

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XVIII

Agosto de 1942

Núm. 171

La ejecución procesal en la ley Hipotecaria (*)

V

EL PROCEDIMIENTO

2. Enajenación de los bienes: la subasta. *A) Su celebración. b) Puja y remate. C) Sus efectos.*—3. Extinción del procedimiento.

b) Conocido ya el índice de problemas que la oferta presenta en la celebración de la subasta, pasemos a señalar la práctica de la misma, constituida de modo fundamental por la *puja* entre los diversos postores y la *aprobación del remate*.

En general, este trámite, en su primera parte, no presenta dificultades: la Ley Hipotecaria no lo regula siquiera. Por ello, la norma aplicable y fundamental en la materia es el art. 1.503 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que dispone lo siguiente:

“El acto del remate será presidido por el Juez, con asistencia del actuario y del subalterno del Juzgado que haya de anunciarlo al público. Se dará principio leyendo la relación de los bienes y las condiciones de la subasta. Se publicarán las posturas que se admitan y las mejoras que se vayan haciendo, y se terminará el acto cuando, por

(*) Conclusión. Véase el número anterior.

no haber quien mejore la última postura, el Juez lo estime conveniente.

"Acto continuo se anunciará al público el precio del remate y el nombre del mejor postor, cuya conformidad y aceptación se consignarán en el acta, que firmará con el Juez, actuario y subalterno y las partes, si concurriesen."

La Ley Hipotecaria se limita a exigir en su regla 13 que en el acto de la subasta se haga constar que el rematante acepta las obligaciones consignadas en la regla 8.^a (1), y si no las acepta, no le será admitida la proposición.

Por lo que respecta a la *aprobación del remate*, tenemos que determinar su carácter, las obligaciones que surgen de él y los efectos del cumplimiento o incumplimiento de tales obligaciones.

a) Realmente, en la Ley Hipotecaria las aprobaciones del remate de que se habla son dos: una en la regla 15 ("aprobado el remate, se le hará saber al adquirente", etc.), y otra en la 17 ("verificado el remate o la adjudicación, y consignado en su caso el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos", etc.). Puesto que esta segunda es más bien una aprobación de la transferencia de los bienes, que tiene diversa naturaleza jurídica del acto que ahora examinamos (2), nos limitaremos aquí al estudio de la primera.

La aprobación del remate procede cuando en la subasta en que se han cumplido las condiciones ya conocidas se ha presentado una postura admisible o cuando el acreedor solicita la entrega de los bienes hipotecados, y ello ha de hacerse conforme a la ley. La aprobación del remate en ambos casos puede hacerse *sin instancia* de parte, aunque la Ley Hipotecaria no lo diga, como en el supuesto de la regla 17; la forma de la aprobación (3) será la de un auto, dada la naturaleza y el contenido de la resolución.

b') Del auto de aprobación y de su notificación al rematante surge para éste la obligación fundamental de consignar el importe

(1) Supra, pág. 186.

(2) No estamos, pues, conformes con la opinión sustentada por algún sector doctrinal de que la diferencia entre ambos sea tan sólo su carácter *provisional* o *definitivo*.

(3) O de la adjudicación, según la ley Hipotecaria, que designa con este término al acto por el que las fincas se entregan al acreedor—y no a un postor—para pago de su crédito. Nosotros preferimos llamar "adjudicación" a la "transferencia de bienes" en cualquier caso. Téngase presente para la comprensión de la terminología utilizada en el texto.

ofrecido. Con respecto a tal obligación, debemos responder a estas dos preguntas: ¿Cuándo hay que pagar? ¿Qué cantidad debe ser pagada?

1.º El plazo para el pago o consignación es el de ocho días. En cuanto a su *comienzo*, hay que observar que, dado el texto literal de la regla 15, el día inicial ("a quo") no será el siguiente al de la notificación (art. 303 de la Ley de Enjuiciamiento), sino el mismo en que la notificación se haga ("contados desde la notificación"); en cuanto a su *término*, la doctrina dominante admite la consignación fuera de plazo si el actor, deudor o tercer poseedor no ha instado la declaración de que el remate queda sin efecto (1).

2.º Lo que hay que pagar en efectivo difiere según que el adquirente de las fincas sea un postor cualquiera o el acreedor ejecutante.

a'') En el primer caso se consignará la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta y el total precio del remate. Si nuestra ley siguiese el *sistema de la adición*, antes examinado, que hace coincidir la oferta real con la oferta declarada, el precio del remate se dividirá en dos partes: la de pago inmediato ("Bargebot"), —de la que a su vez habría que deducir el importe de la fianza— y el resto (valor de las cargas), que no se abona por el adquirente, pero del que se responde a los titulares de un derecho preferente a aquel que originó la ejecución.

b'') Si el adquirente es el actor, bien porque ofreció en la subasta la postura máxima, bien porque en los casos permitidos por la ley se le hace entrega ("adjudican") de las fincas, deberá consignar la diferencia entre el precio ofrecido o el que sirvió de tipo a la subasta y el importe de su crédito, con los intereses que la hipoteca asegure (2). Pero como su hipoteca puede garantizar también las costas de la ejecución, la ley (regla 15, párrafo 2.º), si bien no le autoriza a descontarlas ahora, porque no se conocen aún en toda su cuantía, indica expresamente que la consignación es sin perjuicio de que cuando se practique la liquidación de costas se reintegre el acreedor con lo que haya consignado del importe de las originadas hasta la cantidad asegurada con la hipoteca.

(1) Esta interpretación armoniza, en efecto, con lo dispuesto en la regla 16.º, pero ya no con los principios generales vigentes hoy en nuestro Derecho procesal (V. el art. 1 del R. D. de 2 de abril de 1924), como erróneamente afirma Manresa, obra y tomo cits., pág. 715.

(2) No se descuenta, naturalmente, el valor de la fianza, porque el acreedor está exento de su prestación, como sabemos.

c') Veamos ahora los efectos del cumplimiento o incumplimiento de esta obligación fundamental de la consignación.

1.º Si es cumplida, el precio del remate queda a disposición del Juzgado, el cual debe darle el destino siguiente (regla 16 del art. 131):

a") El pago del crédito hipotecario del actor "sin dilación".

Cuando el adquirente sea el mismo acreedor no tendrá ello lugar, puesto que sólo se ha consignado la diferencia entre el precio del remate—o el tipo de la subasta si ha habido adjudicación—y el importe de dicho crédito. De la cantidad que se pague ha de descontarse el importe de las costas procesales no aseguradas con la hipoteca. No cabe, por tanto, deducirlas del sobrante del precio de remate *con preferencia a los restantes derechos posteriores*; porque aunque el ejecutante puede reclamar su reintegro del deudor, ello no quiere decir que se trate de un crédito preferente también; el acreedor concurrirá aquí con los restantes y percibirá, por el orden legal, la cantidad que corresponda del sobrante, si llega para cubrir dicha atención (1); si al acreedor no se le hubiese pagado nada por ser él el adquirente, y el sobrante no llegase a cubrir las costas no aseguradas, cabe exigirlas al actor por la vía de apremio ordinario.

b") Con el sobrante ha de pagarse a los acreedores posteriores —la inscripción de cuyos derechos en el Registro queda cancelada— o debe ser entregado a quien corresponda, verbigracia, el dueño de los bienes, los acreedores simultáneos al ejecutante, si no optan por la subsistencia de su hipoteca (2). Mientras no se verifica la entrega, se constituirá tal sobrante en depósito en el establecimiento público destinado al efecto (regla 16, *in fine*).

Pero ¿cómo debe procederse en este caso al reparto y entrega siguiente? La solución más simple consiste en que, compareciendo los interesados en el Juzgado, el Juez, dentro del mismo procedimiento, haga la distribución y consigne a cada titular la parte que le corresponda. La ley de Enjuiciamiento civil parece inspirarse en este criterio al decir que "el remanente quedará a disposición del deudor, a no ser que se hallare retenido judicialmente para pago de otras deu-

(1) V. el artículo de Jerónimo González sobre *Preclación de costas procesales*, ya citado. Los derechos y honorarios del Procurador y Abogado pueden incluirse en la tasación de costas, aunque su intervención no sea obligatoria: sentencia de 23 de noviembre de 1935, que contradice la jurisprudencia dominante en casos análogos sobre interpretación amplia del art. 11 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Sobre esta solución, v. supra

das o que pesen otras responsabilidades sobre el inmueble", y la doctrina hipotecaria se muestra también favorable a dicha solución (1). Pero la jurisprudencia ha sostenido en una ocasión (auto de 14 de noviembre de 1924) el criterio opuesto, y ciertamente mucho más rígido, de exigir, para entregar el remanente al deudor, la afirmación de su derecho en el juicio declarativo correspondiente.

2.º Si la obligación de consignar no se cumple en el plazo fijado, surge la declaración de quedar sin efecto el remate, con las responsabilidades consiguientes para quien da lugar a ello, y se reproduce la subasta celebrada.

a'') La privación de efecto al remate anterior consiste en la anulación del que había sido aprobado. La doctrina dominante exige la instancia del actor, deudor o tercer poseedor para que ello pueda hacerse (2). La resolución judicial que recaiga deberá ser un auto, por estar ello en el espíritu del párrafo 3.º del artículo 369 de la ley de Enjuiciamiento civil (3).

b'') Las responsabilidades que surgen para quien dejó de consignar, difieren según se trate del acreedor ejecutante o de un postor distinto.

a''') En el primer caso, responde el actor de todos los gastos que origina la subasta o subastas posteriores que sea preciso celebrar, y no tendrá derecho a percibir intereses de su crédito durante el tiempo que se emplee en verificarlas (regla 15, último párrafo). Lo primero se explica porque no habiendo consignado el actor cantidad alguna para tomar parte en la subasta, no pueden resarcirse estos gastos con el importe del depósito; la segunda medida es también acertada, porque debe imputarse al acreedor el retraso que experimente en el cobro de su crédito (4).

b''') Si el que no consigna es un postor distinto, la responsabilidad consiste en la pérdida del depósito, que se destina, en primer término, "a satisfacer los gastos que origine la subasta o subastas posteriores, y el resto, si lo hubiere, al pago del crédito, intereses y costas" (regla 15, párrafo 2.º). Esta última sanción es, probablemente, dema-

(1) Aragonés: Ob. y loc. cits.; Morell: Ob. y tomo cits., pág. 135. La distribución se haría en este caso en forma de auto por el Juez.

(2) Contra ello lo que indicamos más arriba.

(3) Así Manresa: Ob. y tomo cits., pág. 715.

(4) Manresa la elogia igualmente, ob. y tomo cits., pág. 715.

siado rigurosa; más acertada, a nuestro juicio, la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.513), hace responsable al postor solamente de la disminución del precio que puede haber en el nuevo remate; aparte, como es lógico, de las costas causadas.

c'') Por último, la falta de consignación produce asimismo la reproducción de la subasta celebrada; práctica de una nueva "subasta en quiebra", como la llama la ley procesal. Esta subasta no difiere de la anterior (primera, segunda o tercera), puesto que, según la dicción literal de la ley, consiste en "una reproducción de la misma"; la única variación que encontramos es la de autorizar, en el caso de que sea responsable el ejecutante, a pedir la subasta "cualquier interesado" y no sólo el actor, deudor o tercer poseedor, como exige la regla 7.^a del artículo 131. Pero con objeto de evitar la repetición de estas subastas en quiebra, cabría adoptar diversas medidas (aparte de las sanciones de rigor), entre las que se han aconsejado: 1.^o La de que el acreedor no esté exento de la prestación de fianza en la nueva subasta cuando ha sido él quien dejó de consignar. 2.^o La de que aquellos postores que continuadamente han intervenido en las subastas alzando el precio, cuando las subastas quiebran después no tengan intervención en las posteriores. 3.^o La de que la quiebra sucesiva de un número determinado de postura en una subasta dé derecho a pedir la celebración de la siguiente (con la rebaja del tipo que autoriza la ley) (1).

c) Si el acto del remate llega a término con su aprobación, y se cumplen las obligaciones que de él surgen después de las posibles vicisitudes que hemos reseñado, la subasta termina con la *adjudicación* (2) o *entrega* de los bienes al adquirente.

¿Cuál es la *naturaleza jurídica* de este acto? He aquí uno de los problemas más interesantes de los que plantea la ejecución desde el punto de vista de la doctrina procesal, e incluso de toda la doctrina del Derecho. Carnelutti, en efecto, ha dicho de él (3) que constituye "un punto extremadamente delicado de la teoría jurídica."

Primeramente, puesto que en la adjudicación de los bienes se observa la prestación de una persona (el adquirente que paga el precio) a cambio de otra prestación que compensa la primera, cabe suponer que

(1) Propuestas estas dos últimas medidas por Navarro, Tena y Lueso V. el artículo citado, supra.

(2) Sobre el significado de este término v. más arriba.

(3) *Lezioni di Diritto processuale civile*, tomo IV, pág. 226.

nos hallamos ante un negocio jurídico de tipo contractual; en definitiva, ante un contrato. Y como las prestaciones que se cruzan están constituidas por una entrega de dinero como precio y una entrega de un bien como cosa, la conclusión que parece deducirse de ello inmediatamente es que nos hallamos ante una auténtica *venta* en el sentido del artículo 1.445 del Código civil: "Por el contrato de compraventa, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo representa."

Este es, sin duda, el pensamiento de nuestra ley de Enjuiciamiento civil, que emplea en la ejecución sobre bienes inmuebles la palabra "venta" en diversas ocasiones: arts. 1.500, 1.513, y, sobre todo, 1.514, donde se prescribe que "consignado el precio, se hará saber al deudor para que dentro de tercer día otorgue la escritura de venta a favor del comprador".

Pero contra semejante construcción se alza un gravísimo obstáculo, que es el que da origen a la mayor parte de las críticas que surgen frente a ella: *la falta de consentimiento* de uno de los presuntos contratantes, el dueño de los bienes, que figura como vendedor y que no *consiente*, en efecto—o puede *no consentir*—en la operación, pero está sujeto a los efectos jurídicos que se producen del mismo modo que si emitiera una auténtica declaración de voluntad.

Para obviar este inconveniente se han ensayado diversas teorías, que sin trascender del ámbito contractual, intentan explicar esta nota característica del acto de adjudicación.

a') Se ha visto por algunos en la enajenación de bienes que se realiza en cualquier tipo de ejecución el ejercicio de *un derecho de prenda* que tiene el acreedor sobre el patrimonio del deudor (1). Pero esto no explica la naturaleza jurídica de la adjudicación de bienes a un tercero, porque aun haciendo el ejecutante titular de un derecho de garantía sobre los bienes de la ejecución (sea el de prenda, en los casos generales, o el de hipoteca en los supuestos concretos que nosotros estudiamos), no se deduce de él que *pueda vender por sí mismo*, ni se concibe que *obligue a vender*, porque, al fin, la dificultad que existe para

(1) Kohler en *Prozessrechtliche Forschungen* (Jena, 1882) y principalmente Rocco: *Studi sulla teoria generale del fallimento*, en "Rivista de Diritto commerciale", 1910, e *Il fallimento*, 1917.

la concepción de esta *venta obligada* es idéntica a la que antes hemos observado y que precisamente se trata de justificar (1).

b') Haciéndolo notar así, Chiovenda, en un interesante trabajo titulado "Sulla natura dell'espropiazione forzata" (2), afirma que lo que se produce en una hipótesis de ejecución forzosa es la *expropiación de la facultad de disposición* que normalmente corresponde al *dueño de los bienes*. La expropiación se verifica en la resolución que autoriza la venta de los bienes; la resolución en que se adjudican los bienes constituye simplemente el ejercicio de esa facultad de disposición expropiada. Por ello este segundo acto es un verdadero contrato o relación contractual entre el Estado (por medio del Juez) y el mejor oferente, caracterizado por su especial forma u objeto; se trata, en definitiva, de una "venta en nombre del Poder público" (3). A la teoría de Chiovenda se ha adherido el procesalista, también italiano, Calamandrei, en un artículo publicado en la revista alemana *Iudicium* (4) con el título "Urteil als Vollstreckungsakt".

c') Pero tal opinión, indudablemente ingeniosa, peca probablemente de desproporcionada al acudir al mecanismo de la expropiación forzosa sobre una de las facultades que integran el dominio y hacer del deudor un incapaz de disponer. Desde otro punto de vista, Carnelutti (5) explica el acto de adjudicación como hecho por el órgano ejecutivo en *representación del deudor*. La teoría, extraordinariamente sugestiva, como todas las de este autor, se funda en una noción amplia del concepto de representación (6); la representación abarca, no sólo el ejercicio de un derecho en nombre de otro, sino también el cumplimiento de un deber, y según la relación en que se halle con la voluntad del representante podemos distinguir: representación *con voluntad*: "poder"; representación *sin voluntad*: "tutela" (casos de representación legal) y representación *contra voluntad*: "órgano ejecutivo" ("subro-

(1) V. Exner: *Kritik des Pfandsrechtsbegriff*.

(2) Publicado en la "Rivista de Diritto processuale civile", 1926, parte 1.^a, páginas 85 y sigs.

(3) El autor cita la obra de Galli, *El sistema della giuridizione esecutiva*, 1910, páginas 172 y sigs. Consecuencias prácticas de esta construcción son la admisibilidad de una acción de nulidad y el no estar obligado el expropiado a la garantía de los bienes

(4) Año 1930.

(5) *Lezioni* cits. tomo VI, pág. 232.

(6) Inspirada, en parte, en Gierke y en Heinemann: *Die Formen der Rechtsausübung*, en "Iherings Jahrbücher", 1931.

gación"). Puesto que el consentimiento del titular no es siempre necesario para actuar en su nombre, la adjudicación de bienes puede ser y es un acto realizado en representación del dueño de los bienes (1).

La aceptación de esta doctrina depende sin duda de la posición que se adopte respecto a la fórmula explicativa de la "representación" en que se apoya. Si parece demasiado forzado concebirla también en los casos en que el presunto representante obra, no ya en contra de la voluntad, sino incluso en contra del interés del "representado", preciso será desecharla, y entonces, colocándonos fuera del ámbito contractual o privatístico, enfocar el problema desde otro punto de vista distinto: el del puro Derecho público.

La dirección alemana, que criticando el término de "venta" ha visto en la adjudicación o entrega de bienes un acto típico estatal (Stein-Jonas, Oertmann, Pollack), aunque sin explicar precisamente en qué consiste su naturaleza, ha tenido en Italia dos principales seguidores: Satta, que en un artículo sobre la asignación de créditos en la ejecución forzosa (2), después de hacer equivalente esta asignación a la entrega de bienes, constituye con ambos actos una categoría jurídica: la de *transferencia de la propiedad*, distinta a la de la *venta* precisamente por la ausencia del consentimiento del titular, y Pugliatti, que en sentido análogo habla de *transmisiones forzosas* (3), concepto general dentro del que habrá de incluirse la adjudicación que nosotros examinamos. No cabe duda, a nuestro juicio, de que semejante posición representa un adelanto sobre la anterior de fundamento contractual, pero hay que confesar igualmente que está aún lejos de haber recibido una formulación precisa y sólida que haga de ella algo más que una simple propuesta de nueva terminología.

Dentro de nuestra Ley Hipotecaria, en este punto, nos encontramos con una profunda diferencia respecto a la de Enjuiciamiento civil; no sólo en aquélla no se menciona la palabra "venta", como en ésta,

(1) Carnelutti, que ha precisado su pensamiento en este punto en una nota al artículo de Pugliatti, que luego citaremos, menciona como caso análogo el de la venta de cosa ajena hecha a un tercero de buena fe.

(2) *Sulla asseguazione del crédito nella esecuzione forzata* en "Rivista di Diritto processuale civile", 1931, II, pág. 192. Acerca del mismo el artículo de Gaudenzi *Sulla asseguazione dei crediti pignorati*, 1932, II, pág. 217.

(3) En su obra *Teoría dei trasferimenti coattivi* y en dos trabajos publicados en la "Rivista di Diritto processuale civile" criticando la posición de Carnelutti: *Vendita forzata e rappresentanza legale* (1931, I, pág. 294) y *Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata* (1932, I, pág. 408).

sino que el acto de adjudicación no se verifica por medio de una escritura que otorga el deudor, sino por medio de un auto que dicta el Juez, cuyo testimonio es bastante para la inscripción que ha de practicarse en el Registro como consecuencia de la enajenación.

A pesar de algunas opiniones discordantes (1), la supresión de la escritura pública ha sido favorablemente acogida por la doctrina (2), que ha sacado de ella la consecuencia fundamental de no constituir la entrega de los bienes un verdadero contrato (venta), sino un acto judicial (3), y la única duda que puede surgir en este punto la plantea el texto literal de la ley por el empleo del término "representación".

Según la regla 17 del artículo 131, "verificado el remate o la adjudicación (4), y consignado en su caso el precio, se dictará, de oficio, auto aprobándolos en *representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenan*", etc. Hemos visto anteriormente cómo hay una teoría que acude a este concepto para explicar el acto de la enajenación; pero aun apoyándonos en ella, el sistema legal da origen a demasiada imprecisión, porque no se sabe, en algún supuesto, en nombre de quien hacer la transmisión: no en nombre del hipotecante, porque puede éste haber dispuesto de los bienes con posterioridad, ni en nombre del último dueño que conste en el procedimiento, porque acaso no sea éste "el dueño actual" si alguien adquirió los bienes con posterioridad a haberse iniciado la ejecución. En la práctica, acaso se pueda obviar la designación concreta mediante una expresión genérica ("en nombre del dueño"); pero ello no es sino un expediente que no basta para satisfacer la natural necesidad de una calificación racional y correcta de este tipo de enajenación.

C. Por último, los efectos de la subasta se enlazan, como anteriormente vimos, con los trámites que componen la última fase del procedimiento.

3. El período de extinción. Las actuaciones que en él se realizan son:

(1) Como las que se alzaron en el Senado durante la discusión parlamentaria de la reforma.

(2) La Dirección General de los Registros no ha querido, sin embargo, extenderla a la ejecución ordinaria; resolución de 12 de febrero de 1916.

(3) V., p. e., Morell: Ob. cit., pág. 136. En contra M. Mora (artículo citado, supra, pág. 188), quien afirma que el acto se equipara a una venta: "la voluntad traslativa del dominio con sus consecuencias hipotecarias es idéntica".

(4) "Stricto sensu".

A. La cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor, y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla (1), incluso las que se hubiesen verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla 4.^a (regla 17, párrafo 1.^o). Este trámite tiene carácter procesal sólo en cuanto a su adopción (en el auto de aprobación "definitiva") y a la forma de ordenarlo: mandamiento dirigido por el Juez al Registrador (expidiéndose al efecto el oportuno mandamiento, en el que se hará constar que se hicieron las notificaciones expresadas en la regla 5.^a; que el valor de lo vendido o adjudicado fué igual o inferior al importe total del crédito del actor, y en el caso de haber superado, que se consignó el exceso en el establecimiento público destinado al efecto, a disposición de los acreedores posteriores" (regla 17, párrafo 1.^o, al final); no son procesales, en cambio, los problemas que plantea su ejecución y a que aluden los párrafos 2.^o y 3.^o de esta misma regla: circunstancias del asiento de cancelación, título bastante para inscribir.

B. Si el adquiriente lo pide, se le pondrá en posesión judicial de los bienes enajenados (regla 17, párrafo 4.^o), lo que se llevará a cabo en la forma marcada en la ley de Enjuiciamiento civil, título XIV del libro III, primera parte, lo que constituye desde este punto de vista el último trámite de los que integran el procedimiento estudiado en su desarrollo normal.

JAIME GUASP

Catedrático de la Universidad de Barcelona.

(1) Se cancela la escritura de rectificación de cabida aunque sea posterior (resolución de 11 de diciembre de 1928) y también la de inscripción de dominio, aunque se trate del adquirente judicial en otro procedimiento, según decidió la importante resolución de 28 de agosto de 1926.