

SI EL ACREEDOR HIPOTECARIO OPTA POR LA VIA DEL JUICIO EJECUTIVO ORDINARIO Y EL EMBARGO SE DENIEGA POR NO ESPECIFICARSE LA ACCION EJERCITADA Y ENCONTRARSE LOS BIENES EN PODER DE UN TERCER POSEEDOR NO DEMANDADO, NO ES POSIBLE ACCEDER A LA INSCRIPCION DE LA ESCRITURA DE VENTA EN SUBASTA, PORQUE EL REQUERIMIENTO AL MISMO DEBE HACERSE AL INICIO DEL JUICIO EJECUTIVO ORDINARIO Y NO UNA VEZ FIRME LA SENTENCIA DE REMATE. (RESOLUCIÓN DE 3 DE FEBRERO DE 1992.)

Hechos.—I. En 1 de diciembre de 1982 «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca», afianza un préstamo que el «Banco de Bilbao, Sociedad Anónima», había concedido a don Miguel P. F., y en escritura del día 3 del mismo mes y año ante el Notario señor Gil el deudor hipoteca a favor de la sociedad avalista dos fincas de su propiedad —la número 9.702 y la número 10.811—, sitas en el distrito hipotecario de Inca, hasta la suma máxima de 7.000.000 millones de pesetas, más los intereses al 14 por 100 de 1.000.000 de pesetas para costas y gastos.

II. En escritura de 23 de marzo de 1984, ante el Notario de Muro don Eduardo Martínez-Piñeiro, la finca 10.811 fue vendida al matrimonio alemán L., quienes la inscribieron en el Registro el 5 de junio de 1984.

III. En 24 de octubre de 1984 «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca» —acreedor hipotecario—, formula demanda de juicio ejecutivo ordinario contra el deudor don Miguel P. y su esposa al amparo de la cláusula sexta de la escritura de constitución de hipoteca al no haber satisfecho al Banco de Bilbao y haberlo tenido que satisfacer la sociedad avalista. El 29 de dicho mes se dicta auto por el Juez para requerir el pago a los deudores y de no hacerlo proceder al embargo correspondiente, dando lugar a la traba el 9 de noviembre de 1984, declarándose en rebeldía a los demandados el 13 de diciembre de ese mismo año y dictándose sentencia de remate el 17 de ese mes, y por providencia de esa misma fecha se libra mandamiento de embargo sobre las dos fincas hipotecadas, practicándose en cuanto a la una —la número 9.702— y denegándose respecto de la otra —la 10.811— por constar inscrita a nombre de un tercero —los cónyuges L.— nota de calificación que no fue recurrida. En dicho mandamiento no se hacía referencia a que se ejercitaba la acción procedente de la hipoteca pactada.

IV. En providencia de 10 de abril de 1985, siendo firme la sentencia de remate, se acuerda proceder a su ejecución y se recaba del Registro de la Propiedad conforme al artículo 1.485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil certificación de cargas, gravámenes e hipotecas, así como la titularidad de dominio, pero sólo en cuanto a la finca 9.702, expidiéndose la certificación en 11 de junio de 1985. Y en 17 de febrero de 1986 se expide otro certificado referido a la finca 10.811, en el que aparecen como dueños el matrimonio H. y M. L., según la escritura señalada en el apartado segundo de estos hechos, y que dicha finca está gravada con la hipoteca a favor de «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca», una anotación de embargo a favor de «Central de Leasing, Sociedad Anónima», y otra también de embargo a favor de «Fibrotubo Fibrolit, Sociedad Anónima».

V. Por providencia de 6 de diciembre de 1985 se acuerda por el Juzgador proceder al avalúo de las fincas embargadas por peritos designados por las partes al no haber sido tasadas en la escritura de constitución de hipoteca.

VI. En providencia de 19 de marzo de 1987 se acuerda requerir a los

actuales propietarios —señores L.— a fin de que dentro del término de diez días abonasen a la parte actora el principal de que responda la finca, sus intereses y costas, requerimiento que tiene lugar el 9 de abril del mismo año, manifestando los requeridos que nada tenían que satisfacer ya que compraron la finca libre de cargas y gravámenes. Seguidos los trámites de procedimiento de apremio se adjudicaron los inmuebles a la actora «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca».

VII. Por providencia de 2 de junio de 1988, y a petición de la parte actora, se acordó requerir a los consortes L. para que se aviniesen a otorgar la escritura pública de venta, lo que tuvo lugar el 23 del mismo mes y año, infructuosamente, ya que conforme informaron varios vecinos, dicho matrimonio se había ausentado definitivamente del lugar, por lo que fueron de nuevo citados en estrados del Juzgado, según providencia de 28 de noviembre de 1988.

VIII. Con fecha 10 de febrero de 1989, y ante el Notario de Palma de Mallorca don Jaime Cerdá Serra, se otorga la escritura de compraventa en la que la ilustrísima Magistrada-Juez de Primera Instancia de dicha ciudad comparece en representación y por rebeldía de don H. y doña M. L. y vende a «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca», las dos fincas números 9.702 y 10.811 en precio de 2.000.000 de pesetas.

IX. Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Inca, causó la nota del tenor literal siguiente: Inscrito este documento sólo en cuanto a la finca primera, donde indica el cajetín puesto al margen de su descripción; denegada la inscripción en cuanto a la finca segunda, por el presente título, redactado a la vista de los autos del juicio ejecutivo 2244/1984, y del contenido del Registro, resulta que la anotación preventiva de embargo ordenada en aquellos autos sobre dicha finca fue denegada por constar vendida a tercera persona. No constando del mandamiento en que se ordenó la anotación de embargo que el crédito ejecutado fuese el hipotecario inscrito a favor de tercera persona con anterioridad al embargo, incluso antes de la demanda de ejecución, no puede inscribirse el título derivado de dicha ejecución sin el consentimiento del titular inscrito. Contra la anterior nota calificadora, el interesado podrá reclamar gubernativamente dentro del plazo de cuatro meses desde la misma, de acuerdo con los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 113 y concordantes de su Reglamento.—Inca, a 19 de abril de 1989.—El Registrador.—Firma ilegible.—Firmado: Carlos T. Pérez Giralda.

X. Don Pedro Ferrer Amengual, Procurador de los Tribunales, en nombre de «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca», interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación y alegó: Que lo funda en el artículo 1.477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 71, 126 y concordantes de la Ley Hipotecaria y 222 y siguientes del Reglamento para su ejecución, como asimismo en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado de no estar obligado el acreedor a dirigirse contra los terceros poseedores, pudiendo dirigirse contra el deudor en juicio ejecutivo y embargar en ejecución de sentencia la finca hipotecada (Sentencia de 30 de enero de 1906), y que en cualquier caso los terceros poseedores fueron requeridos judicialmente de pago una vez advertido el cambio de la titularidad del dominio, sin que se opusieran a la ejecución ni a la venta judicial.

XI. El Registrador de la Propiedad de Inca número 1 informó y puntualizó en cuanto a los hechos: Que en los autos del procedimiento que se examina se produjo un mandamiento de embargo de las fincas registrales números 9.702 y 10.811 en el que no se hace referencia alguna a la ejecución de la

hipoteca que gravaba las dos fincas ni por razón de la cuantía que se expresaba podía ponerlo el Registrador en relación con dichas hipotecas, por lo que al haber pasado la finca 10.811 a poder de un tercer poseedor con anterioridad a la presentación de dicho mandamiento se denegó la anotación, sin que la nota fuese recurrida, lo que justifica con xerocopia de los documentos correspondientes; que en el curso de dicho juicio ejecutivo se solicitó por mandamiento la expedición de certificación de cargas sólo en cuanto a la finca 9.702, pero no la de la 10.811 —lo que justifica igualmente con xerocopia de dicho mandamiento— por lo que resulta paradójico que en la escritura de compraventa y en el escrito del recurso se haga referencia a ambas certificaciones, que en todo caso podrían haberla obtenido por cualquier otro medio de publicidad formal de la finca 10.811 y que sería ajeno al juicio ejecutivo, que de éste resulta que los consortes L., nuevos propietarios, no fueron requeridos de pago, después de serlo el deudor al iniciarse el procedimiento, sino unos tres años después del comienzo y cuando ya había tenido lugar el trámite de embargo; que a los trámites de peritaje, tasación, subasta, venta y adjudicación fueron ajenos los terceros poseedores a los que se requirió para otorgar la escritura una vez concluido el juicio ejecutivo; que de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, así como de la doctrina más autorizada, se deduce que el requerimiento de pago ha de verificarse precisamente al iniciarse el procedimiento y que la actitud del tercer poseedor —pagando, desamparando y oponiéndose— le sirve de legitimación para seguir el procedimiento con su consentimiento u oposición, pero en todo caso con su conocimiento, y termina citando en su apoyo las Resoluciones de 30 de mayo de 1898 y 11 de diciembre de 1937.

XII. La Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca informó: Que seguido el juicio por sus trámites se embargan las fincas números 9.702 y 10.811 y previo requerimiento de pago al deudor de dicha Sentencia de 17 de diciembre de 1984, mandando seguir la ejecución, y que al denegarse la anotación de embargo respecto a la finca 10.811 por constar vendida a tercero, la parte actora interesó del Registro de la Propiedad certificación acreditativa del dominio y cargas, que fue expedida con fecha 17 de febrero de 1986 y que fue aportada a las actuaciones del juicio, procediéndose entonces al requerimiento de pago de los nuevos titulares dominicales, que la doctrina de las Resoluciones de 30 de mayo de 1898 y 11 de diciembre de 1937 citadas en el informe del Registrador no tienen similitud con el que ahora nos ocupa, ya que se verificó el requerimiento a los terceros poseedores una vez vendida la finca, mientras que ahora se ha hecho una vez tenido conocimiento y antes de iniciarse la vía de apremio, por lo que entiende debe rectificarse la nota de calificación.

XIII. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las islas Baleares confirmó la nota del Registrador, ya que la finca discutida fue adquirida por los terceros poseedores sin que constase en el Registro embargo alguno; es más, con anterioridad al mandamiento de embargo e, incluso, a la demanda ejecutiva.

XIV. «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca», representada por el Procurador don Pedro Ferrer Amengual, interpone recurso dentro del plazo insistiendo en los argumentos de su anterior escrito y en el hecho de no haberse producido indefensión de los terceros poseedores aunque no fueren citados al iniciarse el procedimiento.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.834, 1.853, 1.879 y 1.911

del Código Civil; el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 38.4, 126, 127.3 y 134.2 de la Ley Hipotecaria y 143, 222 y 223 del Reglamento para su ejecución; la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1848, y las Resoluciones de este Centro de 30 de mayo de 1898, 27 de abril de 1921, 29 de septiembre de 1924, 11 de diciembre de 1937 y 30 de junio de 1989.

1. De los hechos expuestos en este expediente cabe destacar por su incidencia en la resolución del mismo: *a)* Una de las dos fincas hipotecadas —la número 10.811— fue transmitida en pleno dominio a un matrimonio antes de iniciarse el procedimiento ejecutivo ordinario por impago del crédito hipotecado; *b)* No se practicó la anotación de embargo de este bien hipotecado por aparecer inscrito a nombre de dichos terceros, y así se hizo constar en el mandamiento que la ordenaba; *c)* La certificación que con arreglo al artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se solicitó del Registrador únicamente se hacía referencia a la otra finca embargada —la número 9.702—, pero no a la 10.811. Si bien se aportó al Juzgado certificación de títulos y cargas de esta última finca que pudo ser obtenida por cualquiera de los procedimientos reglamentarios, y *d)* El requerimiento a los terceros poseedores tuvo lugar una vez firme la sentencia de remate y antes de iniciarse la vía de apremio.

2. A la vista de lo anterior, la cuestión que plantea este recurso es la de si el requerimiento a los terceros poseedores se hizo en momento procesal oportuno o si, por el contrario, debió haberse realizado al iniciarse el juicio ejecutivo ordinario. Esta última postura es la sostenida por el Registrador y confirmada por el auto presidencial, mientras que la primera es la mantenida por el recurrente y en el informe de la Magistrada-Juez que intervino en el juicio.

3. En los preceptos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de juicio ejecutivo ordinario no se contempla en ningún momento el requerimiento al tercer poseedor de bienes hipotecados; es más, cuando —art. 1.489 de dicha Ley— se solicita la certificación registral lo es ya en el procedimiento de apremio y una vez superada la sentencia de remate que pone fin a dicho juicio y tal certificación aparece referida exclusivamente a las cargas del inmueble, sin hacer mención del titular de dominio, por lo que parece en principio que el legislador sólo tiene *in mente* el supuesto de que deudor y propietario de la finca sean una misma persona, pero no el caso relativamente frecuente en que ambos conceptos estén disociados por haber transmitido el deudor la finca —en este caso gravada con hipoteca— a un tercero, y se ha ejercitado no sólo la acción personal derivada del crédito, sino la acción real derivada de la hipoteca. Para este segundo supuesto, además de la Ley de Enjuiciamiento Civil habrá que tener en cuenta lo dispuesto en la legislación hipotecaria —arts. 126 y 127.3 de la Ley y 222 y 223 de su Reglamento, entre otros—, que completan la normativa legal en las relaciones entre acreedor y tercer poseedor de los bienes hipotecados.

4. De los procedimientos que el actor podría elegir se inclinó por el juicio ejecutivo ordinario, sin que de la documentación aportada pueda colegirse si ejerció sólo la acción personal derivada del crédito, caso en el que únicamente procedería dirigirse contra el deudor, o si además ejercitó la acción real derivada de la hipoteca y entonces habrá de dirigirse también contra el propietario del inmueble como después se examinará, al ser en este supuesto concreto persona distinta de deudor, según se ha relatado. Las consecuencias en una y otra situación son distintas, pues en el primer caso sólo pueden embargarse

los bienes propiedad del deudor, quedando fuera aunque sobre ellos recaiga la hipoteca, los que hubiesen salido de su patrimonio y posesión —arts. 1.111 y 1.911 CC—, mientras que en el segundo caso al perseguirse directa o inmediatamente los bienes hipotecados —art. 104 LH— el propietario, en este caso tercer poseedor, que no está obligado a pagar, debe, eso sí, tolerar o sufrir la ejecución.

5. Ahora bien, además de esta diferencia sustancial en cuanto a la acción elegida —personal o real— también existe una diferencia importante cuando ejercitada la acción real se opta por el acreedor —dentro de la variedad de procedimiento— por el ejecutivo ordinario en lugar del judicial sumario. En efecto, este último, mucho más simplificado, presenta un menor número de causas de oposición —véase art. 132 LH— que las recogidas en el artículo 1.464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, causas que en el juicio ejecutivo se ventilan antes de la sentencia de remate; y ello nos lleva al punto central de este recurso, a saber el momento procesal oportuno en que el tercer poseedor ha de tener conocimiento del procedimiento y en concreto si ha de ser parte en esta fase a fin de que pueda invocar las alegaciones y excepciones procedentes y de este modo pueda hacer efectiva la tutela judicial de sus intereses legítimos en la finca que a consecuencia de la sentencia de remate sufrirá la ejecución.

6. Para ello habrá que distinguir entre: *a)* Que el tercer poseedor ya conoce o pueda conocer al tiempo de efectuar su adquisición la existencia del procedimiento ejecutivo ordinario en marcha sobre el bien derivado del crédito hipotecario insatisfecho, dado que en los libros registrales está ya practicada la correspondiente anotación de embargo; *b)* Que al tiempo de la adquisición ese tercero conozca sólo la existencia de la hipoteca que grava la finca comprada, por no haberse iniciado todavía el procedimiento de ejecución en el juicio ejecutivo ordinario. Al ser este segundo supuesto el caso discutido en este recurso únicamente a él se hará referencia, y como si la Ley de Enjuiciamiento Civil que recoge la normativa básica del procedimiento ni ningún otro texto de rango legal imponen expresamente el que haya de ser el tercer poseedor parte o incluso notificado o requerido en el procedimiento, habrá de examinarse si de los preceptos complementarios —arts. 126 y 127 LH y 143 RH— puede resolverse la cuestión.

7. Tema este último muy discutido en la doctrina que mantiene diversidad de opiniones, este Centro directivo en su Resolución de 30 de junio de 1989, siguiendo el criterio mantenido en la de 30 de mayo de 1898, establece que resulta claro en nuestro Ordenamiento que de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria el requerimiento que imponen al tercer poseedor ha de hacerse como trámite previo para que el acreedor pueda dirigirse contra el bien hipotecado, ya que: *a)* Este carácter previo y complementario aparecía con toda claridad en la Ley Hipotecaria de 1861, pues en ella se declaraba que era requisito para que el acreedor pueda pedir «que se despache mandamiento de ejecución contra los bienes hipotecados» —art. 133 LH de 1861—, aclarando además su exposición de motivos que «ha de acudirse al deudor principal para que pague, antes de molestar al que por un título legítimo de adquisición es el dueño de la finca hipotecada»; y si requerido el tercer poseedor tampoco paga éste ni desampara los bienes hipotecados, entonces el acreedor puede ya entablar «la ejecución ejecutiva contra los mismos bienes», y *c)* Del propio tenor de los artículos 126 y 127 de la Ley vigente, sólo el requerimiento previo es el que abre las amplias posibilidades que para el tercer poseedor señalan

esos artículos: Pagar, desamparar u oponerse a ser por tanto considerado como parte respecto del procedimiento, aparte de que sólo así pueden entenderse con él todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes.

8. A mayor abundamiento, en el presente supuesto concurre: *a)* De una parte, que en el requerimiento personal hecho a los cónyuges que compraron la finca hipotecada no se manifestó por éstos su voluntad de desamparar la finca, que obligaría entonces a considerarla en poder del deudor y sólo contra éste se dirigiría el procedimiento ejecutivo; ni tampoco manifestaron la de oponerse, sino que se limitaron a declarar su intención de no satisfacer el crédito hipotecario, por lo que su conducta entra de lleno en la actitud que las Resoluciones de 27 de abril de 1921 y 11 de diciembre de 1937 interpretan de oposición, por lo que desde el principio debieron ser demandados en el juicio ejecutivo; *b)* De otra parte, al no haber sido tasada la finca cuestionada a efectos de subasta al constituirse la hipoteca, se inician las actuaciones para su avalúo en diciembre de 1985, siendo requerido el matrimonio propietario el 23 de marzo de 1987, por lo que es evidente que ni siquiera los trámites de la fase de apremio se entendieron con el tercer poseedor que ni ha pagado ni desamparado el inmueble, no dándose cumplimiento a lo establecido en el artículo 127 de la Ley Hipotecaria, confirmado por el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento, dado el trato que dispensa a los titulares de segundas o posteriores hipotecas que no van a ser de mejor condición que el titular del dominio.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

Comentario.—La Resolución de la Dirección General antes transcrita presenta la particularidad de enfrentarse con una delicada incidencia surgida de un procedimiento de ejecución de hipoteca por la vía del juicio ejecutivo regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil —lo que no es frecuente—, tal vez ante la imposibilidad de promover el del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por no haberse pactado valor que sirviera de tipo a la subasta, requisito necesario de conformidad con el artículo 130 de la misma Ley y según se desprende del fundamento de Derecho 8, letra *b)*.

Creo que desde el punto de vista de los principios lógicos del sistema a los que hay que acudir en defecto de una regulación más precisa en la Ley Procesal, la solución del problema suscitado es acertada: Si de entre los procedimientos posibles para obtener el pago de su crédito «IBSA, Sociedad de Garantía Recíproca», utiliza el juicio ejecutivo ordinario contra P. y una de las dos fincas que en su día fueron hipotecadas por dicho señor ha pasado antes de formularse la demanda a poder del matrimonio L. sin asomo de subrogación, ya que compran libres de cargas (hecho VI), es de todo punto razonable considerar que no podemos estar sino ante el ejercicio de una acción real (puesto que ningún vínculo obligatorio conocido relaciona al actor con los titulares registrales) y que, sin perjuicio de que en el procedimiento deba ser parte también el deudor principal (conforme a los arts. 126 y 127 LH), el verdadero protagonismo de la contienda se establece entre acreedor y tercer poseedor, sin perjuicio de que éste pueda hacer «mutis por el foro» mediante el desamparo.

Si esto es así es perfectamente coherente que, aplicando la doctrina de la

Resolución de 30 de junio de 1989, se considere que a ese tercer poseedor ya existente al tiempo de deducirse la demanda ejecutiva debió requerírsele de pago y seguirse con él el juicio desde el momento en que P. dejó de atender el que se le hizo en primer lugar.

Ciertamente, la aplicación íntegra de la doctrina de la Resolución de 30 de junio de 1989 (y su cuasi gemela de 7 de julio del mismo año) merece un detallado estudio a la vista de la reforma de la Ley de Ritos de 30 de abril de 1992 (en particular la nueva redacción de los artículos 1.489.1.ª, 1.490 y 1.518) y de la operación en paralelo en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario por Real Decreto de 13 de noviembre del mismo año, que presenta la particularidad de dar nueva redacción al precepto sin modificar su párrafo primero, virtualmente «derogado» por dicha resolución. Sin embargo, tales innovaciones se han producido después de dictarse la resolución que hoy comentamos, por lo que la Dirección General no pudo tenerlas en cuenta (para los interesados en la materia las resoluciones de 1989 fueron objeto del comentario de GALO RODRÍGUEZ en esta misma sección de la REVISTA correspondiente a los meses de septiembre-octubre de 1990, núm. 600).

Además, conviene señalar que la interpretación de dichas resoluciones de 1989 cuya doctrina aparece transcrita en el fundamento de Derecho 7 de la estudiada ahora, tiene hoy en día un fundamental apoyo en la obra recentísima publicada por el Letrado de la Dirección JUAN SARMIENTO RAMOS (*En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, edición del Centro de Estudios Registrales), en la que sin las limitaciones de la elaboración de un proyecto de resolución el autor desarrolla toda una construcción de la figura estudiada, que, sin duda, dará lugar a un interesante debate y del que por mi parte quiero anticipar que, después de leerlo con cierto apresuramiento, me ha dejado la sensación que se experimenta al ver una buena película: admiración por la obra bien hecha aunque el final pueda no ser de tu agrado.

Desde el punto de vista de la posición del recurrente, la solución de no practicar la inscripción de la escritura de venta judicial, aun incómoda, no le priva de la posibilidad de cobrar mediante nueva demanda encaminada a hacer valer el derecho de hipoteca a su favor constituida, sin que pueda eludirse la constatación de cierta negligencia por su parte en punto a la adecuada fundamentación de sus pretensiones: Parece lógico considerar que si no tuvo la precaución de consultar la situación tabular de las fincas antes de deducir su demanda ejecutiva debieron de encenderse todas las señales de alarma al constatar que el Registrador denegaba la anotación preventiva de embargo sobre la finca que es objeto del recurso precisamente por estar inscrita a favor de tercero.

Si desde finales de 1984 o principios de 1985 (no consta la fecha exacta de denegación de la anotación) se sabía registrada la venta de la finca a favor de L., no llega a entenderse que se continúen los trámites hasta marzo de 1987 (hecho VI) sin tener en cuenta a los nuevos titulares y teniendo siempre presente que el título que se presentó ante el Juzgado para que se despachara la ejecución debió ser la propia escritura de constitución de hipoteca (hecho III), por lo que no es presumible que la invocación del carácter hipotecario del crédito haya sido hecha *a posteriori* a los fines dialécticos de dar soporte al recurso gubernativo interpuesto.

Se me ocurre en este punto que la escasa utilización del procedimiento ejecutivo como vía de satisfacción procesal del crédito hipotecario desde que en la Reforma de 1909 se alumbró el procedimiento sumario hace que cues-

tionen aparentemente complejas no hayan sido objeto de demasiada atención doctrinal.

Me estoy refiriendo al régimen de la anotación preventiva de embargo y de la inscripción de hipoteca cuando ambas tienen por objeto el mismo crédito.

En un caso como el que comentamos en el que la finca ha pasado a manos de un tercer poseedor antes de iniciarse el juicio ejecutivo, es evidente que sólo por tener la acción real derivada de la hipoteca podía «ISBA, Sociedad de Garantía Recíproca», solicitar su embargo.

Estando inscrita la finca a favor de L., es evidente también que para la práctica de la anotación no bastaba que del mandamiento resultara dirigido el procedimiento contra P., ni siquiera haciendo constar —que no se hizo— que se ejercitaba la acción surgida de la hipoteca inscrita: en mi opinión tenía que constar, bien que se seguía el procedimiento también contra los compradores o bien que éstos habían desamparado la finca.

Supuesto que se prescinde de la anotación, se plantea si en caso de haberse solicitado la certificación de cargas del artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior resolución, la nota marginal prevenida en el artículo 143 de Reglamento Hipotecario hubiera debido extenderse al margen de la inscripción de hipoteca y, en todo caso, las consecuencias de la nota respecto de L. y, también, respecto de «Central de Leasing, Sociedad Anónima», y «Fibrotubo Fibrolit, Sociedad Anónima», que tenían a su favor anotaciones de embargo (hecho IV) sobre la misma finca posteriores a la hipoteca de «ISBA, Sociedad de Garantía Recíproca», pero necesariamente anteriores a la anotación de embargo a favor de esta última sociedad, cuya anotación, como sabemos, fue denegada por el Registrador.

No es este lugar para volver sobre la nota del artículo 143 del Reglamento cuando no está anotado el procedimiento en que se interesa. Para quienes tengan interés me remito al resumen de los principales puntos de vista doctrinales y jurisprudenciales sobre el particular recogidos en la obra anotaciones de embargo que acaba de publicar RAFAEL RIVAS TORRALBA a través del Centro de Estudios Registrales y que, por cierto, reúne todos los ingredientes para convertirse en un *best-seller* de la literatura jurídica española.

Sin embargo, señalaré que el nuevo segundo párrafo de dicho artículo 143 introducido por Real Decreto de 13 de noviembre de 1992 (posterior a la obra de RIVAS) tercia y zanja la polémica en cuanto a que si no existe anotación de embargo prohíbe extender la nota de haberse expedido certificación de «cargas» (debió decir «dominio y cargas» para ser congruente con la nueva redacción del art. 1.489 LEC).

Pero, no obstante, se sigue planteando si en el caso de procedimiento ejecutivo ordinario en el que se ejercita una acción real derivada de hipoteca constituye o no un trámite más que se practique la anotación de embargo correspondiente, sin que ésta sea sustituida por la inscripción de hipoteca.

Ciertamente, no he encontrado en la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil ninguna excepción a la anotación por el hecho de tratarse de crédito hipotecario, todo lo contrario, el primer párrafo del artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil presupone que, en primer lugar, se embargarán los bienes especialmente hipotecados en garantía del crédito que motiva el juicio ejecutivo, mientras que el artículo 1.453 dispone que del embargo se tome anotación preventiva en el Registro, sin distinguir en absoluto (otra cosa es la mayor o menor utilidad de la anotación en este caso; sobre el particular, y en general sobre los aspectos que a continuación expondré, puede consultarse el

comentario del propio RAFAEL RIVAS a esta resolución en *Lunes 4,30*, núm. 103, págs. 8 y sigs.).

En el caso que nos ocupa se observa también que no se llegó a solicitar la certificación del artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la finca del recurso, aunque en el procedimiento existía otra aportada por la parte actora (hecho XII), lo que suscita la duda sobre si es procedente que en vez del mandamiento prevenido en el artículo citado de la Ley de Ritos se presente por el acreedor una solicitud de certificación de dominio y cargas en el Registro y que pueda la librada en tales condiciones suplir eficazmente a la que no se solicitó.

Naturalmente, la mayor o menor trascendencia de estas peculiaridades del procedimiento seguido contra la finca 10.811 de Inca se hubieran puesto aún más de manifiesto si se hubiera presentado y calificado el mandamiento de cancelación de inscripciones y cargas en general posteriores a la hipoteca que semiclandestinamente servía de base a la ejecución.

Hay que tener en cuenta que al aparecer otorgada la escritura de venta judicial por el Juez en nombre de los L., no podía el Registrador denegar la inscripción por hallarse la finca inscrita a favor de tercero como habría sucedido en caso de otorgarse la escritura en nombre de P. En este segundo caso se hubiera visto obligada «ISBA, Sociedad de Garantía Recíproca», a pedir el mandamiento de cancelación de inscripciones y anotaciones posteriores y habría resultado, respecto de los L., lo que se desprende de los fundamentos jurídicos de la resolución, es decir, que su llamada a los autos había sido extemporánea. Y respecto de los acreedores con anotación de embargo citados en el hecho IV, que verían extinguidos sus respectivos asientos en virtud de un procedimiento del que no tendrían la más mínima noticia registral al no haberse extendido anotación de embargo ni nota marginal de certificación, procediendo en consecuencia la denegación del despacho de dicho mandamiento.

Existe, sin embargo, un extremo que no siendo objeto específico del recurso me permito introducir para completar el comentario y que consiste en las facultades del Registrador para denegar la inscripción de la escritura que se le presentó.

Ciertamente, la nota de calificación transcrita en el hecho IX resulta poco significativa del verdadero problema que expone el informe del propio Registrador recogido en el hecho XI y que, en definitiva, supone no tanto que sea necesario el consentimiento del titular inscrito (L.) según expresa la nota, sino que el Juez no podía ejercitar su potestad jurisdiccional supliendo la inactividad o rebeldía de dicho titular registral por existir defectos graves en la tramitación de los autos.

En condiciones normales, es sabido que el Juez está plenamente facultado para el otorgamiento de la escritura por rebeldía del obligado a ello (nótese que con la nueva redacción de la LEC ni siquiera existirá tal documento), ejercitando así las facultades derivadas de su potestad jurisdiccional, que, como dijo la Resolución de 20 de julio de 1988, «se imponen a los dueños con, sin o contra su voluntad».

Por tanto, otorgada la escritura por el Juez en nombre de los titulares registrales (hecho VIII), el defecto esencial que el Registrador y la Dirección General aprecian es que los terceros poseedores debían haber sido parte en el procedimiento en una fase procesal anterior a aquella en que efectivamente lo fueron (fundamentos 5, 7 y 8).

Precisamente en la Resolución de 30 de junio de 1989, que, como sabemos,

aparece citada en el fundamento 7 de la que comentamos como decisiva, ya había alegado el recurrente que se excedía en sus competencias el Registrador al denegar la inscripción del documento por defectos procesales que habían motivado incluso un incidente de nulidad de actuaciones promovido por la parte favorecida por la calificación registral y que había resultado desestimado: es decir, que se quejaba el recurrente que lo decidido por el Juez quedaba revocado a efectos del Registro por la calificación desfavorable.

La Dirección General dedicó al problema el fundamento de Derecho 2, que, literalmente, dice: «Esta cuestión plantea otra previa: Si tratándose de actos emanados de la autoridad judicial, como ocurre con la adjudicación en que termina un juicio ejecutivo, el Registrador puede calificar si se han cumplido o no en el procedimiento determinados requerimientos, citaciones o notificaciones o si tal apreciación excede de los límites que a la calificación registral de los documentos judiciales impone el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Cuando para el acto que afecta a derechos inscritos no se cuenta con el consentimiento del titular registral, sino que a él se llega conforme a la Ley en virtud de un procedimiento y sin o contra el consentimiento del titular registral, el principio de tracto sucesivo exige que el procedimiento haya sido seguido contra el titular registral y que, por tanto, se hayan cumplido con él aquellos trámites (requerimientos, notificaciones, citaciones, expresiones registrales) que garantizan la defensa, en este procedimiento, de los intereses del titular inscrito; y de no haberse cumplido, debe negar el Registrador la inscripción porque se oponen a ella obstáculos que surgen del Registro al resultar incumplido el exigido enlace entre el acto cuya inscripción se pretende y los derechos del titular registral...»

Únicamente debe tenerse en consideración que en aquel caso la Dirección acababa dando la razón al recurrente aunque por razones distintas de las que había alegado, por lo que el fundamento transcrito no constituía *ratio decidendi*.

Después de esta resolución se han dictado otras en materias relacionadas con la que estamos comentando cuya orientación es sutilmente distinta. En particular me refiero a las colaterales del caso Burgos (Resoluciones de 13 de febrero y 21 de octubre de 1992), en que se discutía, en definitiva, si cabía anotación del embargo judicial practicado de bienes patrimoniales del Ayuntamiento de dicha ciudad y de las que transcribo a continuación el fundamento de Derecho único de la segunda: «El respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusividad a los Jueces y Tribunales impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, y también a los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes (cfr. art. 17.2 LOPJ). No obstante, ni siquiera las resoluciones judiciales pueden entrar automáticamente en el Registro sin pasar por el tamiz de la calificación registral. Ahora bien, la obligación general de cumplir las resoluciones judiciales exige que el Registrador limite su calificación sobre las resoluciones judiciales al exclusivo fin de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si en el procedimiento en el que se dicta la resolución no ha tenido la intervención prevista por la Ley en las condiciones exigidas, según el caso, para conseguir que el titular registral no sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal; y en este sentido —como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva— deber ser entendido el artículo 100 del Reglamento Hipotecario en congruencia con los artículos 1.º, 20 y 40 de la Ley.

En modo alguno puede el Registrador ir más allá, y al calificar determinada resolución dictada por el órgano judicial competente para resolver en procedimiento adecuado entablado contra el titular registral, enjuiciar si los razonamientos jurídicos por los que el Juzgador concluye su fallo están ajustados a Derecho o si el fallo ha de ser tachado de ilegal aunque limite esta tacha a los efectos registrales. No es entonces ya el Registrador, sino el titular registral, parte en el procedimiento, a quien incumbe por los medios procesales oportunos la defensa contra la posible ilegalidad».

Sobre el particular caso que estudiamos aquí cabe decir que ocupa una posición intermedia: a diferencia del que motivó la Resolución de 30 de junio de 1989, aquí no se produce una intervención de tercer poseedor posterior al otorgamiento de la escritura de venta, es decir, cuando el procedimiento estaba concluso, sino en marzo de 1987, otorgándose la escritura en febrero de 1989.

En relación con la doctrina de las resoluciones de 1992 que he transcrito, hay que resaltar que las mismas dejan a salvo la facultad de calificar si el afectado ha tenido en el procedimiento «la intervención prevista por la Ley en las condiciones exigidas» y por ello no puede hablarse de contradicción abierta.

Sin embargo, la relación que estas dos resoluciones establecen entre la facultad calificadora y el principio constitucional de tutela judicial efectiva a efectos de centrar el alcance del artículo 100 del Reglamento Hipotecario me hacen dudar sobre el acierto de considerar factible la calificación desfavorable de la escritura que nos ocupa basada en el motivo de fondo que ha quedado expuesto.

Desde el punto de vista estrictamente procesal es evidente que no toda infracción de las reglas del procedimiento determina la nulidad de lo actuado. Incluso en materias tan sensibles como aquellas que rozan la indefensión de las partes se distingue entre indefensión formal e indefensión material: la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1992 (Aranzadi 8403) recoge la doctrina sentada sobre el particular por el Tribunal Constitucional (SS. 119/84, 56/85, 133/86 y 194/88) en estos términos: «La omisión de emplazamientos, notificaciones y citaciones o su práctica incorrecta vulnera el derecho de defensa, pero ha de añadirse que la indefensión ha de ser material, es decir, se ha de producir en circunstancias tales que el interesado no pueda ejercitar sus derechos, y que no existe tal indefensión cuando conoce por otros medios el contenido del acto de comunicación omitido o incorrectamente realizado».

En el caso concreto que nos ocupa, se me antoja que, prescindiendo del momento procesal exacto en que L. es interpelado —entre otras razones no queda totalmente claro del texto de la resolución, existiendo contradicción sobre este punto entre el fundamento de Derecho 1, apartado *a)*, y el fundamento 8, letra *b)*, así como entre el informe del Registrador (hecho XI) y el de la Magistrada-Juez (hecho XII), lo que puede haberse producido por no haberse tenido a la vista los autos completos—, parece que en vez de limitarse a constituirse en rebeldía tácita al manifestar que nada tenían que satisfacer ya que compraron la finca libre de cargas y gravámenes (hecho VI), bien podían haber interesado que se retrotrajeran las actuaciones al momento que a sus legítimos intereses conviniera, pues, en definitiva, del hecho VI *in fine* resulta que no había concluido el procedimiento de apremio cuando los titulares registrales fueron requeridos.

Mi opinión es que la tensión entre el deber de calificación que tiene el Registrador y el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales tiende a traducirse en soluciones cada vez más restrictivas cuando el resultado de la primera es contrario a lo dispuesto en las segundas por razones que rozan el fondo de la cuestión.

La Dirección General viene elaborando una línea doctrinal que restringe el alcance del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento en base al artículo 24 de la Constitución española y al deber de colaboración con la Administración de Justicia que incumbe a toda autoridad o funcionario según el artículo 17 de la LOPJ, cuya última manifestación se encuentra en el fundamento de Derecho 3 *in fine* de la Resolución de 23 de marzo de 1993.

Puede argüirse que el Registrador colabora fielmente con la Administración de Justicia tanto si inscribe como si suspende o deniega la inscripción por cuanto en estos dos últimos casos trata de evitar que nazca un asiento viciado y que, no obstante ello, por el hecho de extenderse pase a gozar de la protección o salvaguardia de los propios Tribunales según el artículo 1 de la Ley Hipotecaria.

No obstante, y con esto concluyo, la denegación o suspensión de documentos judiciales por existir obstáculos del Registro, es decir, el último motivo del artículo 100 del Reglamento Hipotecario creo que se va a ver cada vez más constreñido a los supuestos en que se haya prescindido del titular registral en términos que éste no haya podido combatir en el mismo procedimiento o en aquellos en que la documentación presentada no permita extender un asiento que reúna, en sí mismo o por conexión con otros, las condiciones exigidas por la legislación hipotecaria, como ocurrió en el caso resuelto por la Resolución de 17 de marzo de 1993 que acaba de aparecer cuando se escriben estas líneas.

ALVARO JOSÉ MARTÍN MARTÍN
Registrador de la Propiedad de Elche III