra legislación hipotecaria, hay por fuerza que encontrar una solución adecuada a los conflictos que provocan los supuestos por nosotros presentados, pues de no ser así el crédito hipotecario quedaría supeditado a los actos de enajenación hechos por el deudor o el tercer poseedor, cuando precisamente debe de ser lo contrario, y lo mismo ocurriría en cuanto a la anotación preventiva de embargo. Esa solución no puede ser otra (llegado el caso de venta o adjudicación) que la de cancelar todas las inscripciones de dominio o posesión posteriores a la hipoteca que provocó la ejecución o, en su caso, posteriores a la

anotación preventiva del embargo que se tomó para asegurar el resultado del procedimiento que se siga. Ya sé que ello no está autorizado en ningún supuesto por nuestra legislación hipotecaria, la cual (art. 131, regla 17, ley y art. 175 y 235 del Reglamento), al hablar de la cancelación de los dichos asientos posteriores, sólo se refiere a los de cargas o gravámenes, y en cuanto a los de dominio, sólo a los posteriores a la nota marginal, haciendo constar en el Registro la existencia del procedimiento, y que además, según vimos, ha de ser precisamente el actual dueño de la finca el que ha de otorgar la venta o la adjudicación.

En el estado actual de nuestra legislación, la solución no podría ser otra que la apuntada. Pudiera seguirse, por tanto, análogo camino al trazado por la Rica y partir, para la venta o adjudicación, de otra ficción. (¡qué importa una más en nuestro Derecho, tan plagado de ellas!), o sea la de suponer no sólo que los bienes seguían en el dominio del hipotecante o del apremiado a quien se le embargaron, sino que aquel dominio o posesión continuaba en el mismo estado en cuanto a limitaciones, condiciones o extensión de tal derecho que cuando lo adquirieron. Ahora bien; para salvar posibles perjuicios, especialmente al apremiado; deberían hacerse las oportunas advertencias y salvedades en los anuncios de la subasta a fin de evitar el retramiento de los futuros licitadores que hubieren conocido por el Registro de la Propiedad o por el expediente de apremio (si se trata del procedimiento judicial sumario), el estado actual de la titulación de los bienes perseguidos. . .

Como es natural, siguiendo este sistema o camino, y a fin de superar el obstáculo que habría de oponer la aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, antes de inscribir el remate o la adjudicación de bienes, habrían de cancelarse formalmente; o sea por un asiento de cancelación, los asientos de dominio o posesión posteriores a la inscripción del hipotecante o apremiado.

Pero ya se comprenderá que todo esto es violento o forzado, pues no puede desconocerse que nuestra legislación exige que sea precisamente el tercer poseedor, en su caso, quien otorgue la venta o que se haga en su representación. Por tanto, esta solución sólo sería viable cuando coincidiera con el criterio personal del Juez ante quien se siguiera el procedimiento y dándole cierta flexibilidad a las viéntes normas que equivaldría a su infracción.

Como podrá observarse, nuestra legislación hipotecaria, en el

orden procesal, sigue padeciendo, pudiera decirse, un acusado atavismo, ya que a pesar de las sucesivas reformas continúa aún fuertemente influenciada, en el punto estudiado, por el mismo sistema que implantó nuestra ya vetusta Ley de Enjuiciamiento civil.

Esta no previó ni reguló más supuesto que el de que los inmuebles continuasen en el dominio del deudor o apremiado y sin variación alguna. Así se comprueba, entre otros, por sus artículos 1.489, 1.492, 1.493, 1.506 y 1.514.

Por esto no se preocupa de la situación actual del dominio y se contenta sólo con que el deudor aporte su título de propiedad. Y además, tal vez por un exagerado respeto a dicho deudor, al consumarse la ejecución, exige que sea él quien otorgue la escritura de venta y, en su defecto, en su representación. Claro que este sistema en tal caso no crea complicaciones; pero no sucede igual cuando el dominio pasó a un tercero en condiciones o con limitaciones distintas a como lo tenía el deudor, según quedó expuesto.

Por todo lo que antecede, tal vez conviniera que en el extremo que se estudia se realizara una profunda y radical reforma, que bien pudiera tomar por base y fundamento las consideraciones que se hacen a continuación:

A) EJECUCIÓN O APREMIO POR CRÉDITOS HIPOTECARIOS

Vencida ya por heterodoxa e infundada la llamada *teoría procesalista de la hipoteca* (que consideró a los derechos fundamentales de ella, de preferencia y de persecución, con meras situaciones procesales), hoy unánimemente se considera a la hipoteca o al crédito hipotecario como un verdadero derecho real tanto fuera como dentro del proceso ejecutivo.

Para que exista un derecho real, dice Coviello (10), es necesario y también suficiente que se tenga un poder inmediato sobre la cosa, sin que para su ejercicio sea menester la prestación de la actividad de otro. El acreedor hipotecario, añade, no tiene necesidad de la cooperación del deudor para ejercitarse sus derechos.

La entraña de ese derecho real de hipoteca es sencillamente, según los civilistas, una limitación de la facultad de disponer insita

(10) Citado por Puig. Peña en su «Tratado de Derecho civil español», Tomo III, vol. II, pág. 52.

en el dominio. Por ella el hipotecante concede como garantía al acreedor hipotecario la facultad o el derecho de vender los bienes o instar su venta llegados el vencimiento e impago de la obligación garantizada.

Para Morell y Terry (11) también pudiera entenderse no que el propietario tranfiera al acreedor su derecho de vender, sino que aquél es el que se obliga a vender o a que se realice forzosamente la venta. Creemos que esto no puede admitirse, ya que convertiría la hipoteca, para el deudor, en una obligación de hacer a la que se pretende dar carácter real, y conduciría además a la citada teoría procesalista.

Tampoco estimamos aceptable lo que afirma el ilustre profesor y notable tratadista Prieto Castro (12) con relación al Procedimiento judicial Sumario, de que el Estado expropia en el apremio la facultad de disponer del propietario, puesto que, según se vió antes, éste ya se había desprendido de ella, transmitiéndola al acreedor al constituir la hipoteca.

B) EN CUANTO A CRÉDITOS DE CARÁCTER PERSONAL

Con relación a los apremios en general en que no se ejercite la acción hipotecaria, el citado profesor Prieto Castro (13) sienta las inconcunas afirmaciones que pasamos a resumir:

Por el embargo, dice, *se priva o expropia al deudor de su facultad de disponer de los bienes.*

Considera a la subasta como un acto de soberanía o de autoridad, como lo muestra, dice, hasta su mismo origen etimológico (*sub hasta*, bajo la lanza o presidida por ella, como signo de autoridad). Es, añade, *la enajenación forzosa que realiza el Juez en nombre del Estado, expropiante, y con cargo al deudor.*

Y ya más concretamente dice después que la venta en pública subasta es una forma especial del contrato de compraventa, en la que el órgano judicial ejercita simplemente la facultad de disponer de que se privó o de que se expropió al deudor.

(11) Obra citada, tomo III, pág. 626.

(12) «Exposición del Derecho procesal civil de España»; 1945. Tomo II, pág. 505.

(13) Loc. cit., págs. 470 y siguientes.

Si todo lo que antecede es plena y totalmente admisible, ya que se trata del ejercicio de la acción hipotecaria o ya de la personal, ¿por qué no fué recogido y llevado a sus últimas consecuencias en nuestro sistema hipotecario-procesal?

Porque las conclusiones expuestas, consideradas por la doctrina como indudables, no parece que estén en contradicción con los principios fundamentales que informan nuestra legislación, y de que son muestras los artículos 1.858, 1.874, núm. 2; 1.876 y 1884 del Código civil y 1.872 del mismo texto, en relación con los 234 y 235 del Reglamento Hipotecario y los artículos 104, 106, núm. 2, y 129 de la Ley Hipotecaria.

De haberse admitido tales conclusiones no se hubiese planteado conflicto alguno, aunque el dominio, posesión o derecho de que se tratará hubiese sido transmitido después de la hipoteca o del embargo a un tercero con limitaciones o condiciones que no tenía cuando estaba en el patrimonio del hipotecante o del apremiado.

Los conflictos que se pudieren plantear o no serían tales o se resolverían tan fácilmente como seguidamente se indica:

Si se trataba de ejecución o apremio a instancia de un acreedor hipotecario que ejercitaba la acción derivada de su hipoteca, la fase final de aquélla, o sea la venta o la adjudicación al acreedor, no se podrían entender realizadas por el deudor o el hipotecante, ni tampoco por el tercer poseedor, cuando existiere, sino por el mismo acreedor o por el Juez a su instancia. Este intervendría en todo momento como órgano del Estado y con carácter público. No tendría por qué abandonar este carácter y descender, como gestor de negocios ajenos, a la esfera del Derecho privado representando al particular; pero es que de tener que representar a alguien, no sería al hipotecante ni al tercer poseedor, sino al acreedor, cuyo es el derecho de vender. Y el objeto de la venta sería el mismo derecho que ostentaba el hipotecante al hipotecar y en las mismas condiciones que tuviera en tal momento.

Y cuando se diera el supuesto dichó de la existencia de un tercer poseedor, el conflicto que se presentare se resolvería con gran facilidad, sin violencias de ninguna clase. Resultaría, en efecto, que con relación al mismo dominio o derecho hipotecado, objeto de la ejecución, existirían dos contradictorias enajenaciones: una, la que otorgó el hipotecante en favor del tercer poseedor, y la otra, la hecha en el procedimiento por el Juez en favor del rematante en la

subasta (o al acreedor en pago de su crédito), y por consecuencia de esto se produciría una colisión de derechos (aparente, como todas) entre el del tercer poseedor y el del adquirente en la subasta. Pero como la adquisición del primero estaba supeditaba o condicionada a la hipoteca y, por tanto, afectada por la posible y futura venta de la cosa hipotecada, tenía que sucumbir, ya que la hipoteca, en tal supuesto, tenía que actuar como causa legal de extinción del derecho del repetido tercero. Es lo que sucede, y por ello no podría escandalizar a nadie con las cargas y gravámenes posteriores a la hipoteca (no preferentes) y con los asientos de dominio o posesión posteriores a la nota marginal en que se hace constar en el Registro de la Propiedad la existencia del procedimiento.

Con todo ello se confirmaría el criterio sostenido por López de Haro (14), para quien el tercer poseedor no es más que un acreedor por crédito incierto e indeterminado. Así es en verdad, ya que en los casos de que se trata sólo percibe el sobrante, si lo hay, del precio en que se remataron los bienes después de cubiertas las atenciones preferentes.

Aquí también el orden de despacho en el Registro de la Propiedad, para evitar complicaciones en la aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sería el de inscribir primero el mandamiento ordenando las cancelaciones procedentes y después la venta o la adjudicación de los bienes. Este orden lo admite como legalmente posible la Resolución hipotecaria de 30 de abril de 1936. Ahora bien: convendría presentar en el Registro al mismo tiempo esas dos clases de títulos, para evitar que entre el despacho del uno y del otro pudiera interponerse otro posible título en favor de un tercero, con posible daño para el adquirente de los bienes, como ocurrió en el caso resuelto por la Resolución de nuestro mismo Centro directivo de 26 de octubre de 1938.

A análogo resultado se habría de llegar si el crédito que provoca la ejecución es personal o si no se ejercita la acción hipotecaria.

Aquí quien vende o adjudica debe entenderse que es el Juez, en virtud de la facultad de que se expropió al embargado y que el objeto de la enajenación son los mismos bienes embargados tal y como los tenía o pertenecían a la persona a quien se embargaron.

La anotación preventiva de tal embargo (art. 71 de la Ley Hipo-

(14) «El tercer poseedor de finca hipotecada». *Revista General de L. y J.*, año 1931, tomo I, pág. 259.

tecaria) no impide al gravado por ella enajenar y gravar los bienes de que se trate, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se hizo la anotación. Por eso aquí también deberían de cancelarse todos los asientos posteriores a la repetida anotación, sean de dominio o sean de cargas o gravámenes (salvo en cuanto éstos, los preferentes), para dar paso y hacer posible la inscripción en favor del rematante o adjudicatario del mismo derecho perseguido en el procedimiento.

Y ya en plan de reformas, podría suprimirse en todo procedimiento el mandamiento de cancelación de cargas y asientos posteriores, pues de ordinario el no recabar los interesados el libramiento del mismo, por ahorro de gastos o por desidia, es la causa de que sigan vigentes en nuestros Registros asientos que carecen de eficacia.

Ese mandamiento debiera estimarse superfluo, ya que los derechos a que se refiere se han extinguido por ministerio de la ley y debiera bastar que en la escritura o en el testimonio del auto judicial se precisaren en concreto los asientos que deban ser cancelados. Este es el sistema seguido en el procedimiento notarial al no intervenir autoridad que pueda expedir el mandamiento (art. 235 del Reglamento Hipotecario), y ello estaría también más concorde con las nuevas tendencias legislativas en que se continúa la brecha abierta hace tiempo en el rigorismo de los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria, y de que hoy es ejemplo lo establecido en el vigente Reglamento Hipotecario en sus artículos 198 y 210.

JUAN RUIZ ARTACHO
Registrador de la Propiedad