Procesal y Arbitraje

La subasta desierta en el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados

La diferente naturaleza del embargo y de la hipoteca se opone a aplicar al procedimiento de ejecución de garantías reales la norma de alzamiento del embargo prevista en el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FAUSTINO JAVIER CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. En el procedimiento de apremio de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), la subasta sin postores se regula en su artículo 671: el acreedor podrá pedir la adjudicación del bien y, si no lo hace en el plazo de veinte días establecido, el letrado de la Administración de Justicia procederá al alzamiento del embargo a instancia del ejecutado. La cuestión que se plantea es si, ante el silencio de la ley y en virtud de la remisión a las normas de la ejecución ordinaria (dentro de las cuales se encuentra el artículo 671) contenida en los artículos 681.1 y 691.4, esta norma será aplicable también al proceso de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, con el efecto del alzamiento (la cancelación) del derecho real de garantía de que se trate.
2. Tal cuestión ha sido objeto de pronunciamientos dispares en la doctrina científica y en las audiencias. En mi opinión, no es suficiente a favor de una respuesta afirmativa el argumento de que, en los procedimientos para la ejecución de derechos reales, la remisión al artículo 671 no está excluida de la general prevista en los antes citados artículos 681.1 y 691.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuando el legislador ha querido aplicar a la ejecución de derechos reales determinadas normas de la ordinaria que podían plantear dudas, lo ha dicho expresamente, por ejemplo, en los artículos 640.1 (aplicación del convenio de realización), 642 (régimen de la subsistencia y cancelación de cargas), 662.2 (tercer poseedor), etcétera.

Pero, sobre todo, la aplicación (en virtud de la remisión indicada) de las normas de la ejecución ordinaria debe entenderse que se producirá cuando no sean incompatibles con los principios que informan la ejecución hipotecaria o el derecho real de garantía que se ejecuta. Y en el presente caso tal incompatibilidad existe, porque son diferentes la naturaleza y el régimen jurídico de ambas instituciones: no cabe equiparar la hipoteca, que es un derecho real de garantía (y, por lo tanto, accesorio), que nace y se extingue con el crédito y para el que la inscripción es constitutiva, con el embargo, que es la afectación de un bien a la ejecución, posterior al nacimiento del crédito y en el que la anotación carece de aquella eficacia (constitutiva). «[L]a cancelación de un derecho real de garantía no puede equipararse al alzamiento de una simple traba o embargo para asegurar o ejecutar un crédito de naturaleza obligacional, siendo que el artículo 79 LH [Ley Hipotecaria], al señalar los modos de cancelación de las inscripciones (en el caso de hipoteca) no recoge la ineffectividad de los modos de apremio, sino la extinción completa del crédito (apartado segundo)» (AJMer Madrid núm. 6, de 17 de enero 2017, JUR 2017\39383). Esa distinta naturaleza se refleja, por ejemplo, en que el alzamiento de un embargo no impide que se vuelva a decretar más tarde para asegurar el mismo bien o derecho, mientras que la hipoteca cancelada no puede ser rehabilitada porque, por definición, en los supuestos de su cancelación por extinción del crédito, este crédito ya no existe.

Este criterio de inaplicación del alzamiento de la carga a la ejecución de garantías reales ha sido asumido por el legislador del Texto Refundido de la Ley Concursal para las ejecuciones hipotecarias en el seno del concurso, viniendo así a resolver las dudas que se planteaban bajo la normativa de la Ley Concur-

sal del 2003 (vide, por ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, de 17 de enero del 2017, antes citado). Ahora, cuando la subasta de bienes hipotecados o pignorados se realiza en la fase de liquidación del concurso, el artículo 423 bis de dicho texto refundido, por un lado, mantiene el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando el acreedor beneficiario de la garantía opta por pedir la adjudicación del bien, pero lo modifica cuando no hace uso de esa facultad dentro del plazo establecido en la ley, sustituyendo en tal caso el alzamiento de la carga por la adjudicación directa o la apertura de una nueva subasta sin postura mínima, según que el valor de los bienes subastados sea, respectivamente, inferior o superior a la deuda garantizada.

3. Por tanto, hay que entender que, en el caso de subasta desierta en el procedimiento de ejecución hipotecaria (o de bienes pignorados), si el acreedor no opta por adjudicarse el bien, no se produce la cancelación de la garantía real a instancia del deudor. La pregunta es qué ocurre con el proceso de ejecución en el que subsisten el crédito y el derecho real que lo garantiza, pero el bien no puede ser adjudicado por la pasividad del acreedor ni el procedimiento puede terminar por caducidad, al no ser aplicable esta institución al proceso de ejecución (art. 239 LEC).

En el supuesto resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de diciembre del 2010 (JUR 2011\77635), el juzgado había entendido (en la resolución recurrida) que, «no procediendo dejar sin efecto el embargo, porque éste no existe, ni tampoco cancelar la hipoteca, parece que lo equivalente es que se sobresea el procedimiento y que se expida mandamiento de cancelación de la nota de expedición de certificación

de dominio y cargas». Pero la audiencia revocó este criterio: «la simple inactividad de la parte ejecutante no puede conllevar lo acordado por el juzgado mientras subsista la deuda, puesto que en otro caso se estaría primando la actitud pasiva del deudor que tampoco realiza actividad alguna tendente al pago». Dice la audiencia: «Como señala la doctrina procesalista, citada en su recurso por la entidad apelante, nada ni nadie puede impedir al acreedor que haga valer su derecho en otro momento posterior ya que, a tenor del artículo 570 LEC, la ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor, de lo que se deriva que el proceso de ejecución ha de poder permanecer abierto». Y esta conclusión se alcanza también en el artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, después de excluir la caducidad de la instancia en la ejecución forzosa, dispone que las actuaciones que la integran «se podrán proseguir hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado, aunque hayan quedado sin curso durante los plazos señalados en este título».

4. Si el procedimiento permanece abierto y subsiste la inactividad del acreedor, ¿sigue viva la anotación marginal de constancia de haberse expedido la certificación de dominio y cargas o deberá el letrado de la Administración de Justicia expedir mandamiento de cancelación de aquélla? Ya dije que esta segunda fue la decisión adoptada por la resolución recurrida en apelación en el supuesto resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón antes citado, pero vinculada a la también decisión de sobreseer el procedimiento. A mi juicio, si el procedimiento de ejecución subsiste (y, por tanto, sin posterior apertura de otro nuevo en el caso de que el acreedor decida actuar), parece razonable entender que permanecen todas sus actuaciones, incluida la referida nota marginal, siendo aplicable la norma del artículo 688.2, II, de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «En tanto no se cancele por mandamiento del letrado de la Administración de Justicia dicha nota marginal, el registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución».