

Fracaso del procedimiento hipotecario por no plantearlo correctamente

M.^a José Achón Bruñén

Doctora en Derecho Procesal

Diario LA LEY, Nº 10401, Sección Tribuna, 5 de Diciembre de 2023, LA LEY

ÍNDICE

[Fracaso del procedimiento hipotecario por no plantearlo correctamente](#)

[I. Problemas que suscita el título ejecutivo](#)

- [1. Modo de presentación del título ejecutivo para que sea válido: desfasada redacción del art. 517.2 4ª LEC](#)
- [2. Limitaciones para conseguir una segunda copia con carácter ejecutivo](#)
- [3. Posibilidad de no aportar el título ejecutivo](#)

[II. Demanda ejecutiva](#)

- [1. Inadmisión de la demanda ejecutiva, en caso de cláusula de liquidación unilateral, si no se ha notificado al ejecutado con carácter previo al proceso la cantidad adeudada: problemas que suscita dicha notificación](#)
- [2. Problemas que plantea el cumplimiento de los requisitos exigidos para la admisión de la demanda introducidos por la ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda](#)

[III. Legitimación](#)

[1. Supuestos problemáticos de legitimación activa](#)

- [A\) Cesionario del crédito con garantía hipotecaria que no ha inscrito la cesión en el Registro de la Propiedad](#)
- [B\) Legitimación activa en caso de titulación](#)

[2. Legitimación pasiva](#)

- [A\) Casos en que se ha transmitido el bien hipotecado
 - \[a\\) Cuándo se ha de entender que el adquirente del bien se ha subrogado en la deuda y debe ser demandado como deudor\]\(#\)
 - \[b\\) Adquirente del bien que no se ha subrogado en la deuda: cuándo hay que demandarle y cuándo no es necesario\]\(#\)](#)
- [B\) Problemática acerca de si hay que demandar al deudor que no es propietario del bien hipotecado](#)
- [C\) Deudor declarado en concurso si el bien pertenece a un hipotecante no deudor ¿hay que demandarlo en el procedimiento hipotecario?](#)
- [D\) Inmueble adquirido por uno de los cónyuges en estado de soltero que posteriormente es destinado a vivienda familiar ¿es necesario demandar al otro cónyuge en el procedimiento hipotecario?](#)
- [E\) ¿Es necesario dirigir la demanda contra el excónyuge no propietario de la vivienda que tiene atribuido un derecho de uso inscrito en el Registro con posterioridad a la hipoteca?](#)
- [F\) Problemas de legitimación pasiva cuando el deudor ha fallecido y los herederos son desconocidos](#)
- [G\) ¿Hay que demandar al fiador en el procedimiento hipotecario?](#)

[IV. Problemas que suscita el valor de subasta fijado en la escritura de hipoteca](#)

- [1. Casos en que en la escritura de hipoteca figura un valor a efectos de subasta que no cumple las exigencias legales actualmente vigentes por haberse constituido con anterioridad a que las mismas fueran exigibles](#)
- [2. Problemática si se ha pactado en la escritura de hipoteca poder acudir al procedimiento judicial y al extrajudicial ante Notario](#)
- [3. Valor de subasta cuando con anterioridad a la hipoteca constan cargas registrales](#)

Normativa comentada

Constitución Española de 27 Dic. 1978

TÍTULO PRIMERO. De los Derechos y Deberes Fundamentales

CAPÍTULO II. DERECHOS Y LIBERTADES

SECCIÓN 1.^a. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas

Artículo 24

L 12/2023 de 24 May. (derecho a la vivienda)

TÍTULO PRELIMINAR. Disposiciones generales

Artículo 3. *Definiciones.*

L 5/2019 de 15 Mar (reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)

L 19/2015, de 13 Jul. (medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil)

L 1/2013, de 14 May. (medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social)

CAPÍTULO I. Suspensión de los lanzamientos

Artículo 1. *Suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables.*

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Disposición transitoria primera. *Procedimientos en curso.*

L 9/2012 de 14 Nov. (reestructuración y resolución de entidades de crédito)

DISPOSICIONES ADICIONALES

Disposición adicional vigésima segunda. *Demandas ejecutivas iniciadas por la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. (SAREB).*

L 36/2006 de 29 Nov. (medidas para la prevención del fraude fiscal)

L 1/2000 de 7 Ene. (Enjuiciamiento Civil)

LIBRO I. De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles

TÍTULO I. De la comparecencia y actuación en juicio

CAPÍTULO I. De la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación

Artículo 6. *Capacidad para ser parte.*

CAPÍTULO II. De la pluralidad de partes

Artículo 13. *Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados.*

TÍTULO III. De la acumulación de acciones y de procesos

CAPÍTULO I. De la acumulación de acciones

Artículo 73. *Admisibilidad por motivos procesales de la acumulación de acciones.*

TÍTULO V. De las actuaciones judiciales

CAPÍTULO V. De los actos de comunicación judicial

Artículo 150. *Notificación de resoluciones y diligencias de ordenación.*

CAPÍTULO VIII. De las resoluciones procesales

SECCIÓN 2.^a. DE LOS REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA Y DE SUS EFECTOS

Artículo 217. *Carga de la prueba.*

CAPÍTULO IX. De la nulidad de las actuaciones

Artículo 231. *Subsanación.*

LIBRO II. De los procesos declarativos

TÍTULO I. De las disposiciones comunes a los procesos declarativos

CAPÍTULO I. De las reglas para determinar el proceso correspondiente

Artículo 250. *Ámbito del juicio verbal.*

TÍTULO II. Del juicio ordinario

CAPÍTULO I. De las alegaciones iniciales

SECCIÓN 3.^a. DE LOS EFECTOS DE LA PENDENCIA DEL PROCESO

Artículo 411. *Perpetuación de la jurisdicción.*

TÍTULO IV. De los recursos

CAPÍTULO II. De los recursos de reposición y revisión

Artículo 454 bis. *Recurso de revisión.*

- LIBRO III. De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares
 - TÍTULO I. De los títulos ejecutivos
 - CAPÍTULO I. De las sentencias y demás títulos ejecutivos
 - Artículo 517. *Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos.*
 - TÍTULO III. De la ejecución disposiciones generales
 - CAPÍTULO I. De las partes de la ejecución
 - Artículo 540. *Ejecutante y ejecutado en casos de sucesión.*
 - Artículo 541. *Ejecución en bienes gananciales.*
 - CAPÍTULO III. Del despacho de la ejecución
 - Artículo 555. *Acumulación de ejecuciones.*
 - TÍTULO IV. De la ejecución dineraria
 - CAPÍTULO I. De la ejecución dineraria disposiciones generales
 - Artículo 572. *Cantidad líquida. Ejecución por saldo de operaciones.*
 - Artículo 573. *Documentos que han de acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta.*
 - Artículo 574. *Ejecución en casos de intereses variables.*
 - Artículo 579. *Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados.*
 - CAPÍTULO IV. Del procedimiento de apremio
 - SECCIÓN 6.ª. DE LA SUBASTA DE BIENES INMUEBLES
 - Artículo 659. *Titulares de derechos posteriormente inscritos.*
 - Artículo 660. *Forma de practicarse las comunicaciones.*
 - Artículo 661. *Comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho. Publicidad de la situación posesoria.*
 - Artículo 662. *Tercer poseedor.*
 - Artículo 666. *Valoración de inmuebles para su subasta.*
 - Artículo 671. *Subasta sin ningún postor.*
 - Artículo 675. *Posesión judicial y ocupantes del inmueble.*
 - CAPÍTULO V. De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados
 - Artículo 681. *Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca.*
 - Artículo 682. *Ámbito del presente capítulo.*
 - Artículo 685. *Demanda ejecutiva y documentos que han de acompañarse a la misma.*
 - Artículo 686. *Requerimiento de pago.*
 - Artículo 688. *Certificación de dominio y cargas. Sobreseimiento de la ejecución en caso de inexistencia o cancelación de la hipoteca.*
 - Artículo 689. *Comunicación del procedimiento al titular inscrito y a los acreedores posteriores.*
- LIBRO IV. De los procesos especiales
 - TÍTULO II. De la división judicial de patrimonios
 - CAPÍTULO I. De la división de la herencia
 - SECCIÓN 2.ª. DE LA INTERVENCIÓN DEL CAUDAL HEREDITARIO
 - Artículo 795. *Resolución sobre la*

*administración, custodia y
conservación del caudal hereditario.*

DISPOSICIONES ADICIONALES

Sexta. Adjudicación de bienes inmuebles.

L 55/1999 de 29 Dic. (medidas fiscales, administrativas y del orden social)

DISPOSICIONES ADICIONALES

Disposición adicional vigésima cuarta.

L 19/1992 de 7 Jul. (régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y de titulación hipotecaria)

L 7/1985 de 2 Abr. (bases del Régimen Local)

TÍTULO II. El Municipio

CAPÍTULO PRIMERO. Territorio y población

Artículo 16

L 2/1981 de 25 Mar. (mercado hipotecario)

L 28 May. 1862 (Orgánica del Notariado)

TÍTULO III. El protocolo y copias del mismo que constituyen instrumento público

Artículo 17.

RD-ley 29/2021 de 21 Dic. (medidas urgentes en el ámbito energético para el fomento de la movilidad eléctrica, el autoconsumo y el despliegue de energías renovables)

DISPOSICIONES FINALES

Disposición final sexta. Modificación del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

RD-ley 24/2021 de 2 Nov. (transposición de directivas en materia de bonos garantizados, inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de información, derechos de autor, importaciones, personas consumidoras y vehículos de transporte eficientes)

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

Disposición derogatoria única. Derogación de normas.

RD-ley 11/2020 de 31 Mar. (medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19)

RD 716/2009 de 24 Abr. (desarrolla determinados aspectos de la Ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero)

CAPÍTULO II. Operaciones activas

Artículo 8. Tasación previa.

RD 45/2007 de 19 Ene. (modificación del Regl. de la organización y régimen del Notariado, aprobado por D. 2 Jun. 1944)

RD 24 Jul. 1889 (Código Civil)

TÍTULO PRELIMINAR. De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia

CAPÍTULO II. APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Artículo 3

LIBRO PRIMERO. DE LAS PERSONAS

TÍTULO IV. Del matrimonio

CAPÍTULO IX. DE LOS EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Artículo 96

LIBRO CUARTO. DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

TÍTULO PRIMERO. De las obligaciones

CAPÍTULO IV. DE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

SECCIÓN SEXTA. De la novación

Artículo 1205

TÍTULO II. De los contratos

CAPÍTULO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1257

TÍTULO III. Del régimen económico matrimonial

CAPÍTULO IV. DE LA SOCIEDAD DE GANANCIAS
SECCIÓN SEGUNDA. De los bienes privativos y
comunes

Artículo 1354

TÍTULO IV. Del contrato de compra y venta

CAPÍTULO VII. DE LA TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS Y DEMÁS
DERECHOS INCORPORALES

Artículo 1526

TÍTULO XV. De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis

CAPÍTULO III. DE LA HIPOTECA

Artículo 1875

D 8 Feb. 1946 (Ley Hipotecaria)

ANEXO

TÍTULO II. De la forma y efectos de la inscripción

Artículo 21

D 2 Jun. 1944 (reglamento notarial)

REGLAMENTO DEL NOTARIADO

TITULO IV. Del instrumento público

CAPITULO II. Del instrumento público

SECCION 5.ª. De las copias

Artículo 233.

Jurisprudencia comentada

TJUE, Sala Décima, A, 14 Sep. 2016 (C-534/2015)

TJUE, Sala Primera, S, 14 Jun. 2012 (C-618/2010)

TC, Pleno, S 15/2020, 28 Ene. 2020 (Rec. 2754/2019)

TC, Sala Primera, S 79/2013, 8 Abr. 2013 (Rec. 6996/2011)

TC, Pleno, S 70/2013, 14 Mar. 2013 (Rec. 5582/2012)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 526/2023, 18 Abr. 2023 (Rec. 1729/2019)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 359/2022, 4 May. 2022 (Rec. 4866/2018)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 708/2021, 20 Oct. 2021 (Rec. 1742/2019)

TS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, S 590/2021, 9 Sep. 2021 (Rec. 2833/2018)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 15/2021, 19 Ene. 2021 (Rec. 3949/2017)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 728/2018, 20 Dic. 2018 (Rec. 1451/2016)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 590/2015, 5 Nov. 2015 (Rec. 2634/2013)

TS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, S 770/2014, 12 Ene. 2015 (Rec. 2820/2001)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 141/2011, 3 Mar. 2011 (Rec. 1865/2007)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 627/2009, 28 Sep. 2009 (Rec. 1388/2005)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 1332/2007, 13 Dic. 2007 (Rec. 4994/2000)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 162/2007, 8 Feb. 2007 (Rec. 622/2000)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 435/2006, 11 May. 2006 (Rec. 2901/1999)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 462/2004, 3 Jun. 2004 (Rec. 2175/1998)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 255/2002, 21 Mar. 2002 (Rec. 187/1997)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S, 29 Jun. 1989

APAC, Sección 3ª, A 41/2020, 27 May. 2020 (Rec. 581/2019)

APAC, Sección 6ª, A 62/2018, 29 Jun. 2018 (Rec. 433/2017)

APAC, Sección 6ª, A 115/2017, 7 Nov. 2017 (Rec. 241/2017)

APAA, Sección 1ª, S 284/2019, 27 Mar. 2019 (Rec. 601/2018)

APA, Sección 9ª, A 156/2014, 16 May. 2014 (Rec. 775/2013)

APAS, Sección 6ª, S 106/2017, 17 Mar. 2017 (Rec. 81/2017)

APAS, Sección 6ª, S 331/2016, 18 Nov. 2016 (Rec. 432/2016)

APB, Sección 11ª, A 67/2023, 9 Feb. 2023 (Rec. 1179/2021)

APB, Sección 19ª, S 658/2019, 11 Dic. 2019 (Rec. 470/2018)

APB, Sección 19ª, A 441/2019, 9 Dic. 2019 (Rec. 258/2016)

APB, Sección 19ª, S 524/2019, 10 Oct. 2019 (Rec. 198/2018)

APB, Sección 19ª, A 256/2016, 31 May. 2019 (Rec. 103/2019)

APB, Sección 15ª, S 925/2019, 17 May. 2019 (Rec. 763/2018)

APB, Sección 16ª, A 379/2018, 23 Nov. 2018 (Rec. 69/2018)

APB, Sección 15ª, S 577/2018, 18 Sep. 2018 (Rec. 639/2017)

APB, Sección 17ª, S 607/2018, 19 Jul. 2018 (Rec. 1181/2017)

APB, Sección 19ª, A 76/2018, 9 Mar. 2018 (Rec. 1044/2017)
APB, Sección 1?, A 24/2018, 6 Feb. 2018 (Rec. 240/2017)
APB, Sección 1?, A 213/2016, 6 Jun. 2016 (Rec. 1024/2015)
APB, Sección 16ª, A 35/2016, 3 Feb. 2016 (Rec. 37/2015)
APB, Sección 13ª, A 287/2015, 8 Oct. 2015 (Rec. 582/2015)
APB, Sección 1ª, A 252/2015, 13 Jul. 2015 (Rec. 16/2015)
APB, Sección 16ª, A 114/2015, 27 Mar. 2015 (Rec. 348/2014)
APB, Sección 4ª, A 30/2015, 10 Feb. 2015 (Rec. 644/2013)
APB, Sección 13ª, A 6/2015, 15 Ene. 2015 (Rec. 100/2014)
APB, Sección 14ª, A 325/2014, 30 Dic. 2014 (Rec. 177/2013)
APB, Sección 11ª, A 279/2014, 27 Nov. 2014 (Rec. 453/2014)
APB, Sección 4ª, A 237/2014, 11 Nov. 2014 (Rec. 544/2014)
APB, Sección 14ª, A 264/2014, 23 Oct. 2014 (Rec. 349/2014)
APB, Sección 19ª, A 193/2013, 18 Dic. 2013 (Rec. 514/2013)
APB, Sección 17ª, A 217/2013, 12 Nov. 2013 (Rec. 272/2013)
APB, Sección 1ª, A 180/2013, 30 Sep. 2013 (Rec. 68/2013)
APB, Sección 19ª, S 198/2013, 29 May. 2013 (Rec. 196/2013)
APB, Sección 11?, A 140/2012, 27 Jun. 2012 (Rec. 275/2012)
APB, Sección 1ª, A 54/2010, 23 Feb. 2010 (Rec. 495/2009)
APCC, Sección 1ª, A 163/2013, 10 Oct. 2013 (Rec. 386/2013)
APCA, Sección 7ª, S 166/2012, 26 Abr. 2012 (Rec. 378/2011)
APCS, Sección 3ª, A 49/2016, 18 Feb. 2016 (Rec. 736/2015)
APCS, Sección 3ª, A 133/2012, 12 Jul. 2012 (Rec. 428/2012)
APCO, Sección 1?, A 271/2016, 13 Jun. 2016 (Rec. 356/2016)
APCO, Sección 1ª, A 83/2014, 25 Feb. 2014 (Rec. 159/2014)
APCU, Sección 1ª, A 29/2012, 17 Abr. 2012 (Rec. 310/2011)
APGI, Sección 2ª, S 300/2019, 11 Jul. 2019 (Rec. 793/2018)
APGI, Sección 1ª, S 49/2019, 30 Ene. 2019 (Rec. 1154/2018)
APGI, Sección 1?, A 87/2018, 25 Abr. 2018 (Rec. 177/2018)
APGI, Sección 1?, A 109/2017, 26 Abr. 2017 (Rec. 641/2016)
APGR, Sección 4ª, S 10/2019, 11 Ene. 2019 (Rec. 405/2018)
APGR, Sección 4ª, A 72/2016, 22 Abr. 2016 (Rec. 104/2016)
APGR, Sección 3ª, A 46/2016, 31 Mar. 2016 (Rec. 18/2016)
APGR, Sección 5ª, A 148/2015, 7 Jul. 2015 (Rec. 160/2015)
APGR, Sección 3ª, A 18/2009, 6 Feb. 2009 (Rec. 653/2008)
APGU, A 56/2011, 14 Jun. 2011 (Rec. 103/2011)
APH, Sección 2?, A 38/2018, 31 Ene. 2018 (Rec. 828/2017)
APR, Sección 1?, A 40/2018, 19 Mar. 2018 (Rec. 102/2017)
APR, A 128/2005, 10 Nov. 2005 (Rec. 209/2005)
APIB, Sección 4ª, A 176/2019, 24 Oct. 2019
APIB, Sección 3?, A 12/2018, 14 Feb. 2018 (Rec. 534/2017)
APLP, Sección 5ª, A 309/2015, 26 Nov. 2015 (Rec. 105/2015)
APLP, Sección 5ª, S 468/2013, 3 Dic. 2013 (Rec. 1287/2012)
APL, Sección 2ª, S 545/2020, 27 Jul. 2020 (Rec. 318/2020)
APL, Sección 2ª, S 271/2020, 13 May. 2020 (Rec. 921/2018)
APLU, Sección 1ª, A 104/2017, 22 Jun. 2017 (Rec. 650/2016)
APLU, Sección 1?, A 3/2017, 11 Ene. 2017 (Rec. 497/2016)
APM, Sección 14ª, S 184/2019, 29 May. 2019 (Rec. 704/2018)
APM, Sección 8ª, S 19/2019, 23 Ene. 2019 (Rec. 529/2018)
APM, Sección 20ª, S 199/2018, 4 Jun. 2018 (Rec. 129/2018)
APM, Sección 12?, A 236/2016, 22 Sep. 2016 (Rec. 380/2016)
APM, Sección 14?, A 315/2016, 28 Jul. 2016 (Rec. 148/2016)
APM, Sección 25ª, A 398/2014, 2 Dic. 2014 (Rec. 562/2014)
APM, Sección 11ª, A 89/2013, 13 Mar. 2013 (Rec. 719/2012)
APM, Sección 13ª, A 65/2013, 25 Feb. 2013 (Rec. 833/2012)
APM, Sección 19ª, A, 30 Ene. 2013 (Rec. 1000/2012)
APM, Sección 12?, A 768/2012, 12 Dic. 2012 (Rec. 254/2012)
APM, Sección 21ª, A 224/2012, 11 Sep. 2012 (Rec. 929/2011)
APM, Sección 20?, A 129/2012, 25 May. 2012 (Rec. 622/2011)
APM, Sección 11ª, A 276/2011, 28 Sep. 2011 (Rec. 197/2011)
APM, Sección 25ª, A 111/2011, 7 Jun. 2011 (Rec. 99/2011)

APM, Sección 19ª, A 171/2009, 26 Jun. 2009 (Rec. 325/2009)
 APMA, Sección 4ª, S 394/2019, 30 May. 2019 (Rec. 557/2018)
 APOR, Sección 1ª, A 123/2021, 8 Sep. 2021 (Rec. 556/2020)
 APPO, Sección 6ª, S 31/2018, 26 Ene. 2018 (Rec. 457/2017)
 APPO, Sección 1ª, S 3/2018, 8 Ene. 2018 (Rec. 753/2017)
 APPO, Sección 1ª, A 83/2016, 6 Abr. 2016 (Rec. 128/2016)
 APPO, Sección 1ª, A 9/2014, 21 Ene. 2014 (Rec. 626/2013)
 APSE, Sección 5ª, A 144/2017, 25 May. 2017 (Rec. 4259/2016)
 APSE, Sección 5ª, A 170/2012, 16 Oct. 2012 (Rec. 5932/2012)
 APT, Sección 1ª, A 22/2021, 27 Ene. 2021 (Rec. 149/2020)
 APT, Sección 1ª, A 18/2021, 27 Ene. 2021 (Rec. 1058/2019)
 APT, Sección 1ª, A 23/2010, 15 Mar. 2010 (Rec. 32/2010)
 APTO, Sección 2ª, A 48/2018, 15 Feb. 2018 (Rec. 95/2017)
 APV, Sección 8ª, A 34/2023, 8 Feb. 2023 (Rec. 1170/2021)
 APV, Sección 11ª, S 23/2022, 27 Ene. 2022 (Rec. 152/2021)
 APV, Sección 6ª, A 45/2015, 3 Mar. 2015 (Rec. 573/2014)
 APV, Sección 9ª, A 256/2013, 11 Jun. 2013 (Rec. 86/2013)
 APV, Sección 9ª, A 32/2013, 4 Feb. 2013 (Rec. 825/2012)
 APVI, Sección 5ª, A 77/2019, 26 Jun. 2019 (Rec. 470/2018)
 APVI, Sección 4ª, A 422/2008, 19 Jun. 2008 (Rec. 220/2007)
 APZ, Sección 5ª, A 59/2017, 1 Feb. 2017 (Rec. 388/2016)
 APZ, Sección 5ª, A 32/2017, 13 Ene. 2017 (Rec. 334/2016)
 APZ, Sección 2ª, A 349/2011, 21 Jun. 2011 (Rec. 231/2011)
 APZ, Sección 4ª, A 565/2010, 16 Dic. 2010 (Rec. 477/2010)

Comentarios

Resumen

Para que prospere un procedimiento de ejecución hipotecario, no solo el título ejecutivo debe carecer de cláusulas abusivas, sino que también han de cumplirse otros presupuestos igualmente importantes, cuya falta puede ocasionar el fracaso de la ejecución y que van a ser objeto de nuestro análisis en el presente artículo.

Palabras clave

Legitimación, demanda ejecutiva, vivienda habitual, título ejecutivo, herencia yacente, concurso, cesión de crédito, valor de subasta.

I. Problemas que suscita el título ejecutivo

1. Modo de presentación del título ejecutivo para que sea válido: desfasada redacción del art. 517.2 4ª LEC

Tras la reforma de la Ley del Notariado (LA LEY 2/1862), por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre (LA LEY 11545/2006), de Prevención del Fraude Fiscal (en vigor desde el 1 de diciembre de 2006), los apartados cuarto y quinto del art. 517.2 de la LEC (LA LEY 58/2000) quedaron desfasados.

La Ley 36/2006 (LA LEY 11545/2006) reformó el art. 17.1, apartado cuarto, de la Ley del Notariado (LA LEY 2/1862) estableciendo un nuevo sistema de expedición de copias de las escrituras notariales al prever que la copia con eficacia ejecutiva ya no era la primera o la segunda emitida en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien debiera perjudicar, o de su causante, o expedida con la conformidad de todas las partes sino **la que solicite el interesado que se expida con tal carácter**. En el mismo sentido, el Real Decreto 45/2007 (LA LEY 307/2007) de 19 de febrero (en vigor desde el 30 de enero de 2007)



reformó el art. 233 del Reglamento Notarial (LA LEY 7/1944) (1) .

El problema es que **dichas reformas no fueron acompañadas de una modificación del apartado cuarto del art. 517.2 de la LEC (LA LEY 58/2000), como hubiera sido procedente**, el cual siguió otorgando la consideración de título ejecutivo a: «*Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes*».

A partir de dicha reforma queda así configurada una dualidad de regímenes legales (2) :

- **Respecto de las escrituras anteriores al 1 de diciembre de 2006**, la primera copia tiene carácter ejecutivo (art. 517.2.4.ª LEC (LA LEY 58/2000)), sin necesidad de que la copia exprese su carácter ejecutivo, el cual resulta directamente de la Ley.
- **En cuanto a las escrituras públicas otorgadas desde el 1 de diciembre de 2006**, la copia con eficacia ejecutiva será la que solicite el interesado que se expida con tal carácter (art. 17 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 (LA LEY 2/1862), conforme a la redacción dada por Ley 36/2006, de 29 de noviembre (LA LEY 11545/2006)).

La regulación de la Ley 36/2006 (LA LEY 11545/2006) no contradice la regulación anterior, sino que la sustituye para las escrituras públicas otorgadas desde su entrada en vigor, lo que no autoriza a aplicar retroactivamente esa Ley a escrituras otorgadas antes del 1 de diciembre de 2006.

En la ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (actualmente en Proyecto) se viene a adecuar la redacción del apartado cuarto del art. 517.2 a la legislación notarial, otorgando la consideración de título ejecutivo a «*La copia de la escritura pública matriz que el interesado solicite que se expida con tal carácter*» (3) .

2. Limitaciones para conseguir una segunda copia con carácter ejecutivo

Expedida una copia con eficacia ejecutiva el interesado solo podrá obtener nueva copia con tal eficacia con sujeción a lo dispuesto en el art. 517.2.4.º LEC (LA LEY 58/2000), es decir, en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o con la conformidad de todas las partes (art. 233 Reglamento Notarial (LA LEY 7/1944)).

No obstante, la DGSJFP/DGRN, manifiesta que **la limitación del art. 233 del Reglamento Notarial (LA LEY 7/1944) para la emisión de nueva copia con carácter ejecutivo solo rige si quien la solicita es el mismo interesado que en su día obtuvo la primera, pero no si la pide un nuevo acreedor hipotecario** y, por tanto, se trata de un sujeto distinto de aquel que, con anterioridad, obtuvo del notario una copia de la misma escritura con dicha fuerza o finalidad ejecutiva [Resolución de fecha 28 de junio de 2018, mencionando su Resolución de 19 de junio de 2018].

En similares términos se pronuncian los Acuerdos de las Secciones Civiles de la AP de Valencia de 27 de enero de 2022 (LA LEY 58485/2022) en los cuales se dispone que se admitirá como título ejecutivo la escritura en la que el notario indique que es copia literal autorizada con carácter ejecutivo, haciendo constar que con anterioridad no se ha expedido otra con tal carácter a favor del mismo interesado, aunque se hayan expedido otras con carácter ejecutivo a favor de titulares anteriores.

3. Posibilidad de no aportar el título ejecutivo

Conforme a lo previsto en el art. 685.2 LEC (LA LEY 58/2000) en la ejecución sobre bienes hipotecados o sobre bienes en régimen de prenda sin desplazamiento, si **no pudiese presentarse el título inscrito, podrá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca**.

Además, cuando la entidad ejecutante es una de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, basta con la presentación de una **certificación del Registro de la Propiedad acreditando la subsistencia de la hipoteca, acompañada de una copia autorizada de la escritura de hipoteca**, que podrá ser parcial, comprendiendo tan solo la finca o fincas objeto de la ejecución (art. 685.4 LEC (LA LEY 58/2000)).

Dicha certificación registral integrará la escritura de hipoteca en el caso de que carezca de eficacia ejecutiva,

otorgándole plenos efectos para iniciar un procedimiento hipotecario.

Asimismo, la Disposición Final Undécima de la Ley 5/2019, de 15 de marzo (LA LEY 3741/2019), añadió una Disposición Adicional Vigésima Segunda a la Ley 9/2012, de 14 de noviembre (LA LEY 19065/2012), de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito, estableciendo que si la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S. A. (SAREB) careciera de copia con eficacia ejecutiva y no pudiera expedirse directamente a su favor, con arreglo al art. 517 LEC (LA LEY 58/2000) y a la legislación notarial, **bastará que acompañe a la demanda ejecutiva una copia autorizada de la escritura, que podrá ser parcial**, en la que conste que se expide al amparo de esta Disposición Adicional Vigésima Segunda y a los efectos del art. 685 LEC (LA LEY 58/2000), **junto con la pertinente certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y la subsistencia de la hipoteca, sin perjuicio del derecho del deudor a oponerse por doble ejecución.**

II. Demanda ejecutiva

1. Inadmisión de la demanda ejecutiva, en caso de cláusula de liquidación unilateral, si no se ha notificado al ejecutado con carácter previo al proceso la cantidad adeudada: problemas que suscita dicha notificación

El denominado «*pacto de liquidez*» o «*de liquidación*» sirve para acreditar uno de los requisitos del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma.

Dicho pacto está permitido expresamente en el art. 572.2 LEC (LA LEY 58/2000), conforme al cual se puede despachar ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por notario, siempre que se hubiera pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sería la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo.

Este precepto no se refiere a todos los contratos que se formalicen en escrituras públicas o en pólizas intervenidas por notario (art. 517.2. 4ª (LA LEY 58/2000) y 5 LEC) sino solo a aquellos en que la cantidad adeudada no resulte del título y que, por esa razón, sean necesarias unas operaciones para determinar el saldo resultante, lo que resulta bastante habitual en un préstamo con garantía hipotecaria.

En estos casos, de conformidad con el apartado segundo del art. 572.2 «*solo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación*» exigiendo el apdo. 3.º del art. 573.1 de la LEC (LA LEY 58/2000) la necesidad de acompañar a la demanda «*el documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible*».

Dichas previsiones legales plantean serios problemas prácticos:

En primer lugar, en ambos preceptos se exige «acreditar» dicha notificación, por lo que procede preguntarse si se podrá despachar ejecución cuando el deudor no haya recibido la notificación remitida por el acreedor en que conste la cantidad adeudada por una deliberada negativa, una voluntad obstructiva o simplemente porque haya cambiado de domicilio y no lo haya puesto en conocimiento del acreedor. Con base en la jurisprudencia menor (4) lo más adecuado es entender que, **a pesar del tenor literal de los arts. 572.2.II y 573.1.3º LEC, no es necesario acreditar la práctica de la notificación cuando, pese a una adecuada remisión de la misma, la falta de recepción obedezca a la voluntad obstructiva del notificado**, ya sea por una deliberada negativa a recibir la notificación (v. gr., si, dejado aviso, no pasare a recogerla a la oficina correspondiente), ya por una actuación que, aunque no fuera directamente encaminada a este objetivo, determine el mismo resultado por negligencia, como pudiera ser el cambio de domicilio no comunicado al acreedor. **En consecuencia, hay que entender que aunque no conste que la referida notificación hubiera llegado al destinatario, se ha de considerar como efectivamente cumplido el trámite legal cuando ello sea debido a causa imputable al deudor**, no siendo exigible la realización de actividades extraordinarias de investigación del paradero del ejecutado (5).

En segundo lugar, otro problema que se plantea es si para que la práctica de

La LEC tampoco precisa la necesidad de que medie un plazo mínimo entre la notificación y la presentación de la demanda ejecutiva, aunque la buena fe aconseja esperar un plazo prudencial

la notificación de la cantidad adeudada se pueda entender debidamente realizada es necesaria la entrega personal, lo que merece una respuesta negativa, **bastando con un telegrama con acuse de recibo o un burofax**. La LEC **tampoco precisa la necesidad de que medie un plazo mínimo** entre la notificación y la presentación de la demanda ejecutiva, aunque la buena fe aconseja esperar un plazo prudencial.

En tercer lugar, se plantea la cuestión de si antes de iniciar un procedimiento hipotecario es necesario efectuar esta notificación, además de al deudor, al fiador. **Parte de la jurisprudencia menor (6) entiende que no se puede considerar necesaria la obligación de notificar al fiador antes del**

procedimiento hipotecario la cantidad debida, dado que el mismo no se dirige contra el fiador, sin perjuicio, de que, en interés del deudor principal o del propio acreedor, pueda cualquiera de ellos, y singularmente el acreedor, realizar dicha notificación. Se considera que el hecho de que no se les haya notificado el saldo deudor antes de la interposición de la demanda de la ejecución hipotecaria no provoca la nulidad, pues los fiadores y avalistas personales no están legitimados pasivamente para soportar la acción de reclamación de cantidad en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

No obstante, **esta tesis no resulta pacífica** y en contra se defiende que dado que el art. 573 de la LEC (LA LEY 58/2000) es también aplicable en supuestos de ejecución sobre bienes hipotecados, por así establecerlo expresamente el art. 685.2, resulta exigible que con la demanda ejecutiva sobre bienes hipotecados o pignorados se aporte el documento que acredite haberse notificado no solo al deudor sino también al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible (7) . Se entiende que **resulta contradictorio entender que no se debe notificar al fiador el saldo deudor antes del proceso (argumentando que contra este no se dirige la ejecución hipotecaria) y al mismo tiempo interesar que se le notifique la demanda ejecutiva exart. 685.5 de la LEC (LA LEY 58/2000)** en previsión de poder continuar la ejecución contra él si no resulta suficiente lo obtenido con la subasta del inmueble (8) .

Por todo ello, lo más recomendable es que también se notifique la cantidad adeudada al fiador.

2. Problemas que plantea el cumplimiento de los requisitos exigidos para la admisión de la demanda introducidos por la ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda

La ley por el derecho a la vivienda ha modificado el art. 685.2 de la LEC (LA LEY 58/2000), estableciendo nuevos requisitos que debe contener la demanda ejecutiva en el procedimiento hipotecario. En concreto, debe constar lo siguiente:

1º El carácter de vivienda habitual del inmueble hipotecado

Con anterioridad a la ley 12/2023 (LA LEY 6823/2023), aunque no lo exigía el art. 685 de la LEC (LA LEY 58/2000), ya se hacía constar en las demandas del procedimiento hipotecario si el inmueble era la vivienda habitual del ejecutado dada la incidencia que este dato presenta en el procedimiento (arts. 575.1 bis, 579.2, 686.1 en relación con el 441.5, 693.3. II, 671, 704.1 y Disposición Adicional Sexta de la LEC (LA LEY 58/2000)).

A partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (LA LEY 7255/2013), es obligatorio que figure en las escrituras de préstamo hipotecario (9) sobre vivienda si esta ostenta el carácter de habitual, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución (art. 21.3 de la LH).

No consideramos adecuado que el nuevo apartado tercero del art. 685.2 solo exija que en la demanda se indique si el inmueble constituye la vivienda habitual del «deudor», olvidando al ejecutado que no ostenta dicha condición, como el hipotecante no deudor, máxime teniendo en cuenta que, a los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 21.3 de la LH la DGRN/DGSJFP ha considerado que resulta indiferente que el hipotecante sea el propio deudor o persona distinta al mismo, como un hipotecante no deudor (10) . Este defecto de referirse solo a la vivienda habitual del deudor, y no de todo ejecutado, se contiene en otros preceptos de la LEC (arts. 575.1 bis, 671 y Disposición Adicional Sexta) y aunque bien es verdad que parte de la jurisprudencia menor (11) se muestra a favor de una interpretación extensiva, también es cierto que otras resoluciones defienden una interpretación literal, considerando que las prerrogativas que contienen dichos preceptos no pueden aplicarse al ejecutado que no ostenta la condición de deudor (12) .

Por lo demás, otro problema que se plantea es que en ocasiones **no resulta sencillo dilucidar si la vivienda ostenta el carácter de habitual porque la obligación plasmada en el mentado art. 21.3 de la LH** de hacer constar en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda si esta ostenta el carácter de habitual, **únicamente opera desde el 15 de mayo de 2013 (fecha en que entró en vigor la ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013)) y además, tan solo supone una presunción *ius tantum***, contra la que cabe prueba en contrario, por lo que el ejecutante podrá hacer constar en la demanda ejecutiva que la vivienda ya no ostenta dicha condición siempre que lo acredite.

Asimismo, también **puede ocurrir que en el Registro figure que el inmueble no tiene la consideración de vivienda habitual y que posteriormente haya adquirido dicha consideración**, en cuyo caso el ejecutado habrá de probar este extremo, **sin que nuestros tribunales admitan que se pueda oponer a la ejecución por dicho motivo, ya que las causas de oposición se encuentran tasadas** (13) .

La Ley por el derecho a la vivienda define la residencia habitual como: *«la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho» (art. 3.i).* **A nuestro modo de ver, dicha definición peca de parquedad, ya que no establece cuál es el tiempo mínimo de residencia.**

Pudiera pensarse en aplicar el concepto fiscal de vivienda habitual (art. 41 bis del Reglamento del IRPF), pero se considera que el tratamiento tributario del bien resulta ajeno a su evaluación jurídica (14) .

Esta imprecisión legal puede ocasionar que el demandante considere que la vivienda no ostenta dicho carácter y el demandado alegue lo contrario, en cuyo caso, **el legislador olvida concretar a quién le corresponde la carga de la prueba**. A nuestro juicio, corresponde al ejecutado (15) , salvo que conste la condición de vivienda habitual en el Registro (art. 21.3 LH), en cuyo caso la carga de desvirtuar dicho carácter corresponde al ejecutante.

La jurisprudencia menor (16) , en aras de valorar si el inmueble constituye la vivienda habitual del ejecutado, atiende a si es su vivienda principal, en contraposición a la ocasional o secundaria. No obstante, hay personas que residen en distintos lugares a lo largo del año (residencia estival, residencia de invierno) o que residen en una vivienda y están empadronados en otra, y la consideración de «habitual» solo es predicable de una sola vivienda y no de varias aunque se ocupen de modo alternativo (17) .

Asimismo, la DGSJFP (18) considera que el mero hecho de haber señalado dicho domicilio para actos de comunicación, no resulta determinante aunque puede ser un dato a tener en cuenta que el ejecutado haya sido hallado en dicha dirección al notificarle el auto despachando ejecución y, en su caso, requerirle de pago. *A sensu contrario*, no resulta decisivo el hecho de que la vivienda declarada como habitual no coincida con el domicilio fijado para notificaciones, habida cuenta de que el art. 682.2.2º de la LEC (LA LEY 58/2000) no exige que el domicilio elegido para actos de comunicación tenga que coincidir con la vivienda habitual, sino que deja plena libertad al deudor y al hipotecante para fijar el que más le convenga (19) .

Respecto del empadronamiento, aunque es un dato que se debe tener en cuenta, tampoco se considera determinante por nuestros tribunales (20) , pues si bien es cierto que, según el art. 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LA LEY 847/1985), los datos del Padrón constituyen prueba del domicilio habitual del empadronado, no lo es menos que dicha prueba, por la propia naturaleza administrativa del Registro del que emana, no puede ser considerada plena, sino mera presunción que puede ser destruida por otros medios.

Por todo ello, si la condición de vivienda habitual no figure en el Registro por haber constituido la hipoteca con anterioridad al 15 de mayo de 2013 (fecha en que entró en vigor la Ley1/2023), lo más adecuado es que el ejecutado pruebe dicha condición aportando **recibos de suministros (agua, luz, gas etc)**, en que conste un consumo que acredite la estancia permanente.

No obstante, otro problema que puede surgir, es que dada la duración del procedimiento hipotecario, en el momento de interponer la demanda el inmueble hipotecado sea la vivienda habitual del deudor, pero no cuando se convoque la subasta. En principio, lo más oportuno es atender a la situación jurídica en el momento de interponer la demanda. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, de 27 de enero de 2021 (LA LEY 376867/2021) (N.º de Recurso: 1058/2019, N.º de Resolución: 18/2021) considera que: *«el carácter de vivienda habitual debe quedar fijado en un momento temporal comprendido entre la constitución del préstamo y la presentación de la demanda de ejecución, sin que las modificaciones del domicilio a lo largo de la tramitación del*

expediente puedan afectar a tal carácter, en aplicación "mutatis mutandi" del art. 411 de la LEC (LA LEY 58/2000) (perpetuatio jurisdictionis)».

Más problemático será que el inmueble tuviera la consideración de segunda vivienda del deudor en el momento de interponer la demanda ejecutiva, pero que en el curso del procedimiento haya pasado a ser su vivienda habitual aunque **se debe considerar fraude de ley el hecho de que el ejecutado pueda mudarse a vivir en la misma antes de la subasta para beneficiarse de las prerrogativas que le brinda la ley.**

Lo cierto es que resulta reprobable que el legislador haya otorgado un régimen especial de protección a la vivienda habitual dentro del proceso de ejecución, pero que **no haya previsto ningún trámite ni incidente para discutir en su seno este carácter**, defecto que tampoco ha sido enmendado por la ley por el derecho a la vivienda.

En principio, es el Letrado de la Administración de Justicia el competente para apreciar si el inmueble reúne la condición de vivienda habitual, aunque su decisión podrá ser recurrida en revisión porque este recurso resulta procedente contra los decretos resolviendo el de reposición, según ha declarado el Tribunal Constitucional (21) . **La DGSJFP ha llegado a considerar válida la expresión «no consta en autos que la finca hipotecada constituya vivienda habitual del deudor»**, entendiendo que reúne la claridad necesaria (22) .

2º Condición de «gran tenedor» del ejecutante

El artículo 3.k) de la ley 12/2023, por el derecho a la vivienda (LA LEY 6823/2023) define como «gran tenedor» a la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. En el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo (LA LEY 4471/2020), por el que se adoptaron medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 ya se había definido al gran tenedor en los mismos términos (art. 4). De todos modos, en la ley por el derecho a la vivienda se añade la posibilidad de particularizar esta definición en entornos de mercado residencial tensionado, pudiendo alcanzar a titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la Comunidad Autónoma en la correspondiente memoria justificativa.

A nuestro juicio, **esta definición peca de parquedad, puesto que se debería matizar qué ocurre en los casos en que el titular solo ostenta —en todo o en parte— la nuda propiedad, el usufructo u otro derecho real**, pues no está claro en estos supuestos cómo considerar la condición de gran tenedor.

De todos modos, si el demandante no reúne la condición de gran tenedor también se le exige acreditarlo mediante certificación del Registro de la Propiedad en el que consten la relación de propiedades a su nombre.

En el procedimiento hipotecario, dado que el ejecutante suele ser un banco, este en principio va a reunir la condición de gran tenedor, lo que va a suponer que deba cumplir otros requisitos accesorios, como acreditar que se ha sometido a un procedimiento de conciliación o mediación como se explicará en líneas posteriores.

3.º Situación de vulnerabilidad económica del ejecutado

En la nueva redacción del art. 685.2 de la LEC (LA LEY 58/2000) **se exige en todo caso al actor hacer constar en la demanda de ejecución hipotecaria la situación de vulnerabilidad económica del ejecutado, a diferencia de en el párrafo sexto del art. 439 (para los procedimientos de los números 1º, 2º, 4º y 7º del art. 250.1 de la LEC (LA LEY 58/2000)), en que solo se exige dicho requisito si es un gran tenedor.** Esta diferencia puede obedecer a que en el procedimiento hipotecario el ejecutante suele ser una entidad bancaria y esta siempre reúne dicha condición.

En todo caso, cabe plantearse si está justificado discriminar a un demandante en función de sus mayores recursos económicos, exigiéndole requisitos accesorios para admitir la demanda.

Además, **al actor se le obliga a probar algo que no le interesa, siendo que el demandado está en mejores condiciones para aportar esta prueba**, pues conoce exactamente su situación económica (23) .

Procede preguntarse si será subsanable presentar la demanda sin los requisitos antedichos; si bien, por nuestra parte, abogamos por una respuesta positiva, por aplicación de lo dispuesto en el art. 231 LEC (LA LEY 58/2000) conforme al cual *«El Tribunal y el Letrado de la Administración de Justicia cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes»*. La no concesión de un plazo de subsanación sería incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva.

4º Necesidad de que el gran tenedor justifique haber acudido a un procedimiento de conciliación o intermediación si el bien hipotecado es vivienda habitual y el deudor hipotecario está en situación de vulnerabilidad económica

Otro requisito que puede dilatar bastante la interposición de la demanda de la ejecución hipotecaria es que, según la nueva redacción del art. 685.2 de la LEC (LA LEY 58/2000), es necesario acreditar haberse sometido a un procedimiento de conciliación o intermediación cuando se cumplan tres condiciones:

- que la parte actora tenga la condición de gran tenedora
- que el inmueble objeto de demanda constituya vivienda habitual del deudor hipotecario
- y que se tenga constancia de que la misma se encuentre en situación de vulnerabilidad

A nuestro juicio, resultan excesivos estos requisitos, pues la preparación de una demanda puede demorarse indebidamente (24) .

III. Legitimación

1. Supuestos problemáticos de legitimación activa

A) Cesionario del crédito con garantía hipotecaria que no ha inscrito la cesión en el Registro de la Propiedad

Resulta problemático **si** se puede iniciar un procedimiento hipotecario por el cesionario de un crédito garantizado con hipoteca que no ha inscrito la cesión en el Registro de la Propiedad.

El art. 149 de la LH establece al respecto: «*El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil (LA LEY 1/1889). La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad*».

Dada la fusión de entidades financieras o la absorción de cajas de ahorro y bancos por la segregación y traspaso en bloque del patrimonio de una sociedad a otra nueva que se ha producido en los últimos tiempos, este problema resulta habitual en la práctica forense.

La jurisprudencia menor se muestra dividida, lo que suscita inseguridad jurídica, toda vez que, dependiendo del Juzgado que conozca del procedimiento, la solución puede ser distinta (25) .

En contra de la necesidad de que el cesionario inscriba la cesión en el Registro para poder iniciar un procedimiento hipotecario se pronuncia parte de la jurisprudencia

En contra de la necesidad de que el cesionario inscriba la cesión en el Registro para poder iniciar un procedimiento hipotecario se pronuncia parte de la jurisprudencia (26) , con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, **se alega que el art. 540 LEC (LA LEY 58/2000) reconoce legitimación en el proceso de ejecución a quien acredite ser sucesor del que figure como acreedor en el título ejecutivo**, de manera que basta con justificar documentalmente dicha cesión para que se pueda despachar ejecución a favor del nuevo acreedor, y ello con independencia de que dicha titularidad conste en el Registro de la Propiedad.

En segundo lugar, **se pone de manifiesto el carácter meramente declarativo de la inscripción de la cesión**, con cita habitual de la Sentencia del TS, Sala Primera, de 29 de junio de 1989 (LA LEY 651-JF/0000), pues, si bien es cierto que el art. 149 LH determina que la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, dicha inscripción registral no presenta carácter constitutivo, **lo que supone que la inscripción presenta efectos contra terceros en cuanto a fecha de la cesión, sin que su falta prive de eficacia a la misma entre el cesionario y el deudor hipotecario.**

En tercer lugar, se considera que **basta con que la certificación de cargas acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca, resultando intrascendente que quien figure en el Registro como acreedor hipotecario sea el cedente del crédito y primitivo acreedor**, y no el cesionario ejecutante de la hipoteca, siempre que dicha cesión se acredite documentalmente, pues la mención a la titulación existente, que el art. 688 LEC (LA LEY 58/2000) exige que se contenga en la certificación de dominio y cargas, se refiere a la del propietario de la finca hipotecada, con independencia de que quien figure en el Registro como acreedor hipotecario sea el cedente del crédito y primitivo acreedor, y no el cesionario ejecutante de la hipoteca.

En cuarto lugar, y para salvar el obstáculo de que la DGRN/DGSJFP (27) no permite inscribir el decreto de adjudicación sin la previa inscripción de la cesión del crédito a favor del ejecutante, se alega que, **a los efectos de acreditar el tracto sucesivo, puede probarse la cesión realizada aportando la escritura de cesión antes de inscribir el remate o adjudicación**, o incluso puede especificarse en el mismo decreto de adjudicación o de remate, con la suficiente claridad, la mencionada escritura, su fecha, notario autorizante, número de protocolo, identificación de cedente y cesionario y cuantos datos fueren necesarios para la finalidad de justificación pretendida.

En quinto lugar, **se defiende que el art. 149 LH, según el cual «La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantiza un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad», solo es aplicable a la cesión realizada a título particular a los efectos de su oposición frente a terceros**, pero no en los supuestos de transmisión de activos financieros, créditos y otras figuras afines que se produzcan en los casos de fusiones, absorciones y, en general, cesiones globales o universales. La cesión se configura en nuestro ordenamiento como la transmisión de un crédito concreto y, así, el art. 1.526 CC (LA LEY 1/1889) se refiere siempre en singular al «crédito, derecho o acción» cedidos, por lo que la cesión universal responde a otro fenómeno distinto. En la cesión global resulta inaplicable el art. 149 LH, pues las transformaciones societarias no están bajo su regulación.

En sexto lugar, se entiende que dado que **el cesionario se subroga en todos los derechos del cedente, también le asiste el derecho de poder reclamar la deuda por los trámites del procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados** frente al deudor hipotecario sin necesidad de tener inscrita la escritura pública de cesión en el Registro de la propiedad, ya que ocupa el lugar del cedente, bastando con que acredite que la hipoteca, de la que es titular por la cesión, se halla subsistente y sin cancelar.

Por nuestra parte, no suscribimos los anteriores postulados, sino que consideramos, con parte de la jurisprudencia menor (28) y de la doctrina (29), que resulta necesario que la cesión conste inscrita en el Registro de la Propiedad para que el nuevo acreedor pueda iniciar un procedimiento hipotecario dado que a favor de esta tesis existen poderosos argumentos:

El art. 540 LEC (LA LEY 58/2000) no puede servir para enmendar la falta de inscripción de la garantía hipotecaria a favor del ejecutante, pues hay que tener en cuenta que **el título ejecutivo en que se funda la ejecución hipotecaria ha de ser una escritura de hipoteca inscrita a favor del ejecutante, en consecuencia, la legitimación no se puede acreditar de forma distinta a la inscripción en el Registro**, máxime teniendo en cuenta que, conforme al art. 130 LH, «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo». El art. 540 de la Ley procesal civil (LA LEY 58/2000) debe ceder ante la especialidad del proceso de ejecución sobre bienes hipotecados, que exige rigor extremo en el cumplimiento de las formalidades a que se refieren los arts. 685 (LA LEY 58/2000), 688 y concordantes de la LEC. (LA LEY 58/2000) **Distinto sería el caso de que el ejecutante decidiera ejercitar la acción personal por medio de un proceso de ejecución ordinaria, en cuyo caso ningún problema existiría en acreditar documentalmente la cesión del crédito ex art. 540 LEC (LA LEY 58/2000).**

El título ejecutivo en que se funda la ejecución hipotecaria ha de ser una escritura de hipoteca inscrita a favor del ejecutante y, aunque la cesión del crédito hipotecario nazca *extra tabulas*, el ejercicio de la acción por el cesionario requiere de la inscripción de su derecho, debiendo coincidir el titular vigente del derecho de hipoteca con la persona que ejercita la acción, y por cuya voluntad se despacha ejecución. El sistema de folio real o por fincas (art. 243 LH) comporta que todas las incidencias que afecten a una finca, entre las que se cuenta la cesión de la garantía real constituida, consten en la correspondiente inscripción.

Bien es cierto que el inciso primero del art. 149 LH se remite al art. 1.526 CC (LA LEY 1/1889) relativo a la transmisión singular de «créditos y demás derechos incorporales», lo que no sería el caso de modificaciones societarias en que se produce un traspaso universal de derechos y obligaciones, **pero no podemos olvidar que el propio precepto distingue entre la transmisión del crédito, que puede cederse como cualquier otro (art. 1526 CC (LA LEY 1/1889)), y la cesión de la titularidad de la hipoteca** y para esta requiere el otorgamiento de escritura pública y consiguiente inscripción registral. **No hay razón legal para entender que el traspaso de una universalidad de créditos hipotecarios deba quedar exento del cumplimiento de las estrictas formalidades previstas para la cesión singular.**

Asimismo, el art. 244 RH dispone que la cesión del crédito hipotecario se consignará en el Registro por medio de una nueva inscripción a favor del cesionario, excepto en los casos a que se refiere el art. 150 LH (*referido a hipotecas constituidas para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador*).

Pero, **aun cuando se entienda que la inscripción de la cesión del crédito en el Registro presenta solo carácter declarativo**, de modo que la cesión se produce con el efecto traslativo propio sin necesidad de inscripción (la cual solo robustece el título inscrito frente a terceros a efectos de la fe pública registral exart. 1.526.2 CC (LA LEY 1/1889)), **no es posible entender que el cesionario cuyo derecho no ha sido inscrito pueda ejercitar, al cobijo de su derecho extratabular, la acción hipotecaria accesoria al crédito adquirido**

La ejecución no viene determinada por el crédito en sí sino por la titularidad de la hipoteca, y porque el título reúna los requisitos legales y no puede despacharse ejecución si en el título no figura el ejecutante y no se ha inscrito registralmente quien ocupa el puesto del prestamista. (30) .

No podemos obviar que nos hallamos ante un proceso de ejecución especial y, por tanto, para instar el despacho de ejecución en base a los arts. 681 y ss. LEC (LA LEY 58/2000), no basta con ser sucesor en el crédito litigioso sino que es preciso que esta titularidad del derecho real de hipoteca, haya accedido al Registro de la Propiedad (art. 685.2 LEC (LA LEY 58/2000)). **Confirma lo antedicho el tenor del art. 688.1 LEC (LA LEY 58/2000), el cual en el procedimiento hipotecario, exige recabar certificación registral para comprobar la legitimación del actor, dado que según dicho precepto la «hipoteca en favor del ejecutante» (y no de su antecesor) «se halla subsistente y sin cancelar»** (31) .

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 685.2 LEC (LA LEY 58/2000), el título lo constituye una hipoteca inscrita y, **para la ejecución del título a instancia del cesionario, el Registro no puede dejar de publicar el derecho adquirido**, siendo la inscripción imprescindible para la integración del título ejecutivo del cesionario.

No se pueden aplicar los mismos criterios en las ejecuciones ordinarias que en las hipotecarias; así, en estas la DGRN/DGSJFP exige la previa inscripción de la garantía hipotecaria a nombre del ejecutante para poder inscribir el decreto de adjudicación (32) , mientras que, respecto de las anotaciones preventivas de embargo, dicho Centro Directivo considera que, aunque no conste en el Registro la cesión del crédito del acreedor embargante a favor del tercero, no existe óbice alguno para practicar la prórroga de la anotación de embargo, ni para la inscripción del decreto de adjudicación, aun cuando esta se verifique a favor del cesionario (33) , todo ello sin perjuicio de que la sucesión procesal en la posición de anotante, apreciada judicialmente exart. 540 LEC (LA LEY 58/2000), pueda ser objeto de nota marginal en la anotación de embargo (34) . No cabe duda de que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente registral, dado el carácter constitutivo que la inscripción presenta con relación al derecho real de hipoteca (arts. 1.875 CC (LA LEY 1/1889), 130 y 145 LH).

Si el actual titular del crédito hipotecario está dotado de personalidad jurídica distinta de la entidad originaria, es razonable concluir que para iniciar el procedimiento hipotecario debe figurar como titular de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad, **de modo análogo a lo que acontece en los arts. 41 LH y 250.1.7ª LEC para la protección de los derechos reales inscritos a través de juicio verbal**.

Finalmente, lo antedicho se corrobora por la función esencialmente protectora de la posición del deudor que presenta todo procedimiento registral, en que la ejecutividad del procedimiento se compensa con la celosa protección de los derechos del ejecutado, de manera que solo podrá procederse en los términos proclamados por los asientos registrales (35) . Los arts. 681 y ss. LEC (LA LEY 58/2000) conceden al procedimiento de ejecución hipotecaria un carácter singular y privilegiado, por lo que, si el acreedor hipotecario quiere acudir a esta vía de ejecución, teniendo otras a su alcance, debe no solo ser titular del crédito, sino también titular de la hipoteca, dado que, si se pretenden los beneficios del titular inscrito, resulta indispensable la inscripción.

De todos modos, y sin perjuicio de lo antedicho, la DGRN/DGSJFP (36) considera que **en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria es posible expedir la certificación de cargas aun cuando no haya accedido al Registro la sucesión a favor del cesionario en la titularidad de la hipoteca**. No obstante, en estos casos, el Registrador deberá advertir de esta circunstancia al realizar la expedición, con la finalidad de que se practique dicha inscripción previa o simultáneamente a la del **decreto de adjudicación, el cual no podrá inscribirse si el ejecutante no figura como acreedor en el Registro** para cumplir con el tracto sucesivo registral, (37) .

Por el contrario, **en el ámbito de la ejecución extrajudicial ante notario**, teniendo en cuenta sus especiales características, **la DGRN/DGSJFP (38) ha sostenido la imposibilidad de expedir la certificación de cargas a instancia de quien no figura aún como titular registral de la hipoteca**, sin perjuicio de que este defecto sea fácilmente subsanable mediante la aportación de la titulación necesaria para que opere registralmente la sucesión.

B) Legitimación activa en caso de titulización

Cuando se tituliza un préstamo la entidad financiera o el banco titular del mismo, fracciona los créditos en participaciones homogéneas y agrupa estas en un fondo de titulación de activos, el cual se configura legalmente como un ente sin personalidad jurídica que es gestionado y administrado por una sociedad mercantil especializada en la gestión de negocios ajenos, una sociedad gestora de fondos de titularización de activos, operando con ello en el mercado de valores, donde aquellas participaciones son adquiridas por los inversores.

Hasta que el TS ha puesto fin al debate, existía **discrepancia en los tribunales** acerca de quién ostentaba legitimación activa en caso de titulización:

- Algunas resoluciones consideraban que para instar el procedimiento hipotecario ostentaba legitimación el banco emisor y que las gestoras de los fondos de titulización solo disponían de legitimación subsidiaria extraordinaria por inacción de la entidad financiera si la entidad financiera, que ostentaba la legitimación activa original y primaria, no actuaba en defensa del crédito (39) .
- No obstante, en otras resoluciones se venía entendiendo que si la cesión a un tercero del préstamo hipotecario había sido total, el cedente había perdido su condición de titular acreedor del préstamo y con ello también las acciones destinadas a su restitución, incluida la hipotecaria (40) . Se alegaba que el Banco de España, en respuesta de fecha 26 de marzo de 2015 a una consulta formulada a través de la CNMV, había establecido que: *«(...) de conformidad con la Ley 19/1992 (LA LEY 2039/1992) sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, la titulización de un préstamo supone que la entidad que concedió el mismo, deja de ser la acreedora del préstamo, aunque conserve por ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración»*.
- Asimismo, otras resoluciones otorgaban legitimación extraordinaria a la entidad emisora en el procedimiento hipotecario, aunque no en el proceso de ejecución posterior iniciado exart. 579 LEC (LA LEY 58/2000) (41) .

Finalmente, el TS ha puesto fin a esta polémica en la sentencia 708/2021, 20 Oct. Recurso 1742/2019 (LA LEY 184626/2021), entendiendo que **el banco que concedió el préstamo o crédito hipotecario que ha sido titulado mediante emisión de participaciones hipotecarias tiene plena legitimación para promover el proceso judicial destinado al cobro de las cantidades adeudadas por el deudor hipotecario cuando este ha incumplido su obligación de pago**, ya sea mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria, que será lo habitual, ya sea mediante otro procedimiento judicial que sea procedente, como es el caso del juicio declarativo ordinario.

El TS concede legitimación activa del banco emisor de participaciones hipotecarias para solicitar, en caso de impago del préstamo o crédito hipotecario titulado, el vencimiento anticipado del préstamo y la condena al deudor al abono de las cantidades adeudadas. La Sala 1ª señala que la emisión de las participaciones hipotecarias no altera la relación preexistente entre el banco emisor y el deudor hipotecario, sin perjuicio de la limitación de facultades del emisor que deriva de los derechos correlativos de los partícipes.

La entidad financiera que emite esas participaciones no desaparece del préstamo o crédito respecto del que emite las participaciones, sino que permanece como titular, lo que conlleva que sobre el crédito o préstamo hipotecario participado exista, desde el lado activo, una cotitularidad no sujeta al régimen ordinario de las obligaciones mancomunadas o parciarias, sino al régimen especial que resulta de la Ley y, en su caso, de lo pactado en la escritura de emisión.

Ello supone que la entidad emisora de las participaciones hipotecarias **sigue percibiendo los pagos del deudor hipotecario y, en lo que respecta a la legitimación activa, siga siendo considerada como «acreedora hipotecaria»**. Por ello, si el deudor hipotecario no paga a la financiera emisora, esta, como acreedora hipotecaria que sigue siendo, tiene acción contra dicho deudor hipotecario y **no solo tiene legitimación activa en un proceso de ejecución hipotecaria, sino que puede acudir también al cauce procesal del juicio declarativo ordinario** cuando

considere que este procedimiento es más adecuado a sus intereses y a los de los titulares de las participaciones hipotecarias. **No se trata de una legitimación extraordinaria**, sino de la legitimación derivada de la posición jurídica que el emisor tiene en la relación negocial *sui generis* derivada de la emisión de participaciones hipotecarias sobre un préstamo o crédito hipotecario preexistente que concertó con el deudor hipotecario, en el que sigue conservando la cualidad de acreedor hipotecario y una obligación de custodia, administración y de realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo (42) .

2. Legitimación pasiva

El art. 685.1 LEC (LA LEY 58/2000) establece que la demanda ejecutiva deberá dirigirse contra el deudor y, en su caso, contra el hipotecante no deudor o contra el tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes.

De los términos legales se infiere que la demanda ejecutiva se dirigirá, o bien únicamente contra el deudor (si es el dueño de los bienes hipotecados), o bien contra el deudor y el hipotecante no deudor (si no coincidiera la persona titular de la deuda con la garante propietaria de los bienes hipotecados), o bien contra el deudor y el tercer poseedor (en el caso de que, después de constituirse la hipoteca, un tercero hubiera adquirido el bien hipotecado sin subrogarse en la deuda, habiendo acreditado su adquisición al acreedor).

No obstante, habrá un supuesto en que habrá que dirigir la demanda contra todos ellos, cual es el caso de que el tercer poseedor tan solo hubiere adquirido el usufructo o la nuda propiedad, conservando el hipotecante no deudor el correlativo derecho sobre el bien, en cuyo caso la demanda ejecutiva habrá de dirigirse, además de contra el deudor, frente al tercer poseedor y el hipotecante no deudor.

Si no se ha demandado y requerido de pago a todos los legitimados pasivamente, el Registrador no va a inscribir el decreto de adjudicación en el Registro (art. 132 de la LH), al estar viciado el procedimiento de nulidad (43) .

A) Casos en que se ha transmitido el bien hipotecado

a) Cuándo se ha de entender que el adquirente del bien se ha subrogado en la deuda y debe ser demandado como deudor

Cuando se haya enajenado el bien hipotecado, **el adquirente únicamente pasará a ostentar la posición de deudor cuando se haya pactado su subrogación en la obligación principal y la haya consentido el acreedor (arts. 1.205 CC (LA LEY 1/1889) y 118.1 LH)** (44) . Dicha subrogación conlleva que el mismo no solo responda con el inmueble hipotecado, sino con todos sus bienes presentes y futuros, mientras que el primitivo deudor quedará desvinculado de la obligación, por lo que la ejecución solo se deberá dirigir contra el nuevo propietario (45) .

En este sentido, el art. 118 LH establece: «*En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no solo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito*».

Aun cuando el citado precepto permite el consentimiento tácito del acreedor, **el TS (46) ha declarado que para que la asunción de deuda (art. 1.205 CC (LA LEY 1/1889)) sea válida, es necesario que el consentimiento del acreedor conste siempre de modo claro, preciso, inequívoco y contundente**, habida cuenta de que supone la sustitución del primitivo deudor por otro nuevo y ajeno a la convención originaria. Se considera que del hecho de dirigir el procedimiento de ejecución hipotecaria contra el adquirente de la finca, no cabe inferir la aprobación por parte del acreedor de la novación subjetiva. **Los actos de los que se deduce la prestación del consentimiento en forma tácita deben ser concluyentes e inequívocos**, ya que, de lo contrario, se disminuirían las garantías en perjuicio del acreedor que no quiso o no consintió el cambio de deudor.

La asunción de deuda por un sujeto ajeno a la relación obligatoria originaria, cuando no es consentida por el acreedor, constituye una asunción cumulativa de deuda, que no libera al deudor originario sino que supone la incorporación de un nuevo obligado que refuerza la garantía de pago, y constituye, frente al acreedor, un vínculo de solidaridad entre los deudores, el originario y el sustituto, de ahí que se le haya denominado asunción cumulativa, acumulativa o de refuerzo (47) . La novación nunca se presume, ni tampoco puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, sino que la voluntad de novar debe constar siempre de modo inequívoco, bien por manifestarse con claridad de forma expresa bien por inducirse de actos de significación concluyente, sin que de ningún modo sea suficiente el simple conocimiento de la sustitución (48) .

El **hecho de que los compradores retuvieran parte del precio pactado para el pago del importe que resultaba garantizado con la hipoteca constituida sobre el bien adquirido tampoco supone que los mismos asumieran la obligación de satisfacer la totalidad de la deuda y sus intereses** en la misma forma que los deudores principales (49) .

Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere esta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado este en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado (art. 118.2 LH).

b) Adquirente del bien que no se ha subrogado en la deuda: cuándo hay que demandarle y cuándo no es necesario

El mal llamado tercer poseedor de los bienes hipotecados, no debe equivocarse con un tercer ocupante, dado que es un adquirente del pleno dominio u otro derecho real, como el usufructo o nuda propiedad, del bien hipotecado que no se ha subrogado en la deuda. El heredero del deudor hipotecario que pasa a ser propietario de la finca hipotecada no es tercer poseedor, pues le sucede en la deuda.

Si el adquirente del bien hipotecado no se subroga en la deuda se convierte en un tercer poseedor que deberá soportar, llegado el caso, la ejecución de la hipoteca, aunque nunca podrá dirigirse contra él la acción personal.

El crédito hipotecario es fuente de una responsabilidad personal e ilimitada para el deudor, que responde con todos sus bienes presentes y futuros (arts. 105 LH y 1.911 CC), pero al mismo tiempo genera una responsabilidad real o hipotecaria que se hace efectiva sobre el bien hipotecado. Si se transmite el bien después de la constitución de la hipoteca, ambas responsabilidades se disocian, de modo que la real afecta al adquirente (tercer poseedor), dado el carácter oponible *erga omnes* del derecho real, cualquiera que sea su titular, sin que tal afectación pueda ir más allá de la cantidad garantizada por la hipoteca (50) .

En consecuencia, **el tercer poseedor solo responde de la carga real en que consiste la hipoteca, y no de otras cargas personales del deudor no garantizadas**, ya que, según el indicado art. 114 LH, sus obligaciones se limitan, además de a responder por el principal adeudado, al pago de los intereses de los dos últimos años y de la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto, en cuyo caso no se pueden asegurar por la hipoteca pagos de intereses por plazo superior a cinco años; mandato que es reiterado en el art. 146 LH (51) .

El art. 685.1 de la LEC (LA LEY 58/2000) tan solo exige demandar en el procedimiento hipotecario al tercer poseedor si **este hubiere acreditado al acreedor la adquisición del bien hipotecado**; no obstante, este precepto ha sido objeto de una interpretación extensiva por parte del Tribunal Constitucional (52) y de la DGSJFP/DGRN (53) que entienden que **también debe ser demandado cuando su derecho conste inscrito en el Registro en el momento de presentar la demanda**, dado que la inscripción atribuye una eficacia *erga omnes* a lo inscrito (arts. 13, 32 y 34 de la LH).

De todos modos, esta interpretación ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina (54) y no todos los tribunales la secundan; así, la SAP Madrid, Sec. 20.ª, 199/2018, de 4 de junio, Recurso 129/2018 (LA LEY 104669/2018), considera que si el tercer poseedor no ha acreditado su adquisición ante el acreedor, este no tiene que demandarle aun cuando el derecho de aquel conste en el momento de interponer la demanda inscrito en el Registro, dado que sus derechos se salvaguardan al notificarle la existencia de la ejecución cuando es conocida su existencia por la certificación de cargas, toda vez que el acreedor hipotecario no tiene ninguna obligación de consultar el Registro porque la inscripción de la hipoteca le exonera de cualquier otra obligación posterior. Esta doctrina viene a reproducir lo declarado por el TS en su sentencia de 3 de junio de 2004 (N.º de Recurso: 2175/1998 (LA LEY 13365/2004), N.º de Resolución: 462/2004), en la que afirma que la acreditación por parte del tercer poseedor de su adquisición implica una conducta positiva (55) , no siendo suficiente para entender cumplida aquella condición con su inscripción en el Registro de la Propiedad. Asimismo, en la STS de 28 de septiembre de 2009 (N.º de Recurso: 1388/2005 (LA LEY 184096/2009), N.º de Resolución: 627/2009) afirma que: «no es ésta la interpretación correcta de las normas en cuestión, ya que de las mismas se desprende que el acreedor hipotecario no está obligado inicialmente a examinar el contenido del Registro para requerir de pago a cualquier adquirente posterior de la finca hipotecada, sino que únicamente ha de hacerlo a aquél que le "acreditó" la adquisición, exigiéndole la ley simplemente la aportación de su título de ejecución debidamente inscrito (...)».

Sin embargo, la DGRN/DGSJFP (56) considera que esta jurisprudencia no puede mantenerse tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2013, de 8 de abril (LA LEY 35001/2013) (Rec. 6996/2011), en la que el Alto Tribunal declara que: «*la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos erga omnes, por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que este conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral*».

Se considera necesario demandar al tercer poseedor cuando en el momento de interponer la demanda exista un mero asiento de presentación a su favor

Se considera necesario demandar al tercer poseedor cuando en el momento de interponer la demanda exista un mero asiento de presentación a su favor. En este sentido, la Resolución de la DGRN de 7 de marzo de 2014 contempla un supuesto en que en la certificación solicitada antes de iniciarse el procedimiento para acompañar a la demanda se reseñó que existía presentado, pendiente de despacho, el título de compraventa de la finca hipotecada a favor de unos terceros. En esta Resolución se declara que, en tanto el art. 24 LH considera como fecha de la inscripción a todos los efectos la fecha del asiento de presentación, y dado que se retrotrae la

eficacia de la inscripción posterior a la fecha de dicho asiento, deben ser demandados y requeridos de pago los terceros adquirentes, en su condición de terceros poseedores, cuando presentaron su título antes de interponer la demanda de ejecución, aun cuando obtuvieron su inscripción después.

De todos modos, si **el tercer poseedor inscribiera su derecho en el Registro después de presentada la demanda ejecutiva pero antes de expedir la certificación de cargas, el Juzgado le ha de notificar la existencia del procedimiento, en el domicilio que conste en el Registro**, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca (arts. 689 LEC (LA LEY 58/2000) y 132.2.º LH).

Ahora bien, **en el caso de que el tercer poseedor haya inscrito su derecho en el Registro con posterioridad a la certificación de cargas, no será necesario tan siquiera notificarle la existencia del procedimiento**, puesto que ya habrá conocido el mismo por la nota marginal que extiende el Registrador cuando expide la citada certificación (art. 132.2.º LH).

En el caso de que, siendo preceptivo demandar al tercer poseedor o notificarle la existencia del proceso, se haya obviado este requisito ello determinará la nulidad del procedimiento (57) . El TC, en la Sentencia 79/2013, de 8 de abril (LA LEY 35001/2013), estima el amparo en un supuesto en que, constando en la certificación de cargas que el titular del inmueble era distinto al deudor hipotecario, ni se le requirió de pago ni se le notificó la existencia del procedimiento, considerando que su falta de llamada al proceso de ejecución hipotecaria vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24 CE (LA LEY 2500/1978) (58) .

En este mismo sentido, la DGRN/DGSJFP (59) rechaza la inscripción de resoluciones judiciales si no consta que los titulares de derechos inscritos que se pudieran ver afectados han tenido la intervención establecida por las Leyes para su defensa, evitando así que sufran las consecuencias de su indefensión procesal (art. 132 de la LH).

La DGSJFP (60) declara que tan solo suavizaría su doctrina cuando hubiera una manifestación específica de la autoridad judicial en el sentido de que no ha existido indefensión y, por tanto, no cabe la nulidad de las actuaciones.

La comunicación efectuada por el Registrador al amparo del art. 659 LEC (LA LEY 58/2000) no puede suplir la demanda frente al tercer poseedor ni el requerimiento de pago al mismo, y tiene solo el efecto de permitir a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca pagar y subrogarse en el lugar del acreedor, sin que a estos efectos pueda resultar de aplicación el art. 660.2 LEC (LA LEY 58/2000), según el cual «*La ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que estas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución*» (61) .

B) Problemática acerca de si hay que demandar al deudor que no es propietario del bien hipotecado

En el procedimiento hipotecario se ejercita una acción real, es decir, solo se procede contra el bien dado en garantía, por lo que surge el problema de si habrá que demandar al deudor cuando este no es propietario del bien hipotecado, dado que el apremio no le afecta ni en este proceso se puede proceder contra ningún otro bien de su patrimonio.

A nuestro juicio, lo oportuno es demandarle, pues así se infiere del art. 685.1 LEC (LA LEY 58/2000) que exige dirigir la demanda ejecutiva contra el deudor sin diferenciar si es o no titular del bien hipotecado; asimismo, el art. 686.1 del mismo texto legal dispone la necesidad de requerirle de pago judicialmente, salvo que con la demanda se presente acta notarial que acredite que se le ha requerido de pago con al menos diez días de antelación. Por lo demás, **el art. 132.1.º LH establece que, a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar a los procedimientos de ejecución directa sobre bienes hipotecados, la calificación del Registrador se extenderá a que se ha demandado y requerido de pago, en el domicilio designado, al deudor.** El contenido de estas normas es claro, siendo especialmente significativo el uso de la palabra «deberá» que utiliza el art. 685 de la LEC (LA LEY 58/2000), dado que no se trata de una opción sino de una obligación.

Tales preceptos, interpretados literalmente (art. 3.1 CC (LA LEY 1/1889)), llevan a concluir que si no se demanda al deudor, se incurre en una infracción de un trámite esencial del procedimiento que puede dar lugar a su nulidad, habida cuenta de que la deuda nunca puede desligarse de la hipoteca, pues esta constituye un derecho real de garantía que no puede operar en abstracto, desvinculada de la obligación que garantiza. A lo que se une que **es el deudor el que se encuentra en las mejores condiciones para oponerse a la ejecución por conocer si el saldo que se ejecuta como principal es debido o si lo es la cantidad reclamada por intereses, pudiendo también pagar la deuda, como obligado, extinguiendo la obligación.** La finalidad de demandar al deudor no hipotecante es garantizar sus derechos, como principal responsable frente al acreedor, especialmente en caso de que la ejecución del bien hipotecado fuera insuficiente para satisfacer el crédito del ejecutante en aras de poder seguir contra él una ejecución ordinaria (62) .

De todos modos, tampoco se puede obviar que el Tribunal Supremo, aunque refiriéndose a una ejecución sujeta al art. 131 de la LH, declaró en la Sentencia, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015 (rec. 2820/2001 (LA LEY 8193/2015), N.º de Resolución: 770/2014) que lo importante es que el deudor no hipotecante fuera requerido de pago aunque no hubiera sido demandado. En concreto en dicha resolución se pronunció en los siguientes términos: *«Aunque doctrinalmente al interpretarse los preceptos que regulaban este procedimiento se tendía a comprender bajo el concepto de deudor no solo al obligado al pago personal sino también al tercer adquirente y al hipotecante, agrupando a todos como parte pasiva del mismo, sin embargo, por la naturaleza de la acción ejercitada, solo lo será el hipotecante de los bienes. Ello no empece para que el obligado principal al pago de la deuda sea requerido de pago necesariamente en este procedimiento, a fin de que evite con el cumplimiento de aquel la realización de los bienes afectos. Pero la demanda que persigue la realización de estos no tiene por qué dirigirse contra el mismo y sí solo contra el propietario registral, por ser el sujeto pasivo de la obligación garantizada por este especial derecho real».*

En similares términos, se pronuncia alguna resolución de la jurisprudencia menor, esgrimiendo similares argumentos (63) . Aunque otras, con mejor criterio a nuestro modo de ver, consideran que cuando el deudor no coincide con el hipotecante, porque el primero no es el propietario de la finca hipotecada, la ley exige que se demande a ambos (arts. 685 LEC (LA LEY 58/2000) y 132.1º LH), y sin la presencia de los dos en el proceso no puede seguirse el procedimiento de ejecución hipotecaria (64) .

Respecto de la DGRN/DGSJFP, entiende que la falta de demanda contra el deudor y el requerimiento de pago al mismo supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento y podría entenderse que da lugar a la nulidad del procedimiento, teniendo en cuenta la rigidez de los trámites del mismo y la necesidad de cumplir los requisitos de requerimiento y notificaciones previstas en la ley; no obstante, si **bien el Registrador debe velar por la intervención del deudor en el procedimiento hipotecario, si se hubiera dictado una resolución judicial firme declarando la improcedencia de dirigir contra él la demanda ejecutiva, no le compete cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al art. 100 del RH** (65) **aunque en todo caso será necesario haberle requerido de pago,** pues existe una razón fundamental para que, aun no siendo demandado, sea necesaria la intervención del deudor y es que dentro del mismo procedimiento de ejecución se prevé que si la enajenación de la finca fuera insuficiente para el pago de la obligación, se permite al acreedor que continúe el procedimiento con el embargo de otros bienes del deudor para la satisfacción de la parte que ha quedado sin pagar (66) .

C) Deudor declarado en concurso si el bien pertenece a un hipotecante no deudor ¿hay que demandarlo en el procedimiento hipotecario?

Procede preguntarse si habrá que demandar en el procedimiento hipotecario al deudor cuando no solo no sea el

dueño del bien hipotecado sino que, además, esté declarado en concurso.

A nuestro juicio, resulta lo más oportuno y a favor se posiciona parte de la jurisprudencia menor (67) , entendiendo que el hecho de que el deudor esté en concurso no presenta relevancia alguna, ya que la ejecución se dirige contra un bien que no es de su propiedad, pues aunque ciertamente no podrá pagar al margen del concurso, sí podría ejercitar su derecho de defensa. **Bien es cierto que el deudor no podría hacer frente a la deuda, pero el art. 685.1 de la LEC (LA LEY 58/2000) no distingue entre deudor solvente o deudor insolvente y exige imperativamente que sea demandado siempre en la ejecución hipotecaria.**

En igual sentido, parte de la doctrina (68) **entiende que** la demanda de ejecución hipotecaria deberá dirigirse frente al deudor concursado y el hipotecante no deudor, aunque no exista posibilidad de dirigir contra el primero ninguna actuación ejecutiva frente a su patrimonio, cuya competencia es exclusiva y excluyente del Juzgado de lo Mercantil que tramita el concurso; además, una vez subastado el bien del hipotecante no deudor, el acreedor no podrá continuar la ejecución por el resto del crédito no cobrado (art. 579 LEC (LA LEY 58/2000)) contra el deudor concursado.

No obstante, esta opinión no resulta pacífica y otras resoluciones entienden que el hecho de que el deudor esté declarado en concurso, convierte su presencia en el proceso hipotecario prácticamente en una formalidad vacía puesto que la reclamación del banco acreedor contra él se está ya ejecutando en el seno del proceso universal, por lo que un eventual requerimiento de pago en el proceso hipotecario, no solo sería irrelevante sino también incoherente e inatendible, y lo mismo cabe decir de una eventual continuidad del proceso por la diferencia no satisfecha con la garantía la ejecución hipotecaria (69) .

Asimismo, la DGRN/DGSJFP (70) considera que, **si el deudor no demandado se encuentra declarado en concurso, hay argumentos para considerar que el no haber dirigido la demanda contra el mismo en el procedimiento hipotecario es un defecto subsanable y no impide la inscripción de la del decreto de adjudicación cuando este pertenece a un hipotecante no deudor que ha consentido el decreto de adjudicación y su firmeza.** La falta de requerimiento de pago al deudor podría dar lugar a que no fuera factible para el acreedor continuar el procedimiento contra el mismo respecto a otros bienes si no se hubiera satisfecho totalmente la deuda, pues faltaría el presupuesto para ello, que es la reclamación contra el mismo dentro del procedimiento de ejecución. Pero esto sería ajeno a la inscripción de la adjudicación de un bien propio del hipotecante no deudor que ha consentido el decreto de adjudicación y la firmeza del mismo y cuyo bien es ajeno al deudor y al ejercicio de la acción real hipotecaria.

D) Inmueble adquirido por uno de los cónyuges en estado de soltero que posteriormente es destinado a vivienda familiar ¿es necesario demandar al otro cónyuge en el procedimiento hipotecario?

La demanda del procedimiento hipotecario **se ha de dirigir solo contra aquel que contrajo la deuda con garantía hipotecaria si el bien figura únicamente inscrito a su nombre, con independencia de que después de contraer la deuda se convirtiese en la vivienda familiar y de que se pagara en parte lo debido con dinero ganancial,** estableciéndose un *pro indiviso* en proporción a la naturaleza de los fondos aportados para su adquisición entre la sociedad de gananciales y el cónyuge deudor (art. 1354 del CC (LA LEY 1/1889)), situación que no altera la inscripción a favor del adquirente, dado que el art. 91.2 del RH establece que: *«El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado».*

En este sentido, el Auto de la AP de Vizcaya, Sec. 4.ª, 422/2008, de 19 de junio, Recurso 220/2007 (LA LEY 206714/2008) (SP/AUTRJ/438818) considera que **no existe ninguna obligación de requerir de pago al cónyuge no deudor en concepto de hipotecante cuando la deuda con garantía hipotecaria sobre la vivienda familiar la contrajo únicamente el otro en estado de soltero, ya que en el proceso de ejecución hipotecaria resulta irrelevante si se está ante una deuda ganancial o ante una deuda privativa de uno de los cónyuges, de la que subsidiariamente responden los bienes gananciales,** pues la acción real se dirige sobre los bienes hipotecados, por lo que no resulta aplicable el art. 541 de la LEC (LA LEY 58/2000), el cual se refiere al embargo de bienes gananciales.

E) ¿Es necesario dirigir la demanda contra el excónyuge no propietario de la vivienda que tiene atribuido un derecho de uso inscrito en el Registro con posterioridad a la hipoteca?

La DGRN en la Resolución de 5 de septiembre de 2016 otorgó la condición de tercer poseedor a un titular de un derecho de uso, cuyo derecho constaba en el Registro con posterioridad a la hipoteca, considerando que si no se le había demandado, o en su caso notificado la existencia del procedimiento hipotecario, no se podía inscribir el testimonio del decreto de adjudicación (71) .

No obstante, **esta Resolución ha sido revocada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, en Sentencia 10/2019 de 11 de enero de 2019 (LA LEY 113675/2019), Rec. 405/2018, que no otorga la condición de tercer poseedor a la titular del derecho de uso**, considerando que *no existe parangón entre el derecho de uso y el usufructo, el primero no es un derecho real, mientras que el segundo sí lo es, las facultades del usufructuario nada tienen que ver con las del beneficiario del derecho de uso: aquel puede usar y disfrutar la cosa ampliamente, salvo la obligación de conservar su forma y sustancia, mientras que este es un simple ocupante de la vivienda que no puede arrendar o transmitir a terceros la posesión de la misma. Además, mientras el usufructo es un derecho consolidado, sujeto en su vigencia y duración al título de su constitución, el derecho de uso es contingente variable y dependiente del mantenimiento de las circunstancias contempladas en la resolución judicial para su atribución, que puede ser fácilmente revocado cuando se produzca alteración o el interés del beneficiario no sea el más necesitado de protección. Según esta sentencia la intervención del titular del derecho de uso en el proceso de ejecución hipotecaria* —justificada y amparada en su condición de ocupante de la finca hipotecada— **queda reducida, única y exclusivamente, a hacer valer su derecho a permanecer en la ocupación del inmueble, conforme se desprende de lo establecido por los arts. 661 (LA LEY 58/2000), 675 (LA LEY 58/2000) y 704LEC.**

Esta resolución ha sido confirmada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en la Sentencia 526/2023, de 18 de abril, Recurso 1729/2019 (LA LEY 63960/2023), la cual ha declarado que no cabe equiparar los supuestos contemplados en el art. 662.2 de la LEC (LA LEY 58/2000), que se refieren al usufructo, nuda propiedad o dominio útil o directo, a la restricción del derecho a la libre disposición que contempla el art. 96 del CC (LA LEY 1/1889), sin que sea argumento bastante para ello que, a tales efectos, se inscriba en el Registro de la propiedad. También los arrendamientos tienen acceso al Registro (art. 2, apartado quinto de la LH) y no por ello los arrendatarios, en su condición de poseedores con título inscrito, son parte necesaria contra los que deba dirigirse la demanda ejecutiva y llevarse a efecto el requerimiento de pago, sin perjuicio de los derechos que les correspondan (art. 25 LAU). Los arts. 685 (LA LEY 58/2000) y 686 de la LEC (LA LEY 58/2000) no establecen que la demanda ejecutiva o el requerimiento de pago se deba dirigir contra el excónyuge a quien se atribuye el uso en aplicación del art. 96 del CC. (LA LEY 1/1889) Tampoco sufre el titular del uso ninguna situación de indefensión, pudiendo continuar en la posesión de la cosa (arts. 661 (LA LEY 58/2000) y 675 de la LEC (LA LEY 58/2000)), con reserva de las otras acciones que pudieran corresponderle. El derecho de uso atribuido al cónyuge no propietario de la vivienda familiar, no es un derecho real atípico y quien lo ostente no debe ser parte necesaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

F) Problemas de legitimación pasiva cuando el deudor ha fallecido y los herederos son desconocidos

En el Derecho sucesorio español no opera la aceptación automática de la herencia, sino que resulta necesario que los llamados a la sucesión muestren su voluntad de aceptar o no la misma, por lo que es frecuente que se produzcan situaciones en que el patrimonio del causante carezca transitoriamente de titular, ora porque los llamados a la sucesión no se han pronunciado sobre la aceptación de la herencia, ora porque ni siquiera son conocidos.

Se viene aceptando dirigir la ejecución hipotecaria frente a la herencia yacente de un deudor hipotecario en el caso de que este hubiera fallecido (72) .

La herencia yacente carece de personalidad jurídica, aunque por medio de albaceas o administradores testamentarios o judiciales puede ser demandada y, en su caso, requerida de pago. Asimismo, el emplazamiento de la herencia yacente puede efectuarse a través del llamamiento de los herederos desconocidos, ignorados, inciertos de una persona determinada, **en cuyo caso será necesario haber demandado a algún posible llamado a la herencia, sin que baste el llamamiento genérico por edictos a herederos ignorados.**

El ordinal cuarto del art. 6.1 LEC (LA LEY 58/2000) reconoce capacidad para ser parte a «*las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular*», entre los que se encuentra la herencia yacente. Por su parte, el art. 7.5 establece que las masas patrimoniales o patrimonios separados a los que se reconoce capacidad para ser parte comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la Ley, los administren.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de la DGRN/DGSJFP (73) **impone que toda**

actuación que pretenda tener reflejo registral debe articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los arts. 795 y siguientes de la LEC (LA LEY 58/2000), bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente.

La suspensión de la inscripción del decreto de adjudicación por falta de tracto sucesivo, cuando no se haya verificado el nombramiento de administrador, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, siempre que de los documentos presentados resulte que el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. **El requerimiento de pago en el procedimiento hipotecario en la persona de un albacea o administrador es exigible cuando no se haya podido practicar con un posible heredero que pueda actuar en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos (74) .**

Se admite incluso el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, cuando no se haya acreditado su condición de heredero ni su aceptación de la herencia (75) .

Solo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derecho a la sucesión por ministerio de la ley y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral sería pertinente la designación de un administrador judicial.

La DGRN/DGSJFP (76) considera que, si la renuncia de los herederos ha tenido lugar con anterioridad a su intervención en el procedimiento ya no representan los intereses de la herencia a la que previamente habían renunciado, por lo que habrá que nombrar un administrador judicial que pueda velar por tales intereses; sin embargo, **si han renunciado a la herencia después de iniciarse el procedimiento y consta que han tenido intervención, resulta posible la inscripción del decreto de adjudicación en el Registro.**

El ejecutante debe proporcionar cuantos datos tenga para facilitar la localización y aviso de los familiares en cuyo entorno normalmente se encontrarán los herederos, hayan aceptado o no, teniendo también un deber el órgano jurisdiccional de agotar las posibilidades de localizar al entorno familiar. Si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la Ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral, resultará necesario la designación de un administrador judicial. Asimismo, **en el caso de ser varios los deudores, si ha fallecido uno antes del procedimiento, no resulta suficiente con demandar a los otros, también deudores y posibles herederos de aquel, si no consta que estos intervienen en el procedimiento también como interesados en su herencia (77) .**

El TS, en la sentencia de 3 de marzo de 2011 (N.º de Recurso: 1865/2007 (LA LEY 4435/2011), N.º de Resolución: 141/2011), estima un recurso extraordinario por infracción procesal en un caso en que se efectuó el emplazamiento por edictos de los desconocidos herederos demandados sin intentar averiguación previa sobre su identidad y domicilio, aunque con la demanda se aportaron datos que podían abrir una vía de localización, como el último domicilio de los fallecidos y sus datos personales, obrantes en las certificaciones de defunción, que ofrecían la posibilidad de identificar a los posibles herederos y su paradero, ya que aunque la herencia yacente sea una masa patrimonial, se ha de intentar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio.

De todos modos, el TS en la Sentencia de la Sala 1ª de lo Civil 590/2021 de 9 de septiembre de 2021 (rec. 2833/2018 (LA LEY 150119/2021)) excluye la necesidad de nombramiento de administrador. pese a que no se localice a ningún representante de la herencia yacente, siempre que se agoten las averiguaciones para su localización y conste que se ha dado traslado a la Administración Pública competente al producirse el llamamiento legal en último lugar a su favor. La DGSJFP (78) también secunda esta doctrina entendiendo que cuando no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada), además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada, la pendencia del proceso, conforme al art.150.2 de la LEC. (LA LEY 58/2000)

G) ¿Hay que demandar al fiador en el procedimiento hipotecario?

La acción hipotecaria no se puede dirigir frente al fiador personal porque supondría desnaturalizar la acción que se ejercita, que es de carácter real, limitada exclusivamente a la persecución de los bienes afectos, y no una acción

personal de reclamación de cantidad por lo que la jurisprudencia menor, con carácter mayoritario se pronuncia en contra de la procedencia de demandarle (79) .

Tampoco cabe iniciar una ejecución ordinaria frente al fiador y solicitar la acumulación de acciones, pues conforme al art. 555.4 LEC (LA LEY 58/2000), solo cabe acumular la ejecución hipotecaria a otros procesos de ejecución cuando estos últimos se sigan para hacer efectivas otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes, por lo que lógico resulta que, si no se pueden acumular procesos, tampoco se puedan ejercitar las respectivas acciones (real y personal) en una sola demanda ejecutiva, ya que contravendría el espíritu de dicho precepto, pues resultaría contrario a lo previsto en el art. 73.1.2 LEC (LA LEY 58/2000), que prohíbe acumular acciones que, por razón de la materia, deban ventilarse en juicios de distinto tipo (80) .

El párrafo quinto en el art. 685 LEC (LA LEY 58/2000) por la Ley 19/2015, de 13 de julio (LA LEY 11653/2015), avala esta tesis dado que en el mismo se establece que, a los efectos previstos en el apdo. 1 del art. 579, será necesario, para que pueda iniciarse una ejecución ordinaria posterior a la hipotecaria, por la cantidad que falte y contra quienes proceda (entre ellos, los fiadores), que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicial; por lo que, **a sensu contrario, se ha de entender que, si se exige tan solo notificarles la demanda ejecutiva para dirigir un posterior procedimiento contra ellos, es porque no es preciso demandarlos** (81) .

No obstante, dado que la ejecución le afecta con carácter prejudicial, indirecto o reflejo, **se debe admitir su intervención voluntaria en la ejecución como *interveniente adhesivo simple* (art. 13 de la LEC (LA LEY 58/2000))**.

Admitida su intervención, será considerado parte en el proceso a todos los efectos, lo que **le puede resultar muy conveniente para oponerse a la ejecución, incluso por motivos que no puede alegar el deudor, como cláusulas abusivas, en caso de que el fiador ostente la condición de consumidor y el deudor no lo sea** (82) . De todos modos, **la normativa de consumo solo se aplicará en lo que afecte al fiador consumidor** (83) .

En este sentido, en la Sentencia de la AP Pontevedra, Sección 1.ª, 3/2018, de 8 de enero (rec. 753/2017 (LA LEY 1815/2018)), se declara la abusividad por falta de transparencia de una cláusula suelo inserta en un contrato mercantil respecto a los fiadores-consumidores, entendiendo que la misma debe ser expulsada del contrato únicamente respecto de aquellos. En similares términos, en la SAP de Pontevedra, Sección: 1, de 6 de abril de 2016 (N.º de Recurso: 128/2016, N.º de Resolución: 83/2016) se declara abusiva la cláusula de intereses de demora con efectos limitados al fiador (consumidor).

Asimismo, la AP de Huelva, Sección 2ª, Auto núm. 38/2018 de 31 enero declara nula por abusiva la cláusula de intereses de demora del 25 % anual del préstamo únicamente respecto de los fiadores.

La Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, en la Sentencia 284/2019 de 27 Mar. 2019, Rec. 601/2018 (LA LEY 61189/2019) ni siquiera considera que los fiadores ostenten legitimación para solicitar la nulidad de la cláusula suelo al entender que ningún perjuicio les ha causado dado que los prestatarios no habían dejado ninguna cuota impagada, pues se entiende ilógico que se devuelva a los fiadores unas cantidades que no han desembolsado. En parecidos términos, la **SAP Barcelona, Sec. 15.ª, 577/2018, de 18 de septiembre (recurso 639/2017 (LA LEY 122622/2018))** declara que la fiadora carece de legitimación activa para solicitar la nulidad de las cláusulas suelo, vencimiento anticipado, intereses moratorios y redondeo del tipo de interés por no ostentar la condición de prestataria, ya que el préstamo fue suscrito por una sociedad; no obstante, se le reconoce legitimación para solicitar su inaplicación, en lo que le pudieran afectar como fiadora

No obstante, la SAP Asturias 17 de marzo de 2017 (N.º de Recurso: 81/2017 (LA LEY 34630/2017), N.º de Resolución: 106/2017) considera que el fiador solidario se encuentra plenamente legitimado para solicitar la declaración de nulidad de la cláusula suelo y en similares términos se pronuncia la SAP de Pontevedra, Vigo, Sec. 6.ª, 31/2018, de 26 de enero, Recurso 457/2017 (LA LEY 8036/2018).

Asimismo, la SAP Barcelona, Sec. 15.ª, 925/2019, de 17 de mayo, Recurso 763/2018 (LA LEY 59224/2019), considera que el fiador solidario con renuncia al beneficio de excusión, orden y división ostenta legitimación activa para impugnar determinadas cláusulas del contrato principal que le pueden ser aplicables como la cláusula suelo, el interés de demora, vencimiento anticipado y las comisiones por impago; sin embargo, **no le reconoce interés, ni por tanto legitimación, para impugnar otras cláusulas que no le afectarán como el pago de los gastos y costas**

judiciales que se imponen a la parte deudora ni la de renuncia a la cesión del préstamo sin notificación al deudor.

Además, no puede entenderse que el fiador ostente legitimación para iniciar un juicio declarativo instando la nulidad del contrato principal que él afianza, basándose en la existencia de vicios del consentimiento personales del deudor, pues no se trata de una nulidad absoluta sino relativa o de anulabilidad. Por ello, no se otorga legitimación *ad causam* al fiador en caso de anulabilidad de la cláusula multidivisas por vicios del consentimiento [Audiencia Provincial de Madrid, Sección: 8 de 23 de enero de 2019 (N.º de Recurso: 529/2018 (LA LEY 33145/2019), N.º de Resolución: 19/2019)].

IV. Problemas que suscita el valor de subasta fijado en la escritura de hipoteca

1. Casos en que en la escritura de hipoteca figura un valor a efectos de subasta que no cumple las exigencias legales actualmente vigentes por haberse constituido con anterioridad a que las mismas fueran exigibles

Constituye un requisito *sine qua non* para poder iniciar el procedimiento hipotecario la fijación de un valor del bien a efectos de subasta que cumpla las prescripciones legales (art. 682.2.1º LEC (LA LEY 58/2000)).

Bien es cierto que el Registrador al inscribir la hipoteca habrá controlado dicho extremo, de manera que si no lo cumpliere, aunquela hipoteca puede quedar válidamente constituida, se habrá hecho constar en el Registro que el acreedor no puede acudir a una ejecución hipotecaria, sin perjuicio de iniciar un procedimiento de ejecución ordinaria o un juicio declarativo en caso de impago (84) .

Conforme a la redacción del **art. 682.2.1.º LEC (LA LEY 58/2000)** el precio del bien, para que sirva de tipo en la subasta, se debe fijar en la escritura de constitución de la hipoteca (85) , habiéndose añadido en la reforma del precepto por la Ley 1/2013, de 14 de mayo (LA LEY 7255/2013), que **dicho precio no puede ser inferior al 75 % del valor señalado en la tasación** que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo (LA LEY 607/1981), de Regulación del Mercado Hipotecario [*ley actualmente derogada por la disposición derogatoria única a) del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre de 2021 (LA LEY 23840/2021), con efectos de 8 de julio de 2022, según establece su disposición final 10, en la redacción dada por la disposición final 6.4 del Real Decreto-ley 29/2021, de 21 de diciembre (LA LEY 27719/2021)*].

En la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (LA LEY 7255/2013) se declaraba que «*Anteriormente no existía ningún límite para el tipo de subasta*». No obstante, dicha afirmación no era en puridad cierta, ya que existía el art. 8.2 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril (LA LEY 7646/2009) (aplicable a las hipotecas que pueden servir de base y cobertura para la emisión de títulos hipotecarios), conforme al cual: «*el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración*».

El problema es que **las exigencias respecto del valor a efectos de subasta del bien hipotecado no siempre han sido las mismas y procede preguntarse qué ocurre en relación a aquellas escrituras de hipoteca que se pretenden ejecutar actualmente que no cumplen lo que prescribe la ley aunque sí que lo cumplieran cuando se constituyeron.**

El TS ha declarado que **no existe una situación de ilegalidad sobrevenida** [STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección 1.ª, 728/2018, de 20 de diciembre (rec. 1451/2016 (LA LEY 186691/2018))], lo que sería, además, perturbador, pues implicaría que todas las hipotecas anteriores al 15 de mayo de 2013 (fecha en que entró en vigor la reforma del art. 682.2.1º de la LEC (LA LEY 58/2000)) tendrían que modificarse para incorporar la certificación de la tasación conforme a la regulación del mercado hipotecario.

Asimismo, la DGRN/DGSJFP (86) ha considerado que los porcentajes establecidos a partir de la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013), respecto al valor de tasación, no son aplicables a las hipotecas que se encuentren constituidas con anterioridad, pues ninguna disposición transitoria lo establece.

En aplicación de dicha doctrina, nuestros tribunales (87) admiten la demanda ejecutiva en el procedimiento hipotecario cuando las escrituras de hipoteca no cumplen lo dispuesto en el art. 682.2.1º LEC (LA LEY 58/2000) por ser anteriores a la modificación de dicho precepto:

Algunas resoluciones consideran que queda expedita la posibilidad de que la parte ejecutada **alegue dicha cuestión**

en el momento de la fijación del precio a efectos de subasta, o incluso en una eventual oposición de considerar la existencia de abusividad (88) .

Otras que **llegado el momento de la subasta el tipo no podrá ser inferior al legalmente establecido en la nueva normativa** (89)

También se defiende que lo más práctico y ajustado a la Ley **es subsanar el defecto procesal sobrevenido en la fase de admisión**, sin esperar a completar el título más tarde, en el momento de señalamiento de la subasta (90) .

Todo ello a no ser que en el momento de constituirse la hipoteca el valor de subasta fuera muy desproporcionado con el valor de tasación, en cuyo caso esa cláusula, si ha sido concertada con un consumidor, se puede declarar abusiva. En este sentido, se pronuncia el Auto de la AP Palma de Mallorca, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 2014 (N.º de Recurso: 90/2014 N.º de Resolución: 59/2014) en un caso en que el tipo de subasta fijado en la escritura equivalía al 39,07 % del valor real del inmueble, lo que comportaba un claro beneficio a favor del prestamista y correlativo perjuicio de los deudores, dado que si la subasta quedaba desierta el banco se lo podía adjudicar por un 70 % del valor de tasación, por lo que tal precio supondría un 27,35 % de dicho valor.

La tasación del inmueble, a efectos de subasta, es un elemento clave del procedimiento judicial hipotecario considerado en su integridad, pues constituye garantía de los derechos del ejecutado (y, por tanto, fundamento de la ejecución) (91) , por lo que su nulidad ocasionará la imposibilidad de continuar el procedimiento hipotecario, procediendo su archivo, sin perjuicio del derecho del ejecutante de acudir a una ejecución ordinaria, pero lo que en modo alguno procede es integrar la cláusula abusiva haciendo constar un valor a efecto de subasta válido, ya que la integración de cláusulas abusivas está vedada por el TJUE [Sentencia de 14 de junio de 2012, C-618/2010 (LA LEY 70591/2012)].

2. Problemática si se ha pactado en la escritura de hipoteca poder acudir al procedimiento judicial y al extrajudicial ante Notario

Otro problema que surge es que a partir de la Ley 5/2019, de 15 de marzo (LA LEY 3741/2019), reguladora de los Contratos del Crédito Inmobiliario (en vigor desde el 16 de junio de 2019) se modificó el art. 129.2 a) LH (que regula el procedimiento hipotecario ante notario) estableciendo que el valor de la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser inferior al valor señalado en la tasación. **Es decir, para el procedimiento extrajudicial ante notario, ya no basta con fijar un valor a efectos de subasta del 75 % del valor de tasación, sino que tiene que coincidir con dicho valor (el 100%).**

No obstante, también se añadió en el mentado art. 129.2 a) LH que el valor de subasta en el procedimiento extrajudicial no podía ser distinto del que, en su caso, se hubiera fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, lo que acarrea una importante consecuencia, cual es que si **en la escritura de hipoteca se pacta poder acudir tanto al procedimiento judicial como al notarial, el valor de subasta del inmueble deberá coincidir con el valor de tasación (el 100%).**

La DGSJFP (92) llegó a considerar que la modificación del art. 129 de la LH por la LCCI (LA LEY 3741/2019) suponía también la reforma tácita del art. 682.2.1º de la LEC (LA LEY 58/2000) en el sentido de que en todo caso para el **procedimiento judicial de ejecución directa** sobre bienes hipotecados el valor de subasta debería coincidir con el de tasación, Sin embargo, dicha Resolución ha sido revocada por la SAP de Jaén, Sección 1ª, de 2-de febrero de 2022. N.º de Recurso: 972/2021, N.º de Resolución: 100/2022, por lo que si no se ha pactado acudir al procedimiento de ejecución notarial de la hipoteca, el valor a efectos de subasta en el procedimiento hipotecario judicial puede ser el 75% del valor de tasación.

3. Valor de subasta cuando con anterioridad a la hipoteca constan cargas registrales

En el procedimiento hipotecario **no resulta aplicable el art. 657 ni el art. 666 de la LEC (LA LEY 58/2000), es decir, no se practica la liquidación de cargas anteriores con carácter previo a sacar el bien a subasta, ni se recaba información del ejecutado ni de los acreedores que constan con anterioridad en el Registro** para que informen sobre la subsistencia y cuantía de las cargas registrales anteriores, de manera que con independencia de las mismas el valor a efectos de subasta va a ser el que conste en la escritura de hipoteca.

Tampoco cabe pactar como valor de subasta el de tasación minorado por las cargas anteriores que gravan la finca objeto de la hipoteca, ya que la DGSJFP ha considerado que el legislador ha optado por establecer un mínimo

a ese valor de tasación que no se puede transgredir bajo la justificación de que sobre la finca hipotecada pesan cargas registrales preferentes, entre otros motivos porque en el momento de la ejecución el valor para subasta será el fijado previamente en el momento de la constitución de la hipoteca y cuando se inicie la ejecución tales cargas preferentes pueden haber sido ya canceladas. Serán los postores los que decidan, sobre la base del valor previamente fijado como tipo para subasta, si les conviene o no pujar por la adjudicación de la finca y por qué importe, en función de la situación en la que se encuentre la finca hipotecada en el momento de la subasta [RDGSJFP de 11 de febrero de 2021 (BOE 25 de febrero de 2021) (93) .

- (1) **La redacción del apartado quinto del art. 517.2 LEC (LA LEY 58/2000) también ha quedado desfasada** porque el título ejecutivo ya no es la póliza de contrato mercantil original acompañada de la certificación en que consta la conformidad de dicho original con los asientos del Libro-Registro, sino que, conforme a la redacción del art. 17.1, apartado séptimo de la Ley del Notariado (LA LEY 2/1862) (reformado por la Ley 36/2006 (LA LEY 11545/2006)), el título ejecutivo lo constituye el testimonio expedido por el Notario del original de la póliza debidamente conservada en su Libro-Registro o la copia autorizada de la misma, acompañada de la certificación a que se refiere el art. 572.2 de la LEC. De hecho, tan desactualizada está su redacción que menciona al extinguido cuerpo de corredores de comercio, el cual conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre (LA LEY 4898/1999), de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (que entró en vigor el 1 de octubre de 2000), se refundió con el cuerpo de Notarios.
-
- (2) Autos de las AAPP Castellón, Sección 1.ª, de 21 de enero de 2008; Madrid, Sección 13.ª, de 11 de junio de 2010; Madrid, Sección 25.ª, de 9 de julio de 2010; Madrid, Sección 14.ª, de 7 de julio de 2010 y de 8 de febrero de 2011; Madrid, Sección 9.ª, de 3 de diciembre de 2010; Madrid, Sección 13.ª, de 14 de diciembre de 2010; Madrid, Sección 20.ª, de 15 de febrero de 2011; Madrid, Sección 11.ª, de 19 de abril de 2011; Madrid, Sección 8.ª, de 25 de abril de 2011 y 23 de mayo de 2011; Madrid, Sección 21.ª, de 19 de julio de 2011; Madrid, Sección 25.ª, de 16 de febrero de 2012; Sevilla, Sección 6.ª, de 27 de marzo de 2012; Madrid, Sección 21.ª, de 17 de abril de 2012; Zaragoza, Sección 5.ª, de 4 de mayo de 2012 y Sección 4.ª, de 10 de mayo de 2012; Sevilla, Sección 6.ª, de 17 de julio de 2012; Madrid, Sección 9.ª, de 7 de septiembre de 2012, y Madrid, Sección 21.ª, de 18 de diciembre de 2012.
-
- (3) Asimismo, **en la ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (actualmente en Proyecto) se da nueva redacción al apartado quinto del art. 517.2 de la LEC (LA LEY 58/2000)** otorgando la consideración de título ejecutivo al «*testimonio expedido por el Notario del original de la póliza debidamente conservada en su Libro-Registro o la copia autorizada de la misma, acompañada de la certificación a que se refiere el artículo 572.2 de esta ley*».
- De todos modos, a nuestro juicio, resulta reprobable que se haya olvidado la actualización de otros preceptos, también desfasados, como los arts. 317.3º, 320.1.2º, 572.2, 635.2, 823.2.1º de la LEC que mencionan a los desaparecidos corredores de comercio que hubiera sido necesario eliminar.**
-
- (4) Autos de las AA. PP. Granada, Sección 3.ª, de 6 de febrero de 2009 (rec. 653/2008 (LA LEY 36211/2009)); Tarragona, Sección 1.ª, de 15 de marzo de 2010 (rec. 32/2010 (LA LEY 54418/2010)); Jaén, Sección 2.ª, de 14 de marzo de 2011 (rec. 51/2011); Madrid, Sección 21.ª, de 11 de septiembre de 2012 (rec. 929/2011 (LA LEY 330799/2012)); Zaragoza, Sección 5.ª, 59/2017, de 1 de febrero, Recurso 388/2016 (LA LEY 287755/2017).
-
- (5) SAP de La Rioja, Sección: 1ª, de 2 de febrero de 2018, N.º de Recurso: 765/2016, N.º de Resolución: 12/2018.
-
- (6) Las Palmas, Sección 4.ª, de 19 de julio de 2007, N.º de Recurso: 701/2006 N.º de Resolución: 319/2007: **«Del art. 685.2 LEC (LA LEY 58/2000) conforme al cual a la demanda ejecutiva se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los que requisitos que la LEC exige para del despacho de ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el art. 550 y, en sus respectivos casos, los arts. 573 (LA LEY 58/2000) y 574 LEC (LA LEY 58/2000) , no puede deducirse la obligación de notificar al fiador la cantidad exigible puesto que contra él no se dirige, ni puede dirigirse el procedimiento de ejecución hipotecaria (arts. 681.1 (LA LEY 58/2000) y 686 LEC (LA LEY 58/2000)), y por ello debe entenderse tal remisión normativa en lo que afecta al deudor ejecutado».**
- En el mismo sentido: Autos de la AP Granada, Sección 3.ª, de 7 de octubre de 2011 (rec. 419/2010); Granada, Sección: 3, 46/2016, de 31 de marzo (rec. 18/2016 (LA LEY 81492/2016)).
-
- (7) : AAP La Rioja, Sec. 1.ª, 128/2005, de 10 de noviembre (rec. 209/2005 (LA LEY 219529/2005)).
-
- (8) AAP de A Coruña, Sección 3ª, 41/2020, de 27 de mayo de 2020 (LA LEY 327363/2020).
-
- (9) Aunque el art. 21.3 de la LH solo se refiere a las escrituras de *préstamo* hipotecario, debe hacerse extensivo a los *créditos* hipotecarios.
-
- (10) RDGRN de 19 de diciembre de 2013 (BOE de 31 de enero de 2014): **«no podrá inscribirse ninguna hipoteca constituida por persona física que grave una vivienda sin que se realice una manifestación expresa acerca del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada que exige el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946), ya lo sea del deudor o, en su caso, del hipotecante no deudor, puesto que en ambos supuestos puede tener trascendencia dicha manifestación, y dado que dicho requisito no se vincula únicamente a la circunstancia de que el préstamo tenga como destino la adquisición de la vivienda habitual, sino que está destinado a la protección de la misma en caso de ejecución hipotecaria, protección que se manifiesta, entre otros efectos, en la posibilidad de suspensión de los lanzamientos prevista en el artículo 1 de la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013), en la determinación de los valores de adjudicación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), o en las limitaciones de la responsabilidad remanente del deudor después de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 579 de la misma Ley, etc.».**
-
- (11) Auto de la AP de Madrid, Sección 14, de 28 de julio de 2016, N.º de Recurso: 148/2016 (LA LEY 249514/2016), N.º de Resolución: 315/2016: **«En esas condiciones se impone la revocación del auto apelado, ya que aunque la vivienda hipotecada no sea la habitual del deudor, si lo es del hipotecante no deudor, y debe gozar de la misma protección por obvias razones de analogía, y de defensa de ese bien, que goza de especial protección. Por**

tanto, ha de revocarse el decreto de adjudicación, de modo que el acreedor pueda adjudicarse los bienes ejecutados en los términos y con las consecuencias del art 671 LEC (LA LEY 58/2000)».

Auto de la AP de A Coruña, Sección 6ª, 62/2018 de 29 Jun. 2018, Rec. 433/2017 (LA LEY 207283/2018): «**No es pues descartable en absoluto una interpretación que asimile al deudor otras figuras análogas (fiador o hipotecante no deudor) en las que se produzca la misma situación de pérdida de una vivienda que sirva de morada, superando así analógicamente la dicción legal —cuya estricta precisión terminológica puede ser discutida— al ser extensible a aquéllas la misma finalidad tuitiva del precepto**».

(12) Auto de la AP de Barcelona Sección 1ª, 13 de julio de 2015, N.º de Recurso: 16/2015 (LA LEY 244735/2015), N.º de Resolución: 252/2015: «Por otra parte, la exigencia de que la cantidad "mínima" por la cual pueda adjudicarse el ejecutado la finca haya de ser mayor cuando se trate de vivienda habitual del deudor que cuando no lo sea, está en directa relación con la importancia que tiene el inmueble para el deudor, precisamente por ser su "vivienda habitual". Es decir, el deudor que pierde su vivienda habitual como consecuencia de la ejecución, la pierde al menos por un porcentaje incrementado de adjudicación del bien. La deuda, de ese modo se le reducirá en mayor proporción. **Si quien pierde la vivienda habitual es el hipotecante no deudor, ningún beneficio obtendrá porque se adjudique por un porcentaje mayor.** El beneficio lo obtendrá el deudor, que verá reducida su deuda en una cantidad mayor, pero no él».

(13) Auto de la AP de Lugo, Sección 1ª, de 22 de junio de 2017, N.º de Recurso: 650/2016 (LA LEY 292648/2017), N.º de Resolución: 104/2017.

(14) Auto de la AP de Barcelona, Sección 19ª, de 31 de mayo de 2019, N.º de Recurso: 103/2019 (LA LEY 95786/2019), N.º de Resolución: 256/2019.

(15) Auto de la AP de Barcelona, Sección 4ª, de 10 de febrero de 2015, N.º de Recurso: 644/2013 (LA LEY 243850/2015), N.º de Resolución: 30/2015.

(16) Auto de la AP de Tarragona, Sección 1ª, de 27 de enero de 2021, N.º de Recurso: 1058/2019 (LA LEY 376327/2021), N.º de Resolución: 18/2021: «A diferencia de lo que ocurre en el orden tributario, no existe una definición de vivienda habitual a los efectos de la normativa de ejecución hipotecaria. Así pues en el reglamento del impuesto de la renta de las personas físicas existe una definición reglamentaria de lo que ha de entenderse por vivienda habitual (Art 41 bis), que lo refiere a aquella edificación que cumpla dos requisitos: 1.- Que sea habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras. 2.- Que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. **Para suplir la falta de un precepto análogo en materia de ejecución hipotecaria, la doctrina, acudiendo a la interpretación gramatical y finalista, propone lo siguiente: habrá que suponer que habitual se contrapone a ocasional y que vivienda habitual es la vivienda principal y no la vivienda secundaria.** Y estos son también los criterios que algunas Audiencias Provinciales han utilizado para alcanzar una definición de vivienda habitual (Auto de la Audiencia Provincial de Jaén de 30 de marzo de 2016, Auto de 22 de abril de 2016 de la Audiencia Provincial de Granada o Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 20 de junio de 2017)».

Lo relevante para deslindar si un inmueble constituye vivienda habitual es el uso real que se dé al mismo, pues cabe la posibilidad de que este no constituya la vivienda habitual del ejecutado, aunque se haya declarado como tal a efectos administrativos, tributarios, etc., o bien que se trate de su vivienda habitual a pesar de que en el padrón conste otra dirección distinta (cfr. Fuentes Soriano, O. «Ejecución y entrega de bienes inmuebles ocupados, obligaciones de dar», *Práctica de Tribunales* n.º 49, mayo 2008, pág. 28).

(17) Cfr. DELGADO RAMOS, J. «Especialidades en la constitución y ejecución de hipotecas sobre la vivienda habitual tras la ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013)». Segunda versión, actualizada el 29 enero 2014. <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-ley1-2013-especialidades-vivienda-habitual.htm>.

(18) Resolución de la DGRN de 13 de febrero de 2014 (BOE de 21 de marzo).

(19) Auto de la AP de Granada, Sección 4ª, de 22 de abril de 2016, N.º de Recurso: 104/2016 (LA LEY 246705/2016), N.º de Resolución: 72/2016: «**sin que el hecho de que la vivienda declarada como habitual no coincida con el domicilio fijado para notificaciones tenga mayor trascendencia habida cuenta de que el art. 682.2.2º LEC (LA LEY 58/2000) no exige que el domicilio elegido para notificaciones tenga que coincidir con la vivienda habitual, sino que deja plena libertad al deudor y al hipotecante para fijar aquél donde más le convenga aunque no coincida con su vivienda habitual. En el caso enjuiciado así consta en la escritura de constitución de la hipoteca "si bien por circunstancias excepcionales y solo temporalmente, pasa temporadas con su actual pareja en la vivienda de esta última, donde ha fijado su domicilio a efectos de notificaciones"**».

(20) Auto de la AP de Lugo, Sección 1ª, de 22 de junio de 2017, N.º de Recurso: 650/2016 (LA LEY 292648/2017), N.º de Resolución: 104/2017: «Efectivamente, en cuanto a la cuestión atinente a la consideración de la vivienda como residencia habitual, como decimos, **no consideramos acreditada plenamente tal circunstancia, de modo que compartimos al respecto la resolución de instancia, pues si bien se aportaron los certificados de empadronamiento, sin embargo ello no va más allá de constituir un indicio de aquella circunstancia, y los apelantes tenían a su alcance múltiples medios probatorios para acreditar, sin atisbo de duda, que el inmueble hipotecado constituye su residencia habitual, sin que podamos pasar por alto, al amparo del artículo 217 LEC (LA LEY 58/2000) , la doctrina de la facilidad o disponibilidad probatoria, que permite hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente para su aportación**».

En parecidos términos: Resolución de la DGRN de 13 de febrero de 2014 (BOE de 21 de marzo).

(21) STC 15/2020, de 28 de enero de 2020 (LA LEY 845/2020) (cuestión interna de inconstitucionalidad 2754-2019) declaró inconstitucional el art. 454 bis.1, párrafo primero, de la LEC (LA LEY 58/2000) que establecía que contra el decreto resolutorio de la reposición de resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia no cabía recurso alguno.

(22) En la RDGRN de 9 de junio de 2017 (BOE de 5 de julio de 2017) se declara que si no consta que en el seno del procedimiento se haya hecho valer por el deudor el carácter habitual de la vivienda, solo puede el Letrado de la Administración de Justicia pronunciarse conforme a lo que resulte en autos. En dicha resolución se considera válida la expresión «no consta en autos que la finca hipotecada constituya vivienda habitual del deudor», considerando que

reúne la claridad necesaria a estos efectos.

(23) Para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica se exige al ejecutante aportar:

— Documento acreditativo, de vigencia no superior a tres meses, emitido, previo consentimiento del deudor hipotecario, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

De todos modos, este requisito también podrá cumplirse mediante:

— Declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios antedichos, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.

— O bien, el documento (que no podrá tener una vigencia superior a tres meses) acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la persona ocupante no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

(24) La falta de acreditación de dicho requisito será causa de inadmisión y podrá acreditarse de alguna de las siguientes formas:

1.º Declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios antedichos, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.

2.º Documento (que no podrá tener una vigencia superior a tres meses) acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento, en su caso.

El procedimiento de conciliación o intermediación, en principio es el que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes conforme a la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

De todos modos, en el caso de que el acreedor en el procedimiento hipotecario sea una entidad pública de vivienda este requisito **se podrá sustituir, en su caso, por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad**, que se acreditará en los mismos términos antedichos.

(25) VVAA. Encuesta Jurídica. «El cesionario de un crédito garantizado con hipoteca que no ha inscrito la cesión en el RP: ¿Puede iniciar un procedimiento hipotecario?». Coordinador: José González Olleros. Magistrado de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid base de datos sepín (www.sepin.es), diciembre 2016, referencia SP/DOCT/22077.

Tres de los encuestados se muestran en contra de la necesidad de inscripción y dos (entre los cuales me encuentro) a favor.

(26) SAP Barcelona, Sección 19.ª, 198/2013, de 29 de mayo (rec. 196/2013 (LA LEY 179154/2013)). Autos de las AA. PP de Barcelona, Sección 14.ª, 264/2014, de 23 de octubre (rec. 349/2014 (LA LEY 259271/2014)); Barcelona, Sección 13.ª, 6/2015, de 15 de enero (rec. 100/2014 (LA LEY 243413/2015)); Barcelona, Sección 19.ª, 19/2015, de 22 de enero; Madrid, Sección 12.ª, 236/2016, de 22 de septiembre (rec. 380/2016 (LA LEY 248267/2016)); Barcelona, Sección 1.ª, 24/2018, de 6 de febrero (rec. 240/2017 (LA LEY 342237/2018)); **Baleares, Sección 3.ª, 12/2018, de 14 de febrero (rec. 534/2017 (LA LEY 288855/2018))** Barcelona, Sec. 17.ª, 607/2018, de 19 de julio (recurso 1181/2017 (LA LEY 119215/2018)).

En este mismo sentido se pronuncia parte de la doctrina:

Cfr. Aragoneses Seijo, S., y Hermosa Fontanals, E. «Los bancos fusionados como sucesores en la ejecución hipotecaria: la ejecución sobre bien hipotecado sin previa inscripción en el Registro de la propiedad». *Diario La Ley* n.º 8459, 15 de enero de 2015.

VV. AA. *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente* (directores P. Izquierdo Blanco y J. Picó i Junoy). Bosch, Barcelona, 2014, pág. 307.

(27) Resoluciones de la DGRN de 28 de agosto de 2013, 2 de octubre de 2013, 10 de octubre de 2013, 11 de octubre de 2013, 17 de octubre de 2013, 9 de octubre de 2014 y 17 de octubre de 2019.

(28) SAP Madrid, Sección 13.ª, 65/2013, de 25 de febrero (rec. 833/2012 (LA LEY 39566/2013)). Autos de las AA. PP. Castellón, Sección 3.ª, 133/2012, de 12 de julio (rec. 428/2012 (LA LEY 106686/2012)); Madrid, Sección 19.ª, de 30 de enero de 2013 (rec. 1000/2012 (LA LEY 146644/2013)); Valencia, Sección 9.ª, 32/2013, de 4 de febrero (rec. 825/2012 (LA LEY 146643/2013)); Madrid, Sección 11.ª, 89/2013, de 13 de marzo (rec. 719/2012 (LA LEY 146646/2013)); Madrid, Sección 20.ª, de 8 de julio de 2013; Madrid, Sección 13.ª, de 3 de marzo de 2014; Madrid, Sección 25.ª, 398/2014, de 2 de diciembre (rec. 562/2014 (LA LEY 258125/2014)); Barcelona, Sección 16.ª, 35/2016, de 3 de febrero (rec. 37/2015 (LA LEY 80934/2016)); Barcelona, Sección 11.ª, de 9 de febrero de 2023, N.º de Recurso: 1179/2021, N.º de Resolución: 67/2023.

(29) *Cfr. Anderson, M.* «La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC (LA LEY 58/2000): una réplica». *Diario La Ley* n.º 5606, 6 de septiembre de 2002, págs. 1651 y ss., ref. D-198 (La Ley 1370/2002). *Oria de Rueda y Elía, G. A., y Molins García-Atance, M.* «Del presupuesto de la inscripción registral del acreedor ejecutante como título legitimador para incoar y seguir los procedimientos hipotecarios, y de otras consideraciones». *Revista de Inmobiliario El Derecho* n.º 5, 1 de febrero de 2013. *Pujol Capilla, P.* «Fusiones bancarias ¿es necesaria la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para instar la ejecución hipotecaria?». *Diario La Ley* n.º 8376. *Iglesias García-Villar, M.* «Inscripción en el registro de la propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarios: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria». *Diario La Ley* n.º 8409, Sección Doctrina, 29 de octubre de 2014, Año XXXV, ref. D-354 (La Ley 7685/2014). *Martínez Castillo, C. C.* «Titulización de créditos garantizados con hipoteca y ejecución Hipotecaria. De nuevo sobre la subsanación de la titularidad registral en los procedimientos ejecutivos sobre bienes hipotecados». *Actualidad Civil* n.º 9, septiembre 2016.

(30) Como declara el Auto de la AP Barcelona, Sección 11.ª, 279/2014, de 27 de noviembre (rec. 453/2014 (LA LEY 256345/2014)): «La ejecución no viene determinada por el crédito en sí sino por la titularidad de la hipoteca, y porque el título reúne los requisitos legales y no puede despacharse ejecución si en el título no figura el ejecutante y no se ha inscrito registralmente quien ocupa el puesto del prestamista».

(31) Auto de la AP de Barcelona, Sección 11ª, de 9 de febrero de 2023, N.º de Recurso: 1179/2021 (LA LEY 134946/2023), N.º de Resolución: 67/2023.

(32)Resoluciones de la DGRN de 28 de agosto de 2013, 2 de octubre de 2013, 10 de octubre de 2013, 11 de octubre de 2013, 17 de octubre de 2013, 9 de octubre de 2014 y 17 de octubre de 2019.

(33)Resoluciones de la DGRN de 10 y 17 de octubre de 2013, 1 de octubre de 2014 y 7 de noviembre de 2016.

(34)RDGRN de 29 de junio de 2013.

(35)RDGRN de 19 de marzo de 2013.

(36)RDGRN de 2 de octubre de 2013: *«Ahora bien, la expedición de la certificación de cargas en la ejecución directa judicial no es más que un trámite procesal que todavía no conlleva el expresado cambio en la titularidad de la hipoteca o de la finca como consecuencia de la ejecución. El hecho de que sea solicitada por el causahabiente del titular registral no debe impedir que se expida la certificación, sin perjuicio de que el registrador advierta de esta circunstancia en la certificación al expedirla, con la finalidad de que el solicitante conozca la necesidad de practicar la inscripción a su nombre, previa o simultáneamente, a la inscripción del decreto de adjudicación».*

(37)Resoluciones de la DGRN de 28 de agosto de 2013, 2 de octubre de 2013, 10 de octubre de 2013, 11 de octubre de 2013, 17 de octubre de 2013, 9 de octubre de 2014 y 17 de octubre de 2019.

(38)RDGRN de 19 de marzo de 2013, 2 y 11 de octubre de 2013.

(39)Reunión de unificación de criterios celebrada el día 15 de julio de 2016 por los Jueces de 1.ª Instancia de Barcelona; Autos de la A.P. de Girona, Sección 1ª, de 26 de abril de 2017 (recurso n.º 641/2016 (LA LEY 279976/2017)); Córdoba, Sección 1ª, de 8 de mayo de 2017 (recurso n.º 56/2017); Sevilla, Sección 5ª, de 25 de mayo de 2017 (recurso n.º 4259/2016 (LA LEY 297769/2017)); Barcelona Sección 19ª del 9 de marzo de 2018 recurso 1044/2017 (LA LEY 295961/2018) ; Girona Sección 2ª del 10 de mayo de 2018 Recurso: 61/2018, SSAP de AP Girona, Sec. 1.ª, 49/2019, de 30 de enero, Recurso 1154/2018 (LA LEY 3040/2019); Madrid, Sec. 14.ª, 184/2019, de 29 de mayo, Recurso 704/2018 (LA LEY 158139/2019); Málaga, Sec. 4.ª, 394/2019, de 30 de mayo, Recurso 557/2018 (LA LEY 115380/2019); Girona, Sec. 2.ª, 300/2019, de 11 de julio, Recurso 793/2018 (LA LEY 99104/2019); Barcelona, Sec. 1.ª, 498/2019, de 23 de julio; Recurso 699/2018; Barcelona, Sec. 19.ª, 524/2019, de 10 de octubre, Recurso 198/2018 (LA LEY 148842/2019); Barcelona, Sec. 19.ª, 658/2019, de 11 de diciembre, Recurso 470/2018 (LA LEY 212793/2019); Lleida, Sec. 2.ª, 271/2020, de 13 de mayo, Recurso 921/2018 (LA LEY 42310/2020); Lleida, Sec. 2.ª, 545/2020, de 27 de julio, Recurso 318/2020 (LA LEY 120472/2020).

(40)Autos del Juzgado 1.ª Instancia n.º 8 de Málaga, 20/2015, de 14 de enero de 2015; del Juzgado n.º 7 de Granollers de 12 de mayo de 2015; del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Arganda del Rey de 12 de noviembre de 2015; del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Arganda del Rey de 2 de diciembre de 2015; del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Collado Villalba de 11 de marzo de 2016; del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Gijón de 13 abril de 2016; del Juzgado de 1.ª Instancia de Barcelona n.º 26 de 7 de junio de 2016; del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 2 de Moncada de 15 de junio de 2016; del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Olot, de 17 de junio de 2016; del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Sevilla de 30 de junio de 2016; del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Benidorm de 5 de julio de 2016; del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 1 de Herrera del Duque de 6 de julio de 2016; del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 2 de Villacarrillo de 11 de julio de 2016; del Juzgado n.º 5 de Jerez de la Frontera de 16 de enero de 2017; Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 1 de Muros de 19 de diciembre de 2016, y Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 3 de Pozuelo de Alarcón de 27 de febrero de 2017] Esta tesis ya fue defendida por resoluciones más antiguas, como la SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 14 de junio de 2005 y en Autos de la AP Castellón, 133/2012, de 12 de julio (LA LEY 106686/2012) (rollo de apelación civil 428/12), y 141/2012, de 24 de julio (rollo de apelación civil 429/12).

(41)Auto del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015; Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 3 de Picassent de 15 de marzo de 2016.

(42)En igual sentido, STS, Sala 1ª, 359/2022 (LA LEY 70098/2022), de 4 de mayo.

(43)Resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 2013: **«no puede considerarse suficiente para tener por cumplido el requisito de la demanda y requerimiento de pago a la sociedad titular registral el hecho de que el administrador único de la misma resulte ser una de las personas efectivamente demandadas y requeridas de pago en el procedimiento. Se trata, en tanto no se produzca un levantamiento de velo, de personalidades diferentes cuyos derechos registrales deben ser protegidos».**

(44)La subrogación del préstamo hipotecario debe realizarse en documento público. En este sentido, la RDGRN de 31 de julio de 2014 desestima el recurso interpuesto en un caso en que la misma se había practicado en documento privado, pronunciándose dicha resolución en los siguientes términos: *«Por ello debe tenerse en cuenta que el artículo 3 de la LH recoge uno de los principios básicos de nuestro sistema registral, el denominado principio de legalidad, que, supone, que, por la especial trascendencia de los efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, "erga omnes", de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia judicial —artículos 1 y 38 de la LH—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador. Así, establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera en otros preceptos de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946), así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido. Y, como consecuencia del mismo principio de legalidad, el artículo 420.1 del RH ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral».*

(45)Sentencias de las AA. PP. Cádiz, Algeciras, Sección 7.ª, 166/2012, de 26 de abril (rec. 378/2011 (LA LEY 159611/2012)) y Las Palmas, Sección 5.ª, 468/2013, de 3 de diciembre (rec. 1287/2012 (LA LEY 223257/2013)).

(46) TS, Sala Primera, de lo Civil, 255/2002, de 21 de marzo, Recurso 187/1997 (LA LEY 4176/2002): «*Ahora bien para que surja tal asunción de deudas, en cuanto supone la sustitución del primitivo deudor, por otro nuevo y ajeno a la convención originaria, ha de constar dicho asentimiento siempre de modo claro, preciso, inequívoco y contundente, ya que crea una nueva y moderna relación obligatoria, como proclama la sentencia de esta Sala de 27 de junio de 1991*». En similares términos: STS, Sala 1ª, 162/2007, de 8 de febrero (LA LEY 1507/2007)

(47) STS, Sala 1ª, 590/2015, de 5 de noviembre (LA LEY 157023/2015).

(48) SSTS, Sala 1ª, 162/2007, de 8 de febrero (LA LEY 1507/2007); 15/2021, de 19 de enero (rec. 3949/2017 (LA LEY 596/2021)).

(49) STS, Sala 1ª, 1332/2007, de 13 de diciembre (rec. 4994/2000 (LA LEY 202415/2007)): «*No asumiendo los compradores la obligación personal sino únicamente la real derivada de la hipoteca, retuvieron parte del precio para hacer frente a dicha responsabilidad, sin que corresponda al acreedor hipotecario discutir sobre la cuantía de la cantidad del precio retenida por los compradores por ser cuestión ajena a él y afectante únicamente a los intereses de quienes fueron parte en el contrato, a quienes únicamente afecta lo allí estipulado sin trascendencia alguna para el acreedor (artículo 1.257 del Código Civil (LA LEY 1/1889))*».

(50) STS, Sala 1ª, 1332/2007, de 13 de diciembre (rec. 4994/2000 (LA LEY 202415/2007)).

(51) STS, Sala 1ª, de 11 de mayo de 2006 (rec. 2901/1999 (LA LEY 60505/2006)).

(52) Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 79/2013 de 8 de abril, Rec. 6996/2011 (LA LEY 35001/2013): «*En este sentido, el art. 685 LEC (LA LEY 58/2000) establece que la demanda debe dirigirse frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados "siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes", precepto éste que entendido según el art. 24 CE (LA LEY 2500/1978) nos lleva a la conclusión de que la situación de litisconsorcio necesario se produce en todo caso respecto de quien tiene inscrito su título adquisitivo, pues el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede desarrollarse a espaldas del titular registral, como aquí ha sucedido, al serlo con anterioridad al inicio del proceso de ejecución hipotecaria.*

En efecto, en la cuestión planteada la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos erga omnes, por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que éste conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral».

(53) Resoluciones de la DGRN de 20 de marzo de 2014, 10 de julio de 2017 (BOE de 27 de julio de 2017), 29 de marzo de 2019 (BOE de 16 de abril de 2019).

(54) Cfr. *García Vila*, J. A. «La posición procesal del tercer poseedor de finca hipotecada». Disponible en: www.notariosyregistradores.com.

(55) STS, Sala 1ª, de 3 de junio de 2004, N.º de Recurso: 2175/1998 (LA LEY 13365/2004), N.º de Resolución: 462/2004: «*Ante todo debe señalarse que en los alegatos de ambos motivos el recurrente no se atiene a la literalidad de algunas de las reglas del art. 131 LH que considera infringidas, pues el apartado tercero de la regla 3ª no imponía al acreedor requerir de pago al tercer poseedor a todo trance, sino sólo "en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble", conducta positiva a cargo del hoy recurrente de la que, sin embargo, no hay la menor constancia; y la regla 5ª tampoco imponía en rigor un último requerimiento de pago, sino la notificación de la existencia del procedimiento al último adquirente para que pudiera, si le convenía, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que estuviera asegurada con la hipoteca de su finca*»

(56) Resoluciones de la DGRN 15 de febrero de 2018 y de 26 de julio de 2019.

(57) Resolución de la DGRN de 16 de octubre de 2014 (SP/SENT/795061).

(58) Cfr. *Bernabéu Pérez*, I. C. «La obligatoriedad de llamar al proceso de ejecución hipotecaria al titular registral de la finca. La Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2013 (LA LEY 21829/2013), de 8 de abril de 2013». *Práctica de Tribunales* n.º 103, julio-agosto 2013. Pág. 107.

(59) Resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 20 de noviembre de 2014; 21 de marzo de 2014; 9 de septiembre de 2021 entre otras muchas.

(60) Resolución de la DGSJFP de 9 de septiembre de 2021 (BOE 18 de octubre de 2021): «*En el presente caso, como bien resulta del resumen de los hechos, queda claro que el tercer poseedor adquirió e inscribió su dominio sobre la finca en cuestión con bastante antelación a la interposición de la demanda. La única comunicación que recibe el tercer poseedor tiene lugar con posterioridad al inicio del procedimiento quedando así privado de la oportunidad de participar, contradictoriamente, en la fase de ejecución de este procedimiento especial. Y, aunque con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas consta que el día 14 de noviembre de 2014 se procedió a requerir por edictos, después de realizar averiguaciones domiciliarias, al tercer poseedor, no hay una manifestación específica de la autoridad judicial que ha dirigido la ejecución en el sentido de que no ha existido indefensión del ejecutado, y por tanto no cabe la nulidad de las actuaciones*».

(61) Resoluciones de la DGRN de 18 de septiembre de 2013 y de 21 de marzo de 2014.

(62) AAP Madrid, Sección 19.ª, 171/2009, de 26 de junio (rec. 325/2009 (LA LEY 191017/2009)) y Sección 12.ª, 768/2012, de 12 de diciembre (rec. 254/2012 (LA LEY 298344/2012)); Valencia, Sec. 6.ª, 45/2015, de 3 de marzo (rec. 573/2014 (LA LEY 244492/2015)); Vizcaya, Sec. 5.ª, 77/2019, de 26 de junio (rec. 470/2018 (LA LEY 340105/2019)).

(63) AAP de Sevilla, Sec. 5ª, de 16 de octubre de 2012, Rollo 5932/2012 (LA LEY 286798/2012).

(64) APP La Rioja, Sec. 1.ª, 40/2018, de 19 de marzo, Recurso 102/2017 (LA LEY 329274/2018).

(65) Resolución de la DGRN de 2 de agosto de 2016.

(66) Resolución de la DGRN de 7 de julio de 2017.

(67) Autos de las AAPP de La Rioja, Sec. 1.ª, 40/2018, de 19 de marzo, Recurso 102/2017 (LA LEY 329274/2018); Vizcaya, Sec. 5.ª, 77/2019, de 26 de junio, Recurso 470/2018 (LA LEY 340105/2019).

(68) DE LA MORENA, Gregorio y Ana, «Hipotecante no deudor, tercer poseedor y deudor con responsabilidad limitada». <https://insolvía.es/adjuntos/20190609%20HIPOTECANTE%20NO%20DEUDOR.pdf>.

(69) Autos de la AAPP de Barcelona, Sección 16ª, 236/2013 de 15 octubre y Córdoba, Sección 1ª, 308/2015 de 17 junio.

(70) Resoluciones de la DGRN de 7 de junio de 2012, 22 de julio de 2014, 15 de octubre de 2014.

(71) En la Resolución de la DGRN de 8 de marzo de 2018 se revoca la calificación del Registrador y permite la inscripción del decreto de adjudicación, a pesar de no haber sido demandado ni requerido de pago el titular del derecho de uso, pero ello obedece a que dicho derecho de uso no constaba inscrito en el Registro, no a los motivos que han llevado a revocar la Resolución de 5 de septiembre de 2016.

(72) Autos de las AA. PP. Barcelona, Sección 17.ª, 217/2013, de 12 de noviembre (rec. 272/2013 (LA LEY 271695/2013)); Barcelona, Sección 13.ª, 287/2015, de 8 de octubre (rec. 582/2015 (LA LEY 249787/2015)); Las Palmas, Sección 5.ª, 309/2015, de 26 de noviembre (rec. 105/2015 (LA LEY 246299/2015)); Castellón, Sección 3.ª, 49/2016, de 18 de febrero (rec. 736/2015 (LA LEY 81664/2016)); Córdoba, Sección 1.ª, 271/2016, de 13 de junio (rec. 356/2016 (LA LEY 247306/2016)), y Barcelona, Sección 1.ª, 213/2016, de 6 de junio (rec. 1024/2015 (LA LEY 247207/2016)).

No obstante, esta cuestión no es pacífica; así, el Auto de 12 de enero de 2012 dictado por la Sección 21.ª de la AP Madrid (con cita de los Autos de la Sección 19.ª de la AP Barcelona de 31 de octubre de 2006 y de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de mayo de 2007) viene a sustentar la tesis de que no procede seguir la ejecución hipotecaria frente a la herencia yacente del deudor hipotecario fallecido antes de la presentación de la demanda ejecutiva, puesto que el procedimiento hipotecario es un proceso especial en el que hay que requerir de pago al ejecutado, y ello resulta imposible cuando aquel hubiere fallecido. Además, ha de ser en la fase inicial del proceso cuando se han de valorar por el Juez los documentos que den lugar al despacho de ejecución.

(73) Resoluciones de la DGRN de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015; 15 de noviembre de 2016, 12 de diciembre de 2018, 23 de septiembre de 2019.

(74) Resoluciones de la DGRN de 3 de octubre de 2011 (BOE de 26 de diciembre de 2011), 23 de septiembre de 2019 (BOE de 13 de noviembre de 2019).

(75) Resoluciones de la DGRN de 27 de julio de 2010 (BOE núm. 228, de 20 de septiembre de 2010); 15 de noviembre de 2016 y de 9 de julio de 2018 (BOE núm. 178, de 24 de julio de 2018).

(76) Resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 15 de noviembre de 2016; 12 de diciembre de 2018; 23 julio de 2021.

(77) Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 2019.

(78) Resoluciones de la DGSJFP de 14 de octubre de 2021 (BOE 12 de noviembre de 2021); 25 de octubre de 2021 (BOE 22 de noviembre de 2021); 2 de diciembre de 2022 (BOE de 20 de diciembre de 2022).

(79) Autos de las AA. PP. Baleares, Sección 3.ª, 12/2018, de 14 de febrero (rec. 534/2017 (LA LEY 288855/2018)); Barcelona, Sección 19ª, 285/2016 de 10 noviembre; Granada, Sección: 3, 46/2016, de 31 de marzo (rec. 18/2016 (LA LEY 81492/2016)); Granada, Sección 5.ª, 148/2015, de 7 de julio (rec. 160/2015 (LA LEY 247658/2015)); Barcelona, Sección 4.ª, 237/2014, de 11 de noviembre (rec. 544/2014 (LA LEY 256429/2014)); Barcelona, Sec. 14.ª, 325/2014, de 30 de diciembre, Recurso 177/2013 (LA LEY 259298/2014); Valencia, Sec. 9.ª, 256/2013, de 11 de junio, Recurso 86/2013 (LA LEY 268094/2013); Cuenca, Sección 1.ª, de 17 de abril de 2012 (rec. 310/2011 (LA LEY 306013/2012)); Barcelona, Sección 11.ª, de 30 de enero de 2012 (rec. 799/2011); Valencia, Sec. 9.ª, 256/2013, de 11 de junio, Recurso 86/2013 (LA LEY 268094/2013); Madrid, Sec. 20.ª, 129/2012, de 25 de mayo, Recurso 622/2011 (LA LEY 312687/2012); Madrid, Sección 11.ª, de 28 de septiembre de 2011 (rec. 197/2011 (LA LEY 238494/2011)); Zaragoza, Sección 2.ª, de 21 de junio de 2011 (rec. 231/2011 (LA LEY 127679/2011)); Guadalajara de 14 de junio de 2011 (rec. 103/2011 (LA LEY 156369/2011)); Madrid, Sección 25.ª, de 7 de junio de 2011 (rec. 99/2011 (LA LEY 102665/2011)); Zaragoza, Sección 4.ª, de 16 de diciembre de 2010 (rec. 477/2010 (LA LEY 272066/2010)); Las Palmas, Sección 4.ª, de 19 de julio de 2007, N.º de Recurso: 701/2006, N.º de Resolución: 319/2007 y Las Palmas, Sección 5.ª, 76/2003, de 9 de mayo.

La AP de Barcelona, Sección 16ª, en Auto núm. 114/2015 (LA LEY 249570/2015) de 27 marzo permite que intervenga en el proceso el fiador llamado por el demandante en la demanda, pero sin requerirle de pago ni realizar actuaciones ejecutivas contra él mientras dure la ejecución hipotecaria.

Sobre este particular, véase, asimismo: VV. AA. Encuesta Jurídica: «Cuando el préstamo, además de con hipoteca, se garantiza con garantías personales de fiadores, ¿es posible dirigir la acción hipotecaria contra estos últimos?». *Base de datos según Inmobiliario*, octubre 2015 (SP/DOCT/19648). La mayoría de los encuestados (entre quienes me encuentro) respondieron negativamente.

(80) Autos de las AA. PP de Barcelona, Sección 1.ª, 54/2010, de 23 de febrero (rec. 495/2009 (LA LEY 28139/2010)); Barcelona, Sec. 11.ª, 140/2012, de 27 de junio, Recurso 275/2012 (LA LEY 312797/2012); Barcelona, Sección 1ª, 180/2013 de 30 septiembre, Recurso 68/2013 (LA LEY 268294/2013); Barcelona, Sec. 16.ª, 379/2018, de 23 de noviembre, Recurso 69/2018 (LA LEY 317762/2018).

En el mismo sentido: Cfr. *Bernabéu Pérez*, I. C. «La acumulación de acciones frente al fiador solidario en la ejecución hipotecaria». *Práctica de Tribunales* n.º 75, Sección Ejecución Civil, octubre 2010. *Martínez de Santos*, A. «La ejecución hipotecaria contra fiadores o avalistas». *Práctica de Tribunales* n.º 95, julio-agosto 2012. *Senés Motilla*, C. «La legitimación pasiva en el proceso de ejecución hipotecaria». *Práctica Contenciosa para Abogados*. 2013.

(81) Auto de la AP de Granada, Sección: 3, de 31 de marzo de 2016, N.º de Recurso: 18/2016 (LA LEY 81492/2016), N.º de Resolución: 46/2016: «Criterio que vendría a ser confirmado con la reforma del art. 685 de la LEC (LA LEY 58/2000) llevada a cabo por el art. 1.24 de la Ley 19/2015, de 13 de julio (LA LEY 11653/2015) que introduce el apartado 5 para decir que "A los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 579 será necesario, para que pueda despacharse ejecución por la cantidad que falte y contra quienes proceda, que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicial. Esta notificación podrá ser practicada por el procurador de la parte ejecutante que así lo solicite o cuando atendiendo a las circunstancias lo acuerde el Secretario judicial. La cantidad reclamada en ésta será la que servirá de base para despachar ejecución contra los avalistas o fiadores sin que pueda ser aumentada por razón de los intereses de demora devengados durante la tramitación del procedimiento ejecutivo inicial" Normativa que si bien no estaba en vigor a la fecha de la demanda, vendría a confirmar que los **avalistas y fiadores no son parte en el procedimiento hipotecario**, en consecuencia, no sería necesario la notificación previa del saldo deudor cuanto la acción que se ejercita es la real para la realización de la garantía hipotecaria».

(82) Resulta posible que el deudor no ostente la consideración de consumidor pero que el garante lo sea cuando el mismo no actúe en el marco de su actividad profesional y entre el garante y el prestatario no existan vínculos funcionales, por ejemplo, una sociedad y su administrador Autos del TJUE de 19 de noviembre de 2015 y 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15 (LA LEY 123743/2016); AAP Lugo, Sección 1.ª, 3/2017, de 11 de enero (rec. 497/2016 (LA LEY 313484/2017)); Pontevedra, Sección 1.ª, 83/2016, de 6 de abril (rec. 128/2016 (LA LEY 31058/2016)); Asturias, Oviedo, Sección: 6 de 18 de noviembre de 2016, N.º de Recurso: 432/2016 (LA LEY 177858/2016), N.º de Resolución: 331/2016; A Coruña, Santiago de Compostela, Sección 6.ª, 115/2017, de 7 de noviembre (rec. 241/2017 (LA LEY 316072/2017)); Zaragoza, Sec. 5.ª, 32/2017, de 13 de enero (rec. 334/2016 (LA LEY 276900/2017)); Toledo, Sec. 2.ª, 48/2018, de 15 de febrero (rec. 95/2017 (LA LEY 289752/2018)); Girona, Sec. 1.ª, 87/2018, de 25 de abril (rec. 177/2018 (LA LEY 283897/2018)). Resoluciones de la DGRN de 14 de julio de 2017 y 31 de octubre de 2017].

(83) AAP Huelva, Sección 2ª, 38/2018, de 31 enero (LA LEY 295542/2018); SSAP Pontevedra, Sección 1ª, de 6 de abril de 2016 (N.º de Recurso: 128/2016, N.º de Resolución: 83/2016); Asturias, Oviedo, Sección 6ª, de 18 de noviembre de 2016 (N.º de Recurso: 432/2016 (LA LEY 177858/2016), N.º de Resolución: 331/2016); Pontevedra, Sección 1.ª, 3/2018, de 8 de enero (rec. 753/2017 (LA LEY 1815/2018)); Barcelona, Sec. 15.ª, 577/2018, de 18 de septiembre (recurso 639/2017 (LA LEY 122622/2018)); Barcelona, Sec. 15.ª, 925/2019, de 17 de mayo (recurso 763/2018 (LA LEY 59224/2019)).

(84) Resoluciones de la DGRN de 18 de febrero de 2014 y de 12 de septiembre de 2014.

(85) De todos modos, a pesar de la literalidad del precepto si en un principio no se hizo constar el valor de tasación en la escritura de hipoteca, dicho defecto se podrá enmendar otorgando **otra escritura posterior** que acceda al Registro. No obstante, si hubiera acreedores posteriores que hubieran inscrito o anotado su derecho, la nueva tasación del inmueble no debe perjudicarles.

En el Auto de la AP de Orense, Sección 1ª, de 8 de septiembre de 2021, N.º de Recurso: 556/2020 (LA LEY 418636/2021), N.º de Resolución: 123/2021, se declara que dado que la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas en que se divide el inmueble puede realizarse **en otro documento público o incluso mediante simple solicitud de los interesados dirigida al Registrador**, igualmente debe permitirse que el precio de tasación para servir de tipo de subasta a las nuevas fincas entre las que se distribuye la garantía hipotecaria, pueda formalizarse también a través del mismo procedimiento; lo contrario pugnaría con la lógica y los más elementales criterios de economía.

(86) Resoluciones de la DGRN de 29 de octubre de 2013, 18 de febrero de 2014, 24 de febrero de 2014 y 30 de septiembre de 2014.

(87) Autos de las AA. PP. Cáceres, Sección 1.ª, 163/2013, de 10 de octubre, Recurso 386/2013 (LA LEY 271514/2013); Barcelona, Sección 19.ª, de 18 de diciembre de 2013 (rec. 514/2013 (LA LEY 271619/2013)); Pontevedra, Sección 1.ª, de 21 de enero de 2014 (rec. 626/2013 (LA LEY 257887/2014)); Barcelona, Sección 13.ª, de 2 de octubre de 2014, N.º de Recurso: 270/2014, N.º de Resolución: 202/2014; Córdoba, Sección 1.ª, de 25 de febrero de 2014, N.º de Recurso: 159/2014 (LA LEY 258689/2014), N.º de Resolución: 83/2014.

(88) AAP de Cáceres, Sección 1.ª, 163/2013, de 10 de octubre, Recurso 386/2013 (LA LEY 271514/2013).

(89) AAP de Valencia, Sección 8ª, de 8 de febrero de 2023, N.º de Recurso: 1170/2021 (LA LEY 52491/2023), N.º de Resolución: 34/2023: «De la lectura de este apartado resulta que toda escritura de constitución de préstamo hipotecario o pactoposterior relativo a la ejecución directa de los bienes sobre los que recae la garantía, precisa, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (LA LEY 7255/2013), de la incorporación del certificado de tasación de la finca a que se refiere el artículo 682.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) como requisito de la escritura de constitución de hipoteca para la ejecución directa. Se trata, pues, de una norma de carácter sustantivo que establece los requisitos que ha de observar el título para dotarle de fuerza ejecutiva y que han de ser observados en el momento de la formalización de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria. No obstante, la **vigente normativa no tiene efecto retroactivo de grado máximo respecto a las escrituras de constitución de hipoteca anteriores a su entrada en vigor (como la de autos, otorgada en fecha 23 de junio de 2011), sin perjuicio de que llegado el momento de la subasta el tipo no pueda ser inferior al legalmente establecido en la nueva normativa**, puesto que la Disposición Transitoria Primera de la Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013) señala respecto de los procesos en trámite que: "Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento", disposición transitoria de carácter procesal y que requiere adaptar o subsanar este requisito antes de la subasta, pues lo contrario sería muy perturbador para las hipotecas anteriores que deberían todas ellas de modificarse, siendo éste además el criterio seguido por los AAP Valencia sec. 7ª n.º 163/2019 de 12 de junio, AAP Barcelona sec. 19ª n.º 441/2019 de 9 de diciembre (LA LEY 358542/2019), AAP Madrid sec. 10ª n.º 106/2019 de 21 de marzo, AAP Alicante, sec. 9ª, n.º 156/2014 de 16 de mayo (LA LEY 252806/2014), AAP Castellón sec. 3ª n.º 104/2014 de 26 de mayo, AAP Palma de Mallorca sec. 4ª n.º 176/2019 de 24 de octubre (LA LEY 334436/2019) y AAP Málaga, sec. 5ª n.º 296/2017, de 31 de mayo, entre otras (aunque existen otras resoluciones en sentido contrario) y que también sostienen las Res. DGRN de 29 octubre 2013 y 18 febrero 2014».

(90) Autos de las AP Córdoba, Sección 1.ª, de 25 de febrero de 2014 (LA LEY 258689/2014), N.º de Recurso: 159/2014, N.º de Resolución: 83/2014; Barcelona, Sección 13.ª, de 2 de octubre de 2014, N.º de Recurso: 270/2014, N.º de Resolución: 202/2014.

(91) Auto de la AP Palma de Mallorca, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 2014, N.º de Recurso: 90/2014 N.º de Resolución: 59/2014.

(92) Resolución de la DGSJFP de 23 de diciembre de 2020.

(93) RDGSJFP de 11 de febrero de 2021 (BOE 25 de febrero de 2021): «...**no se puede admitir como alega el recurrente que se fije como valor de tasación para subasta para el procedimiento de ejecución judicial directa de la hipoteca y para la venta extrajudicial de la misma el valor que resulta del certificado de tasación pero descontando del mismo el importe de las cargas anteriores que figuran en el Registro, como prevé para la ejecución ordinaria el artículo 666.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000)**»
