

# La ejecución procesal en la ley Hipotecaria (\*)

## IV

### LOS PRESUPUESTOS DE LA EJECUCIÓN

2. Referente a las partes: capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación, poder de postulación.

2. Llegamos ahora al problema de los presupuestos referentes a los sujetos distintos del órgano jurisdiccional, que intervienen en el procedimiento, es decir, a la determinación de las condiciones que han de concurrir en las personas que hayan de tomar parte en él; y que son fundamentalmente la capacidad, la legitimación y el poder de postulación.

a) El primer grado de capacidad necesaria dentro de la esfera procesal civil, está constituida, como se sabe, *por la capacidad para ser parte*. Aptitud requerida para que un ente cualquiera pueda estimarse como verdadero sujeto de derechos y obligaciones, equivale la capacidad para ser parte, estricta categoría procesal, a la capacidad jurídica en general, o mejor dicho, la primera representa una de las concretas aplicaciones de la segunda y viene determinada por las mismas normas que hacen referencia a tal grado de capacidad, con numerosos preceptos de carácter especial que no será preciso indicar ahora. Dentro de nuestra terminología legal, la concesión de la *personalidad*—física o jurídica—es lo que supone el disfrute de dicho grado de capacidad y, consiguientemente—dejando a un lado ahora los casos dudosos—, también de la capacidad para ser parte.

(\*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

No hay en esto especialidad ninguna con referencia al procedimiento de la ley Hipotecaria: la capacidad para ser parte en un proceso de esta clase se rige por los preceptos generales y no presenta ningún problema que deba ser mencionado aquí.

b) Como tampoco lo presenta la aplicación de las reglas sobre *capacidad procesal*. Consistiendo ésta en la aptitud necesaria para la *realización* en general de *actos jurídicos con eficacia en el proceso*, su tratamiento legal se asimila (art. 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil) al de la llamada capacidad de obrar que, en la esfera civil, es configurada, de manera no muy sistemática precisamente, en variados y dispersos preceptos del Código. Las normas sobre capacidad procesal rigen también en la ejecución hipotecaria y deberán ser, por tanto, tenidas en cuenta en el procedimiento que analizamos (1).

c) Mucha mayor dificultad hay, por el contrario, en la aclaración de los problemas referentes a la *legitimación*.

Sabido es que para intervenir válidamente en un proceso, no basta con la concurrencia de los dos requisitos antes señalados: capacidad para ser parte y capacidad procesal; es preciso que se cumpla en el sujeto que interviene, una tercera condición: la de hallarse en una relación tal con el objeto concreto del litigio que se plantea, que la ley autorice, en efecto, dicha intervención. No es suficiente, pues, la capacidad procesal que pudiéramos llamar genérica, puesto que se refiere a toda clase de procesos y a ninguno en particular, sino una situación determinada en el caso concreto y contemplada por el derecho positivo como motivo suficiente que justifique la actuación de la persona; este motivo suficiente, puede designarse—prescindiendo de otras posibles denominaciones—con el nombre de *legitimación*.

Ahora bien, ¿quiénes están legitimados—activa y pasivamente—en el procedimiento para la efectividad de un crédito hipotecario seguido con arreglo a las normas del art. 131 de esta ley? He aquí uno de los puntos más difíciles y susceptibles de confusión en la materia. El texto positivo contiene una serie de preceptos que no son, en modo alguno, precisos ni completos y en sus dispersas normas sobre los sujetos que intervienen en la ejecución carece de una idea definida sobre el papel atribuido a cada uno de ellos, recordando las dificultades de un

(1) La ley Hipotecaria emplea para designar ambos grados de capacidad, como la ley de Enjuiciamiento civil, el término: "personalidad". Véase la regla 3.ª, número 1 del art. 131, cuyo análisis haremos ulteriormente.

mediocre autor dramático que no supiera qué hacer con los personajes que ha sacado en escena, ni cuál es el momento adecuado para su aparición.

El intento de aclarar en lo posible esta confusión ha de tropezar, por consiguiente, con obstáculos de no pequeño volumen: entre otros, el silencio de la ley sobre puntos fundamentales. Veamos, sin embargo, si puede llegarse a una indicación sistemática de las personas legitimadas en un proceso de esta clase.

Cabe hacer, en primer término, una distinción fundamental entre las *partes* y los *interesados*. Partes son, según una concepción corriente (1) la persona que pide y aquella frente a quien se pide la actuación de la ley; interesados serán aquellos otros sujetos que sin instar ni soportar directamente la ejecución, pueden intervenir en ella para defender un interés.

La distinción apuntada no carece de reconocimiento específico en las normas sobre ejecución inmobiliaria. La legislación alemana, v. g., dentro de una denominación común ("*Beteiligte*") abarca no sólo las "*partes*", sino también aquellas personas que tienen un derecho inscrito o asegurado por una inscripción ("*Realberechtigte*"), entre otras (2). Nuestra ley Hipotecaria no la recoge de modo expreso, aunque habla a veces de partes (art. 129) y de interesados (art. 132); pero la jurisprudencia alude a ella directamente. Veamos en concreto qué sujetos deben figurar en una y otra categoría.

a') Como *partes* debemos considerar lógicamente al *acreedor* ejecutante y al *deudor*.

a'') Acreedor ejecutante es la persona que, siendo titular de un derecho de crédito garantizado con hipoteca en cuya escritura de constitución concurren los requisitos señalados en el art. 130, acude al órgano jurisdiccional para obtener la efectividad de dicho crédito. Equivale el término de acreedor en la ejecución al de *actor* o *demandante* en el proceso de cognición (3); pero nuestra ley Hipotecaria no ha llegado a una total sustitución de términos y habla en ocasiones del actor (art. 131), reglas 3.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, p. 2.<sup>o</sup>, 6.<sup>a</sup>, etc.) y de *demandante* (reglas 2.<sup>a</sup> y 14, *id.*), aunque la simple designación de acreedor ("el

(1) Véase Chiovenda, *Principios*, cit., II, pág. 6.

(2) Parágrafo 9 de la ley sobre subasta y administración forzosa ("*Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung*") de 1897.

(3) Rosenberg, *ob. cit.*, pág. 592.

acreedor) sea la usada con mayor frecuencia (art. 130, p. 4.º, 131, reglas 2.ª, 3.ª, 6.ª, p. 2.º, 10.ª, 11.ª, 12.ª, etc.).

b'') Como *deudor* puede entenderse, en un sentido estricto, el sujeto pasivo de la obligación cuyo cumplimiento se reclama, y así lo será el que debe efectivamente la prestación que el acreedor tiene derecho a exigir. Ahora bien, algunas legislaciones, en la ejecución inmobiliaria suelen designar con el nombre de deudor y, por tanto, parte principal a aquel sobre cuyo patrimonio *recae directamente la ejecución*, prescindiendo de que sea o no en el caso concreto el *obligado* en la relación jurídica cuyo incumplimiento da lugar al proceso (1). Esto quiere decir que, dirigiéndose la ejecución contra los bienes objeto de la hipoteca, el que la soporta directamente ("deudor" según la segunda acepción) es el propietario (= poseedor) de dichos bienes, sea o no la persona obligada al pago del crédito que la hipoteca garantiza.

En la mayor parte de los casos, deudor y propietario o poseedor de los bienes serán la misma persona y el régimen legal a aplicar no tendrá dificultades. Pero tampoco son raras las hipótesis de lo contrario, porque, en efecto, pueden presentarse casos de dualidad—o pluralidad—de ambas posiciones jurídicas, supuesto que se verifica de modo principal en las hipótesis siguientes:

1.º Cuando el inmueble hipotecado pasa, después de ser afecto al cumplimiento de una obligación, a persona distinta del primitivo deudor (intervención de "tercer poseedor", según la terminología corriente entre nosotros).

2.º Cuando el hipotecante es persona distinta del deudor, es decir, cuando una persona sujeta sus propios bienes al cumplimiento de una obligación contraída por otro.

3.º Cuando en la escritura de constitución de la hipoteca figuran como deudores otras personas además del hipotecante, hipótesis que podría sin dificultad subsumirse en el caso anterior.

¿Cuál es el concepto de *deudor* en el procedimiento de ejecución regulado por la ley Hipotecaria? Tomando al pie de la letra la expresión del art. 129: "la acción hipotecaria podrá ejercitarse *directamente* contra los bienes hipotecados..." pudiera deducirse que el sujeto pasivo de la obligación garantizada ("deudor" en sentido estricto) no

(1) "Deudor (Schuldner) es aquel contra quien el procedimiento se dirige..., solamente el propietario del inmueble inscrito en el Registro o sus herederos..." Schönke, "Zwangsvollstreckung", cit., pág. 169.

interesa aquí sino en cuanto es al mismo tiempo dueño o poseedor de los bienes hipotecados y que es este dueño o poseedor el primer legitimado pasivamente en la estructura procesal de la ley Hipotecaria. Pero un examen atento de los preceptos que ésta contiene demuestra que ello no es así y que con el término "deudor" indica la ley al obligado personalmente al pago. Ello se debe indudablemente al hecho de no haber distinguido entre la *acción ejecutiva* sobre inmuebles que el acreedor hace valer y la *acción de condena* dirigida al cumplimiento de la obligación, o para decirlo con la terminología todavía dominante, entre la *acción real* y la *acción personal* que de un crédito garantizado con hipoteca puede surgir.

Por consiguiente, el deudor (= sujeto pasivo de la obligación) está legitimado pasivamente para intervenir en el procedimiento. Numerosas disposiciones de la ley Hipotecaria hacen referencia a él, distinguiéndolo explícitamente del posible "tercer poseedor". Así, la regla 3.<sup>a</sup>, número 3.º, del artículo 131 (1), regla 7.<sup>a</sup> (2), artículo 132 (3), etc. Sin embargo, la posición del dueño de los bienes hipotecados y el hecho de que sea él quien soporta directamente la ejecución obliga a considerarlo forzosamente como algo más que un simple interesado; y efectivamente no es, a mi juicio, difícil probar que él tiene en todo el carácter de *parte* en el proceso.

Para demostrarlo, veamos el tratamiento legal en nuestro derecho positivo de los casos en que el dueño o poseedor de los bienes es persona distinta del deudor. De las tres hipótesis antes indicadas estudiaremos solamente las dos primeras, ya que lógicamente se incluye la última de ellas en la señalada en segundo lugar.

a''') Tenemos que estudiar, por tanto, en primer término la figura procesal del *tercer poseedor*. Ya sabemos que este nombre es demasiado restringido para que dé una idea clara de la posición jurídica a que se refiere. El *tercer poseedor* no es, en la mayor parte de los casos, quien posee meramente los bienes, sino quien tiene también sobre ellos un derecho de propiedad (4). Ahora bien, caben dos concepciones distintas en torno a este problema: suponer que el tercer poseedor es

(1) ... "haberse requerido de pago... al deudor y también al tercer poseedor de las fincas..."

(2) ... "se procederá a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor..."

(3) "El procedimiento... no se suspenderá por la muerte del deudor o del tercer poseedor."

(4) Y asimismo el titular de un derecho de usufructo de nuda propiedad de

verdaderamente parte en el procedimiento de la ley Hipotecaria o negarle este carácter y colocarlo al lado de los acreedores que intervienen, como un simple interesado. La segunda de estas opiniones ha sido defendida por López de Haro (C.) en un artículo publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1) con el título: "El tercer poseedor de finca hipotecada".

Dice López de Haro (2) que el tercer poseedor es "ajeno al *procedimiento como parte*", un mero acreedor como los demás. Se funda para ello principalmente en el hecho de que en el procedimiento judicial sumario, a diferencia de lo que ocurre en el juicio ordinario ejecutivo, no tiene el tercer poseedor la facultad de desamparar los bienes hipotecados (que concede en el segundo caso el art. 126 de la ley Hipotecaria). Pero se comprende fácilmente que este derecho de desamparo, de discutida y oscura naturaleza jurídica, no constituye por sí solo una facultad de índole *procesal* tan inseparable de la noción de parte que, con su ausencia, sea imposible dar este carácter a un sujeto de los que intervienen en el proceso.

Por el contrario, examinando la terminología y el contenido de los preceptos legales, creo que puede llegarse a una solución contraria a la sostenida por López de Haro. Para la ley, en efecto, el tercer poseedor es algo distinto de un simple interesado y en algunas ocasiones alude sucesiva y conjuntamente a ambos, lo que no tendría razón de ser si la figura de aquél debiera subsumirse en la de éste. Así, el artículo 132 dice: "el procedimiento sumario que establece el artículo precedente no se suspenderá por la muerte del deudor o tercer poseedor... ni por medio de incidentes promovidos por los mismos o por otro que se presente como interesado...", etc. (3).

Pero puede darse una razón más convincente observando las facultades que corresponden al deudor y que no tienen los simples acreedores interesados; esta comparación nos dirá, en efecto, qué fun-

enfiteusis, a tenor del párrafo 2.º del art. 134. "se considerará también como tercer poseedor el que hubiere adquirido solamente el usufructo o el dominio útil, o bien la propiedad o el dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo.

(1) Abril de 1931.

(2) Ob. cit., pág. 359.

(3) El párrafo 10 de este artículo parece calificar al tercer poseedor como interesado; pero al incluir en esta rúbrica al deudor también, claro está que hace referencia a un concepto amplio de "interesado" y no al restringido, que lo opone a la figura de parte en el proceso.

ción concreta desempeña en el proceso la parte (deudor) que la diferencia de los sujetos que no tienen este carácter.

Siguiendo tal criterio, nos encontramos con los siguientes preceptos específicos que marcan un distinto trato entre deudor e interesados.

1.º El deudor debe ser requerido de pago antes de comenzar el procedimiento o bien lo hará el Juez al iniciarse éste, subsanando un posible defecto (art. 131, regla 3.ª, núms. 3.º y 4.º). En cambio, los acreedores *no preferentes* (ya que, como se sabe, los *preferentes* no intervienen) (1), no son requeridos, sino que se les notifica la existencia del procedimiento a los efectos que marca la regla 5.ª de este mismo artículo 131.

2.º El deudor—y el ejecutante también—pueden instar la subasta de la finca y no los simples acreedores interesados: art. 131, regla 7.ª.

3.º El ejecutante y el deudor pueden pedir que en caso de no consignarse por el postor el precio del remate, se declare éste sin efecto y se reproduzca la subasta celebrada, facultad que no corresponde a los otros acreedores que intervienen: regla 15.ª, párrafo 2.º (2).

4.º El art. 132 establece expresamente que el procedimiento “sumario” no se suspende por la muerte del deudor, ni por caer en quiebra ni en concurso de acreedores. Esta declaración no se hace por la ley con referencia a los acreedores interesados sin duda por creerla innecesaria.

Veamos cómo los preceptos apuntados se aplican también al tercer poseedor, marcando una identidad de trato legal que no puede por menos de reflejarse en la posición procesal de aquél

1.º El tercer poseedor debe ser requerido de pago en los mismos términos que el deudor: regla 3.ª, núm. 3.º; “acta notarial de haberse requerido de pago con diez días de antelación, cuando menos al deudor y también al tercer poseedor de las fincas”... (3).

2.º También puede el tercer poseedor, junto con el acreedor eje-

(1) Sobre este punto, véase *infra*.

(2) Régimen distinto es el aplicable en el caso de que sea el mismo acreedor ejecutante el rematante o adjudicatario, ya que entonces puede celebrarse la subasta posterior o las posteriores “a instancia de cualquier interesado” (regla 15.ª, párrafo 3.º).

(3) Podría objetarse que este precepto se refiere tan sólo al tercer poseedor “que hubiere acreditado al acreedor la adquisición del inmueble”, y que a los demás únicamente se les notifica la existencia del procedimiento (regla 5.ª, párrafo 1.º) como a los acreedores interesados. Pero es que en este caso, la notificación equivale al requerimiento, según acertadamente hace notar Morell “Comentarios”, *cits.*, pág. 118.

cutante y el deudor, instar la subasta de la finca. Regla 7.<sup>a</sup>: "...se procederá, a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor a la subasta de la finca".

3.<sup>o</sup> Igualmente le está permitido pedir la declaración de la subasta en quiebra y su nueva celebración. Regla 15.<sup>a</sup>, párrafo 2.<sup>o</sup>: "...a instancia del actor o del deudor o del tercer poseedor"...

4.<sup>o</sup> Se indica asimismo en el art. 132 que su muerte o la declaración de quiebra o concurso no suspenderá el procedimiento.

5.<sup>o</sup> Incluso hay una facultad que, según el texto literal de la ley, está atribuida al dueño de los bienes y no al deudor en quien no concurra esta condición. Tal es la posibilidad de mejorar la postura hecha en tercera subasta cuando sea inferior al tipo de la segunda: regla 12.<sup>a</sup> de este mismo artículo 131.

Por último, si necesitásemos una nueva prueba de la identidad de posición procesal del deudor y del tercer poseedor, la encontraríamos en el art. 134 donde se establece la sustitución del primero por el segundo en los términos siguientes: "Si antes de que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada, pasare ésta a manos de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la escribanía, y el Juez lo acordará sin paralizar el curso del expediente, entendiéndose con él las diligencias ulteriores, como subrogado en el lugar del deudor." Aquí se ve claro, por tanto, que la figura del tercer poseedor es de una verdadera parte, lo mismo que el deudor cuando interviene (1). De igual modo, el párrafo 2.<sup>o</sup> de este artículo coloca al tercer poseedor al lado del deudor cuando aquél haya adquirido solamente el usufructo o el dominio útil de la finca hipotecada, o bien la propiedad o el dominio directo, quedando en éste el derecho correlativo: en tal caso, en efecto, "se entenderán con ambos las diligencias del juicio".

b") Estudiemos ahora la posición que ocupa en el proceso el *hipotecante* de los bienes ejecutados *cuando éste no es el mismo deudor*. Según lo anteriormente expuesto, debemos considerarlo asimismo como *parte*, dada su condición de dueño de las fincas sobre que el procedimiento recae.

(1) ¿Por qué en el caso de este precepto cesa la intervención del deudor, y no, en cambio, cuando la figura del tercer poseedor existe "ab initio"? Esta anomalía legal únicamente podría explicarse suponiendo que en ningún caso en que haya tercer poseedor está el deudor legitimado para intervenir, lo que, dados los términos de nuestra ley, podemos considerar como dudoso por lo menos.



La ley Hipotecaria no alude expresamente a esta figura específica ni contiene ningún precepto que pueda arrojar luz sobre el problema. Sin embargo, en los antecedentes de la reforma de 1909, podemos encontrar datos de interés en este punto. Uno de los que intervinieron en la discusión, Blanco Rajov, hizo notar el olvido en que incurría el texto proyectado, y por la Comisión, Lastres declaró que en caso de existir esta persona, el régimen señalado en la ley para el deudor debía ser considerado asimismo de aplicación con respecto a él. Ahora bien, precisamente los puntos discutidos se refieren a normas que rigen en relación con el deudor = parte en el procedimiento y no con los acreedores = interesados. Uno de estos puntos es la necesidad de que conste el domicilio del hipotecante para cumplir el precepto del artículo 130 de la ley Hipotecaria; otro, el de que dicho hipotecante debe ser requerido de pago, del mismo modo que el deudor y el tercer poseedor en su caso (1).

Del hecho de que en la discusión parlamentaria se haya afirmado la vigencia de estos preceptos para el hipotecante no deudor, puede deducirse sin dificultad que éste es propiamente, aunque la ley no lo mencione de modo expreso, *parte* en el procedimiento. Con ello queda confirmada la tesis expuesta al comienzo de estas consideraciones de que en todo caso el dueño de los bienes ocupa en la ejecución hipotecaria un papel superior al de simple interesado, lo que está de acuerdo, además, con la íntima relación existente entre él y el objeto material de la expropiación; tal relación íntima, en efecto, no puede por menos de trascender al plano procesal en que dentro de la ejecución se colocan los derechos y obligaciones de tipo material de los diversos sujetos que intervienen.

b') Puesto que hemos dado ya una idea de quiénes son parte en el procedimiento analizado, estudiemos ahora la figura procesal de quienes intervienen en él como *interesados*. Una primera noción genérica de éstos podemos obtenerla por vía de eliminación, considerando en consecuencia como tal interesado a todo aquel que estando legitimado para intervenir no disfruta, sin embargo, de las facultades que la ley otorga a los principales sujetos del proceso.

La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros ha tratado de hallar el concepto de interesados, consciente del valor práctico

(1) En el mismo sentido, Morell, ob. y tomo cits., pág. 99.

que el hallazgo de una fórmula de este tipo supone para la solución de numerosos casos concretos. Así, en la resolución fundamental de 6 de noviembre de 1933 (1) se nos dice que *interesados* son “abstracción hecha de las partes a quienes corresponde la iniciativa, dirección y defensa, sólo aquellos que al tiempo de extenderse la nota marginal de haberse incoado las actuaciones, que dispone el párrafo penúltimo de la regla 4.<sup>a</sup> del art. 131, tengan un derecho inscrito o asegurado por un asiento que contradiga la ejecución o haya de quedar extinguido por la misma”.

Analizando esta definición, encontramos en su primer inciso la eliminación del concepto de partes a que antes nos referimos (2) y luego una definición que recoge los elementos siguientes, para formar el concepto de interesado:

1.<sup>o</sup> La titularidad de un derecho con constancia en el Registro que esté en tal relación con aquel en virtud del cual se procede a la ejecución que o bien niegue la existencia de este segundo (v. g., una inscripción de dominio a favor de persona distinta del hipotecante anterior a la inscripción del crédito del actor) o bien haya de quedar afectada jurídicamente por la ejecución incoada (v. g., una hipoteca posterior). El acierto de la fórmula jurisprudencial está, en este caso, en conceder el carácter de interesado a todo titular de un derecho que se halle en tales condiciones y no únicamente al titular de un derecho de *crédito*, superando así la estrecha dicción de la ley que habla tan sólo de notificación (regla 5.<sup>a</sup>, párrafo 2.<sup>o</sup>) “a los acreedores”, término que indudablemente no abarca a todos los interesados que en una ejecución hipotecaria están legitimados para intervenir.

2.<sup>o</sup> El segundo elemento de la definición viene constituido por una limitación del anterior enunciado: los derechos de que se trata deben constar en el Registro no con posterioridad a la extensión de la nota marginal a que se refiere la regla 4.<sup>a</sup> del art. 131. Ahora bien, como más adelante veremos, si esto es cierto por lo que respecta al régimen de notificaciones, no puede decirse lo mismo en cuanto a toda

(1) Véase también la de 3 de diciembre de 1925.

(2) La designación de las facultades de las partes como de iniciativa, dirección y defensa, exacta en términos generales, no lo es tanto si pensamos que, por un lado, la *defensa*—en la medida acordada por la ley—comprende a todos los sujetos que intervienen; es decir, también a los interesados, y de otro, que el atribuirles la *dirección* del proceso supone colocarse en un punto de vista de predominio del principio dispositivo que, por lo menos, “ex lege ferenda”, no debe continuar indiscutido.

intervención en el proceso de los sujetos que se encuentran en este caso.

La idea fundamental, aunque insuficiente, del concepto de interesado la tenemos, por tanto, en la titularidad de un derecho que se oponga o esté afecto a las resultas de la ejecución hipotecaria. Y con objeto de determinar de la serie de derechos que pueden recaer sobre la finca ejecutada, cuáles de ellos legitiman procesalmente a sus titulares y cuáles no, es preciso examinar la relación en que se encuentran con el crédito hipotecario cuya actuación se pide. En este sentido cabe establecer una triple división de aquellos derechos según que se trate de:

a") Titulares de un derecho inscrito o asegurado *con anterioridad* a la hipoteca que garantiza el crédito del actor.

b") Titulares de un derecho inscrito o asegurado *con posterioridad* a dicha hipoteca y *antes* de la extensión de la nota marginal que expresa la existencia de un procedimiento de ejecución.

c") Titulares de un derecho inscrito o asegurado *con posterioridad* a la extensión de tal nota marginal.

a") La ley Hipotecaria dice expresamente en el art. 131, regla 5.<sup>a</sup>, párrafo 2.º, que "cuando de la ... certificación aparezca alguna carga o derecho real *constituído con posterioridad* a la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se notificará también para los efectos indicados en el párrafo anterior (intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte asegurada con la hipoteca) la existencia del procedimiento a los acreedores *que se hallen en ese caso*". De la notificación quedan, pues, excluidos los titulares de carga o derecho real *constituído con anterioridad* a la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito del ejecutante.

La razón de que no intervengan en el procedimiento los acreedores anteriores debe buscarse en el hecho de que ellos no sufren a consecuencia de la ejecución perjuicio jurídico alguno, puesto que sus derechos han de hacerse efectivos antes que los del acreedor que instó la ejecución. No es ésta una peculiaridad del régimen de subsistencia de las cargas anteriores que establece la ley Hipotecaria derogando lo preceptuado en la de Enjuiciamiento civil, puesto que también en ésta, inspirada en el sistema contrario, la ejecución es notificada tan sólo a los acreedores posteriores (1).

(1) Art. 1.490: "Si de la certificación del Registro de la Propiedad resultaren

Pero si la idea de la ley parece clara, su expresión es censurable, sin embargo, porque la simple idea de prioridad cronológica que recoge ("antes" o "después" de la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito del actor) no es adecuada para designar en todo caso a un derecho *preferente* a aquel por el que se inicia la ejecución (1). Cabe suponer el caso de un derecho asegurado registralmente con anterioridad a un crédito hipotecario y que, sin embargo, no sea preferente a él, debiendo quedar, en consecuencia, afecto a las resultas de la ejecución, del mismo modo que el titular de un derecho de crédito posterior. Lo que interesa aquí no es, por tanto, la prioridad *en el tiempo* de los derechos que consten en el Registro con referencia a la hipoteca del actor, sino el hecho de que sean o no *preferentes* a ella. En este sentido debemos excluir del concepto de interesados en el proceso que estudiamos no tanto a los acreedores (= titulares de un derecho) *anteriores* como a los *preferentes* (2).

b'') Por la misma razón, la intervención en la ejecución hipotecaria de los acreedores *posteriores* (regla 5.ª, párrafo 2.º), debe entenderse como intervención de los *no preferentes*. Substituído así el concepto legal, no parece dudoso que el criterio del derecho positivo debe ser aceptado en cuanto a la admisibilidad de que los titulares de un derecho que se hallen en este caso, figuren procesalmente como interesados. Los acreedores no preferentes pueden quedar, en efecto, desposeídos de medios para hacer efectivos sus créditos si una subasta cuyo resultado afecta tan decisivamente a sus derechos como para originar su cancelación y extinción, es susceptible de celebrarse legalmente prescindiendo de toda intervención de su parte. Para evitarlo, la ley no sólo legitima a los titulares de un derecho que se hallen en tales condiciones, sino que preceptúa la notificación del procedimiento a estos interesados. La disposición legal ha sido criticada por Lozano (3), quien ve el perjuicio que a un acreedor puede originar un deudor de

gravados los bienes en *segundas o posteriores* hipotecas no canceladas, se hará saber a los acreedores que se hallan en este caso el estado de la ejecución, para que intervengan en el avalúo y subasta de los bienes, si les convinieren."

(1) En contra, Bugallal.

(2) En el mismo sentido, la doctrina hipotecaria dominante: v. Beraud y Lezón, *Tratado de Derecho inmobiliario*, 1926, quienes califican esta construcción de la ley como un "defecto grave".

(3) "Particularidades del procedimiento sumario del art. 131 de la ley Hipotecaria cuando existen varios créditos sobre una misma finca" en *Revista de Derecho Privado*, junio de 1918.

mala fe con sólo multiplicar artificialmente el número de acreedores posteriores y aumentar de este modo las notificaciones necesarias y las consiguientes costas judiciales; pero no parece que el peligro tenga la entidad suficiente como para eliminar la intervención de los interesados, intervención que viene dictada por reglas de equidad (1).

c") Ultimamente, queda por examinar la posición procesal de aquellos titulares de un derecho inscrito o asegurado registralmente con posterioridad a la nota marginal que debe extender el Registrador a tenor de la regla 4.<sup>a</sup> del art. 131 y expresiva de la fecha de la certificación y de la existencia del procedimiento. Con arreglo a la dirección antes citada, los que se hallen en este caso no deben considerarse como "interesados", y legitimados, en consecuencia, para intervenir en la ejecución.

Este criterio no es discutible aplicado al supuesto concreto de la *notificación*; a diferencia de los acreedores encuadrados en el grupo anterior, los que acudan al Registro con posterioridad a la nota de que tratamos, *no deben ser notificados*. No solamente se deduce esto de la interpretación "a sensu contrario" de la regla 5.<sup>a</sup> del art. 131, sino que incluso un precepto expreso lo ordena especialmente; tal precepto es el art. 204, núm. 2.<sup>o</sup> del reglamento hipotecario, según el cual: "la notificación ordenada en el párrafo 2.<sup>o</sup> de la regla 5.<sup>a</sup> del art. 131 no será necesaria respecto a las personas que hayan inscrito, anotado o presentado en el Diario los títulos justificativos de su derecho con posterioridad a la extensión de la nota marginal que dispone el párrafo penúltimo de la regla 4.<sup>a</sup> y que, por tanto, no pudieron ser mencionados en la certificación del Registro". De acuerdo con estas disposiciones, la Dirección General de los Registros (resolución de 3 de di-

(1) Dentro de este grupo han de incluirse los acreedores que han obtenido una *anotación preventiva* en el Registro. Esto se deduce, no sólo del texto de la ley (que emplea en el párrafo 2.<sup>o</sup> de la regla 5.<sup>a</sup> el término de "cargas"), sino, lo que es más convincente, del criterio de la jurisprudencia reiteradamente afirmada en esta dirección. Así, la Resolución de 12 de noviembre de 1934, donde se declara expresamente que en el procedimiento judicial sumario, a diferencia de lo que ocurre en la ejecución ordinaria, hay que notificar a los acreedores personales posteriores que han obtenido anotación de embargo, y la Resolución de 3 de diciembre de 1925, en que se repite que deben ser notificados los interesados en anotaciones de embargo practicadas con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor. ¿*Quid* en el caso de que en alguna anotación preventiva no se indique un titular individualizado? La *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, en respuesta a una consulta que plantea este problema, se pronuncia en favor de la procedencia de la notificación por edictos (tomo CXLI, págs. 415 y ss.).

ciembre de 1933) niega la necesidad de notificación a los acreedores posteriores a la nota, aunque sea la Hacienda pública (1).

Pero de los preceptos legales no puede desprenderse sin más una prohibición de intervención a los acreedores que se hallen en este caso y que quieran acudir al procedimiento, aunque no hayan sido notificados, puesto que el problema de la necesidad o no de una comunicación sobre la existencia del proceso es distinto del de la legitimidad de los titulares de algún derecho posterior en el Registro. La solución permisiva en tal caso pudiera venir fundada en una interpretación amplia del art. 134 que admite la venida al proceso del tercer poseedor que adquiera la finca "antes de que el acreedor haga efectivo el derecho sobre ella" (2); pero no hay que ocultar que probablemente el espíritu de la jurisprudencia se muestra contrario a dicha solución.

d) Por último, en lo que respecta a la *postulación y defensa técnica procesales*, la ley Hipotecaria se inspira en un criterio permisivo que autoriza a las partes—o interesados—a comparecer por sí mismos y a no valerse, si no quieren, de Abogado. Así dice el núm. 1.º de la regla 3.ª del art. 131 que se acompañará al escrito inicial, los documentos que acrediten el mandato del Procurador cuando no gestione por sí mismo el acreedor o quien por ministerio de la ley le represente. Será potestativo en el actor valerse de Letrado: criterio que responde a un espíritu más moderno ciertamente que el que inspira a nuestra ley de Enjuiciamiento y que paulatina y fragmentariamente viene rectificándose en la ulterior progresión legislativa.

JAIME GUASP

(1) Critica los preceptos legales en este punto Azpitarte (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio de 1929, "Crónica de la Jurisprudencia"), y afirma que el que inscribe con posterioridad a la nota marginal, debería también ser notificado.

(2) Defienden este criterio Beraud y Lezón, ob. cit.