

Sobre la anotación preventiva de demanda de nulidad de la hipoteca

por

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. DOS APORTACIONES DOCTRINALES.
- III. LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR BERNAL QUIRÓS.
- IV. OTRAS DEFENSAS DEL ARTÍCULO 131.
- V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES.

I. PLANTEAMIENTO

El problema que vamos a abordar lo suscita el artículo 131 de la Ley Hipotecaria que por ello mismo se transcribe:

«Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto».

De este artículo no nos ocupamos del segundo párrafo sino del primero que es novedoso. A su vez, la certificación de cargas es la prevista en el

artículo 656 de la LEC, cuyo apartado 2 establece que al haber expedido tal certificación, el Registrador lo hará constar por nota marginal, expresando la fecha y el procedimiento correspondiente.

En las jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica, organizadas por el Centro de Estudios del Colegio de Registradores, y publicadas en Madrid en 2009, Juan José BERNAL QUIRÓS estudió la ejecución hipotecaria. Y dentro de los múltiples e interesantes problemas que abordó, uno era el referente a dicho artículo 131 y a aquella anotación.

Allí menciona los autores que, a la vista del precepto, entienden que, efectivamente, las anotaciones de demanda de nulidad que han de cancelarse son las posteriores a la nota marginal de haberse expedido la certificación de cargas; esa es también nuestra postura. Y a aquel trabajo hay que remitirse.

Porque en cambio su autor mantiene que esa cancelación también ha de darse para las anotaciones preventivas de demanda de nulidad que sean de fecha anterior a la citada expedición de aquella certificación y consiguiente nota de ello. En otro apartado se irán exponiendo los argumentos en que basa su tesis, al mismo tiempo que el juicio que nos merecen.

Pero antes no estará de más hacer referencia a dos pronunciamientos doctrinales que guardan estrecha relación con el tema que nos ocupa.

II. DOS APORTACIONES DOCTRINALES

1. La primera se debe al catedrático de Derecho Procesal M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, en su obra «La ejecución forzosa en la nueva LEC», publicada en Madrid en 2001 en la Editorial Iurium.

Al comentar el artículo 698 de la LEC, que, dentro del proceso de ejecución de bienes especialmente hipotecados, remite las reclamaciones no especialmente previstas al juicio ordinario o declarativo que corresponda, sin suspender la ejecución, y permitiendo pedir la retención del importe, indica que el legislador era consciente del perjuicio que podía producir al deudor, y permite el pedir aquella retención; lo cual es en realidad una medida cautelar extemporáneamente regulada que sirve sólo para asegurar los eventuales daños y perjuicios producidos por una injusta ejecución.

Ahora bien, esa suerte de oposición no tiene incidencia directa en los procedimientos de ejecución hipotecaria; no puede impedir que se subaste indebidamente una finca por una obligación que no existe, medida prohibitiva que es en lo que hubiera consistido el verdadero interés del deudor. La solución no la ve razonable. Otra cosa es que el juez pueda adoptar medidas cautelares a instancia del demandante y con las condiciones de los artículos 726 y siguientes de la LEC. Es claro que la anotación de demanda sería la fundamental.

2. Más aún se aproxima al tema la otra aportación. Se debe a Juan María DÍAZ FRAILE, Registrador y Catedrático de Derecho Civil, al estudiar el artículo 131 de la LH, en los comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo VII, volumen 7, publicado en Madrid en 2000, por la Editorial Edersa.

Entiende que las anotaciones de nulidad de la propia hipoteca no debían cancelarse, pues en otro caso se daría una indefensión del demandante, prohibida por el artículo 24 de la CE. También se desconocería la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando enjuició la corrección del procedimiento judicial sumario. Por tanto, la interpretación habría de ser favorable a no cancelar tales anotaciones de demanda de nulidad.

Añade que, consecuentemente, con la redacción actual del artículo 131 de la LH, el argumento defensivo del Tribunal Constitucional queda bastante debilitado. Y es que el deudor puede perder la posibilidad de recuperar la finca hipotecada. A su vez, al rematante, para quedar inmune, le basta con consultar en la Secretaría del Juzgado la certificación de cargas que se haya emitido. Opina nuestro autor que pudo haberse seguido otro sistema más riguroso para esos adquirentes.

III. LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR BERNAL QUIRÓS

1. Para apoyar su opinión de que las anotaciones de demanda de nulidad de la hipoteca que habrían de cancelarse al pronunciarse la adjudicación de la finca serían todas, incluso las anteriores a la nota de expedición de la certificación de cargas, invoca diversos argumentos.

Uno de ellos es que el juez que entiende de la ejecución hipotecaria puede conocer el contenido de esa demanda de nulidad y por tanto le cabe valorarla y acordar esa cancelación.

Ante ello hemos de decir, en primer lugar, que ese posible conocimiento no puede llevar a acordar una medida que no tiene respaldo legal, puesto que el artículo 131 se refiere expresamente a las de fecha posterior a la nota marginal. Además el estar ante una anotación preventiva no puede proporcionar, por la propia naturaleza de ésta, un conocimiento del litigio a que sirve de apoyo, y mucho menos de la solución final que a éste haya de darse una vez ultimado por todos sus trámites. Sin olvidar que, conforme al artículo 698 de la LEC, la competencia para conocer de ese proceso de nulidad se determinará por las reglas ordinarias, por lo que muy bien puede entender de él otro juez distinto del de la ejecución.

2. Alega, en segundo lugar, que si el juzgado decreta la cancelación de esa anotación preventiva de demanda de nulidad, aún siendo anterior a la nota marginal, el Registrador debe acatar tal orden y no discutirla.

Frente a ello cabe decir que no es claro que el órgano judicial decrete tal cancelación, ya que la Ley lo establece claramente para las posteriores, no para las anteriores. Y además, que el Registrador, en el ejercicio independiente de su función pública, a lo que está vinculado es a la Ley. De ser de otra forma, sobraba la calificación frente a los mandamientos judiciales y los numerosos casos en que éstos no se inscriben. Otra cosa es que, tras decidir la Dirección General sobre esa denegación del Registrador, la última palabra corresponda a los tribunales de justicia; pero la última no es la primera o única.

3. El tercer argumento radica en que, como el artículo 698 de la LEC busca para protección del deudor la medida de retención del importe, ello implica que la Ley entre las dos medidas cautelares (la otra es la anotación de demanda) ha optado por aquélla; por tanto no debe admitirse tal anotación.

Ahora bien, el que el 698 regule una medida de garantía, que por cierto como cautelar también sería aplicable en el proceso de ejecución ordinaria, no quiere decir que no sea admisible la otra. Tan es así que la propia Ley Hipotecaria se refiere expresamente a aquella anotación en el artículo 131. Las dos son compatibles y garantizan cosas distintas, como bien apuntaba FERNÁNDEZ BALLESTEROS.

Además, el pedir esa retención es algo potestativo. Así, el 698 LEC, en el apartado 2 prevé que aquélla podrá solicitarse al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior (la del proceso declarativo) o durante el curso del juicio a que diere lugar. Pero en ningún lado se prescribe que el que pida tal retención no pueda recabar la anotación preventiva de la demanda de nulidad, que es otra medida cautelar prevista expresamente en la LEC.

Es más, como también la prevé el artículo 131 de la LH, en realidad el argumento del que tratamos más bien lo que habría de implicar es que la anotación, aunque se hubiera acordado, se debería cancelar en todo caso al prosperar la ejecución. Pero esto es ya otra argumentación.

4. Se invoca, en cuarto lugar, una consideración de tipo práctico. Esto es, que si la anotación de demanda de nulidad no se cancelara en todo caso, y fuera cual fuera su fecha, a las subastas del inmueble nadie acudiría ante el temor de que todo el procedimiento quedara después anulado.

Ante ello cabe decir que el que conste anotada en el Registro la demanda de nulidad de la hipoteca, más bien lo que supone es una perfecta información para que los terceros puedan acudir a esa subasta con todo conocimiento de causa y tras poder valorar las consecuencias futuras.

Si se exagera el temor de una eventual nulidad habría que suprimir todas las anotaciones de demanda, pues éstas por definición tratan de reflejar en el Registro el posible conflicto y la potencial causa de resolución. Es más, por el mismo motivo habría que eliminar la posible hipotecabilidad de derechos resolubles, porque efectivamente sobre la garantía en ese caso pesaría esa potencial resolución. Pero no ese esto lo que ha decidido nuestro ordenamiento.

5. Para conocer el quinto argumento es necesario trasladar el texto del artículo 134 de la LH. «El testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ella, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento.

Tan sólo subsistirán las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones».

Según BERNAL QUIRÓS, a la regla general de cancelación del párrafo 1 transcrito hay una excepción en el párrafo 2; y el artículo 131, sobre la anotación de demanda de nulidad, vendría a ser otra excepción a la norma general, por lo que habría que interpretarla restrictivamente. Por tanto, esa anotación debería cancelarse en todo caso.

Hay que decir que la regla general del artículo 134 tiene una excepción en el propio artículo para esos actos que afectan físicamente al inmueble. En cambio, el artículo 131 es otra norma distinta que regula una cuestión diferente, cual es la de las anotaciones de demanda de nulidad. Y este precepto ha de recibir su propia interpretación, pues en él no hay propiamente un criterio general y una excepción, sino más bien el trato diferenciado de cosas distintas. Y es que el momento o fecha de una registración es algo de bastante trascendencia.

De otro lado, el ver el artículo 131 como si dispusiera la cancelación de todas esas anotaciones, no implica ya una interpretación del precepto, sino prácticamente su derogación, al hacerle decir cosa que evidentemente no proclama.

Es más, ese artículo 131 se dedica a lo que más que carga o gravamen es la constancia de una nulidad total (al igual que las anotaciones de demanda suponen discutir la titularidad y no un gravamen). Por ello, aunque la LEC hable de cancelación de todas las inscripciones o anotaciones, el artículo 134 LH se refiere a cargas, gravámenes o inscripciones de terceros poseedores, conceptos que no son propiamente el de quien reclama la nulidad. Para esto hay que acudir al 131.

Finalmente, el que la anotación de demanda de nulidad pueda cancelarse, si es posterior a la expedición de la certificación de cargas, sin que haya recaído sentencia en el proceso para cuya garantía se tomó, sí que constituye una verdadera excepción al régimen normal de esa anotación, la cual habría de interpretarse de forma restrictiva.

6. El sexto argumento de BERNAL QUIRÓS es que en el proceso ordinario de ejecución, la anotación de demanda de nulidad se cancelaría en todos los casos, con independencia de su fecha; y al ser ello más beneficioso para

los ejecutantes, se daría una huida desde el proceso especial de ejecución hipotecaria hacia aquel general de ejecución, lo que no es razonable.

Se basa esa argumentación en el presupuesto de que el artículo 131 sólo es aplicable al proceso hipotecario de ejecución y no al ordinario, donde, por el juego de la regla general del artículo 134 ya visto, la cancelación sería total.

Pero ese deslinde en nuestra LH entre normas aplicables sólo a un supuesto y no a otros no está en el texto legal. Y así el 131 puede tener encaje en una y otra vía de ejecución, pues en ambas hay certificación de cargas, adjudicación y mandamiento de cancelación de aquéllas.

Buena prueba de ello es el artículo 135 LH. «El Registrador deberá comunicar al juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución». Y tan aplicable es la norma a la forma ordinaria de ejecución, que es el otro supuesto el que ha merecido una mención expresa del texto (incluso cuando...).

Es más, el propio autor que seguimos, que aborda en su trabajo los dos procedimientos de ejecución, en la página 439 expresa que el artículo 134 de la LH es también aplicable en la ejecución ordinaria. Con ese no deslinde dentro de la LH se nos viene a la memoria el artículo 133 de la misma, cuando establecía que lo dispuesto en el 131 sobre subsistencia de los gravámenes anteriores era aplicable no sólo en caso de que el crédito fuera hipotecario, sino cuando se ejercite cualquier acción que produzca la venta de bienes inmuebles.

Y lo mismo se diga de la LEC, pues normas del proceso de apremio en general son aplicables al caso en que se persigan bienes hipotecados. El artículo 656 sobre la certificación de dominio y cargas, regulada en la parte general, es la mejor prueba de esto que decimos.

7. El último argumento en pro de la cancelación de todas las anotaciones de demanda de nulidad radica en que, frente al artículo 131 de la LH, que distingue según las fechas, el 134 antes transcrito prescribe la cancelación sin excepción de todos los gravámenes, y asimismo los artículos 674 y 692 de la LEC, relativos el primero al procedimiento de ejecución en general, y el segundo al que se da frente a los bienes hipotecados, mandan la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones. BERNAL QUIRÓS mantiene que hay que dar preferencia en esa antinomia a los tres artículos coincidentes y no al 131.

Frente a ello hay que manifestar, en primer lugar, que mientras que esos tres preceptos hablan de cargas y gravámenes, el 131 LH es el único que se refiere a la anotación preventiva de demanda de nulidad, que es algo distinto. Es éste pues el precepto específico que regula esa materia, y, como tal, de aplicación preferente respecto de los más generales que no se ocupan de esa figura procesal.

De otro lado, al prescribir la cancelación de la anotación de demanda ese artículo 131 «siempre que» sean posteriores a la nota marginal de haberse

expedido la certificación de cargas, es claro que emplea esa locución condicional como equivalente a «si». Por tanto, si no se cumple la condición y la anotación no es posterior, no se podrá cancelar la misma.

Aparte de ser la norma más específica, el artículo 131 es un precepto conscientemente redactado en ese sentido. Lo acredita el que desde el anteproyecto de la LEC, la redacción que tenía el artículo era muy diferente. Decía así: «Una vez que se ha hecho constar en el Registro la iniciación del procedimiento a través de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, no se podrá tomar anotación de demanda de nulidad de la propia hipoteca, salvo que se base en alguno de los supuestos que puedan suponer la suspensión de la ejecución».

Ese precepto, que era sumamente perjudicial para el deudor hipotecario, fue modificado a su paso por el Senado, hasta recibir la redacción que hoy tiene, donde no se prohíbe nunca la anotación de nulidad y sólo se decreta el cancelarla cuando fuera posterior a la nota marginal. Así podía decir DÍAZ FRAILE en el comentario citado que hoy esa anotación puede practicarse aún después de iniciado el procedimiento.

En todo caso, ante un precepto específico e introducido tras oportuna reflexión, no cabe decir que deba prescindirse de él por antinómico con otros. Máxime cuando todos ellos se aprobaron al mismo tiempo y en idéntico cuerpo legal (la nueva LEC). En el legislador, y más en ese caso, no deben presumirse errores, contradicciones o superfluidades, a menos que consten de forma irrefutable.

IV. OTRAS DEFENSAS DEL ARTÍCULO 131

En el propio trabajo de BERNAL QUIRÓS que venimos siguiendo, se introducen afirmaciones de interés: así cuando manifiesta que la finalidad que persigue la anotación preventiva de demanda de nulidad es la misma, bien se tome ella antes o después de la nota marginal; y también al afirmar que el tercero pudo conocer la existencia de esa anotación, aunque fuera posterior, entre otras razones por lo que prescribe el artículo 135 de la Ley Hipotecaria. Con razón indicaba DÍAZ FRAILE que pudo haberse escogido otro sistema que fuera más exigente para ese adjudicatario.

Pues bien, todas estas afirmaciones más bien podrían inclinar a la solución de no cancelar la anotación de demanda de nulidad en ningún caso, pero no a lo contrario, esto es, a erradicarlas todas, aún las muy anteriores a la nota marginal.

Queda también en pie la argumentación de DÍAZ FRAILE cuando hacía referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legalidad del proceso especial de ejecución hipotecaria. Si éste se salvaba por la posibilidad que

quedaba de acudir al juicio declarativo, esa defensa casi desaparecería cuando en este proceso no se permitiera o fuera totalmente ineficaz la anotación preventiva de demanda: porque sin esa medida cautelar operante la eficacia del juicio ordinario (que era la última salvación) quedaba en entredicho.

También apuntábamos antes que el cancelar en todo caso aquella anotación era algo radicalmente contrario a la finalidad institucional de ésta. Pues con esa garantía se busca que la sentencia que en su día recaiga sea igualmente operativa que lo hubiera sido cuando se tomó la anotación; ya que ésta le reserva el rango a la resolución. Si ello no ocurre y tal anotación se cancela, sea cual fuera su fecha, se habría quebrantado la finalidad de la misma, con una grave indefensión del anotante y una clara pérdida de efectividad de las sentencias judiciales. Más adelante volveremos sobre esto.

V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES

1. Con referencia al procedimiento ordinario de ejecución, ya se dijo que no era lógico que en él se cancelaran todas las anotaciones de demanda de nulidad. Si en ese proceso el rigor ejecutivo es menor y las posibilidades de defensa del deudor mayores, más bien lo que cabría sostener es que la anotación de demanda de nulidad que se tomara en el juicio declarativo no se cancelara en ningún caso, aunque fuera posterior a la nota marginal.

Pero también es verdad que, en congruencia con lo que expusimos en el apartado III, sobre que las normas de la LH no discriminaban rígidamente en cuanto a ser aplicables o no a los dos procedimientos de ejecución de inmuebles, más bien puede mantenerse que lo prescrito en el artículo 131 de la LH se aplique también a esa ejecución ordinaria.

Así es básicamente por ser el 131 norma general que tiene también encaje en esa ejecución ordinaria. En último extremo habría de aplicarse por analogía, pues el supuesto a regular es exactamente el mismo en los dos tipos de procedimiento ejecutivo. Al menos esto es lo que creemos puede mantenerse en tanto no haya un pronunciamiento expreso del TS o del Tribunal Constitucional.

2. En segundo lugar cabe decir que la solución del artículo 131 ya comporta una restricción en la eficacia normal de la anotación preventiva de demanda. Porque si ésta se toma después de la nota marginal de haberse expedido la certificación, ya no reserva prioridad a la sentencia que pueda recaer sobre aquella demanda.

Tendríamos así una excepción al principio de prioridad, que en este caso se daría para esa anotación de demanda; porque la reserva de rango se produciría sólo si se anota antes de expedirse la certificación de cargas. Este supuesto vendría a unirse a otro de distinta anotación, cual es la de embargo, en que

también hay excepción a la prioridad, puesto que sobre esta última anotación tienen preferencia los créditos anteriores, aunque no estuvieran reflejados en el Registro.

La excepción de prioridad que se da en la anotación de demanda de nulidad produce una merma de garantías en el anotante, pero se ha introducido, y conscientemente, en pro del desarrollo fluido de la ejecución de inmuebles. Queda campo para que la crítica doctrinal pueda manifestarse libremente sobre esta reciente especialidad.

3. Cabe el supuesto en que la anotación preventiva de nulidad de la hipoteca se haya tomado en el Registro cuando el crédito hipotecario cuestionado hubiera sido transferido a tercero. Entonces lo normal es que ese adquirente de la hipoteca esté protegido por la fe pública del artículo 34 de la LH, y que la demanda entablada se estrelle ante ese tercero hipotecario.

Por tanto, aunque se hubiera tomado la anotación preventiva de demanda, aún antes de la nota marginal, lo normal es que al recaer la sentencia desestimatoria de la nulidad, la anotación sea cancelada, sin haber tenido utilidad. Habría que exceptuar el caso en que el adquirente de la hipoteca impugnada hubiera procedido de mala fe.

4. Finalmente, planteamos el caso de que, habiéndose tomado la anotación de demanda de nulidad después de expedida la certificación de cargas, el adquirente en el proceso de ejecución hipotecaria fuera el propio acreedor que se adjudica el inmueble. ¿También, en este caso, habría de cancelarse la anotación?

Con una interpretación literal del artículo 131 desde luego que sí, porque esa anotación es posterior a la nota marginal. Pero una visión institucional del problema tal vez permitiera otra solución: recordemos por última vez a DÍAZ FRAILE cuando, al recoger que el demandante podía perder la posibilidad de recuperar la finca, dejaba una duda en el caso de que fuera el acreedor hipotecario el que se adjudicara la finca. Y es que en ese supuesto concreto no hay terceros, sino las dos partes enfrentadas en el pleito de nulidad, de las que el acreedor se queda con la finca.

Decía con carácter general el autor últimamente citado que de no cancelarse la anotación, el que ha acudido a la subasta confiando en el estado de cargas que manifiesta el Registro, vería burlados sus derechos, padeciendo así la seguridad jurídica. Mas esto, que se predica para los terceros, no puede valer para el acreedor hipotecario, pues él mismo es el demandado en ese pleito de nulidad de la hipoteca, y conoce perfectamente todas las circunstancias de aquél aún cuando de ellas no hubiera constancia por la anotación. En ese extremo no podrá invocar una protección de fe pública.

Por tanto, si en este caso se diera prevalencia a lo que es la finalidad institucional de la anotación de demanda, podría no cancelarse la anotación de nulidad, y esperar a la decisión del pleito entablado entre esas mismas partes.

En todo caso, si esa fuera la postura registral, sobre ella podrían pronunciarse primero el Centro Directivo y en última instancia los tribunales de justicia.

RESUMEN

ANOTACIÓN PREVENTIVA
DE DEMANDA
NOTA MARGINAL, CERTIFICACIÓN
DE CARGAS

Se examina en el trabajo el artículo 131 de la LH, que prevé la cancelación de las anotaciones de demanda de nulidad de la hipoteca cuando sean posteriores a la nota marginal de haberse expedido la certificación de cargas en el proceso de ejecución. Frente a alguna opinión en contrario, se mantiene que cuando aquella anotación sea anterior a la nota marginal indicada, no procede su cancelación cuando el procedimiento ejecutivo acabe con la adjudicación o remate. Es más, incluso se sugiere que en algún caso esa anotación de demanda de nulidad no se cancele aunque fuera de fecha posterior a la nota marginal de expedición de la certificación.

ABSTRACT

CAVEAT OF CLAIM
MARGINAL NOTE CERTIFICATION
OF LIENS

The paper examines article 131 of the Spanish Mortgage Act, which calls for the cancellation of caveats of claims of mortgage nullity when they postdate the marginal note recording issuance of lien certification in the foreclosure process. Against some opinions to the contrary, it is maintained that, when such a caveat predates the marginal note in question, it should not be cancelled when the foreclosure procedure ends with the award or successful auction of the property. Moreover, it is even suggested that in some cases the caveat of claim of nullity should not be cancelled even if it postdates the marginal note of issuance of certification.

*(Trabajo recibido el 14-10-09 y aceptado
para su publicación el 8-2-2011)*