

Vinculación de la anotación de embargo a la hipoteca cuando para su efectividad se sigue el procedimiento de ejecución ordinario

Faustino Javier Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se analiza si es posible acordar el embargo en un procedimiento de ejecución ordinaria para la efectividad de la hipoteca y, en caso afirmativo, si aquél debe quedar vinculado a la hipoteca.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de noviembre del 2019 (BOE de 8 de enero del 2020) resuelve el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad por la que se denegaba la vinculación de una hipoteca objeto de ejecución en vía ordinaria con la anotación de embargo cuya práctica se ordenaba en dicho procedimiento (de ejecución). Las cuestiones que se plantean son estas tres: 1) si para la efectividad de la hipoteca es posible incoar un procedimiento de ejecución ordinario; 2) en caso de que la respuesta sea afirmativa, si en ese procedimiento es posible acordar el embargo de la finca hipotecada, y 3), si la respuesta es también afirmativa, si el embargo acordado (y su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad) debe vincularse a la hipoteca constituida sobre el bien.

- 1) La respuesta a la primera pregunta debe ser afirmativa. Como dice el centro directivo, «el derecho real de hipoteca sujeta directa e inmediatamente un bien inmueble, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación en cuya seguridad fue constituida (artículo 104 de la Ley Hipotecaria). Consecuentemente, si la obligación es incumplida el acreedor

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

puede dirigirse directamente contra el bien hipotecado y realizar su valor a fin de resarcirse con su importe»; y no se discute que puede hacerlo por cualquiera de las vías que tiene abiertas: la venta extrajudicial ante notario, la vía ejecutiva directa —bien por la ejecución especial hipotecaria, bien por la ejecución ordinaria— y la vía del proceso declarativo ordinario.

Si el acreedor siguió esta última vía y obtuvo el reconocimiento de su derecho en un procedimiento declarativo, deberá seguir, para la efectividad de la sentencia que en él se dicte, la vía del procedimiento ordinario de ejecución. La naturaleza del título —en este caso la sentencia de condena— condiciona el tipo de ejecución, que será la ordinaria, la cual, por la indisponibilidad de las normas procesales, no podrá verse alterada (pretendiendo, por ejemplo, la aplicación de las normas de la ejecución especial hipotecaria) por el acuerdo de las partes ni, mucho menos, por la voluntad unilateral del acreedor. Y, en consecuencia, las normas por las que se regirá son las propias de la ejecución (ordinaria) dineraria de títulos judiciales; en especial, serán aplicables a ella el principio de responsabilidad universal del deudor (art. 1911 CC), la caducidad de la acción ejecutiva (art. 518 LEC), el plazo de espera (art. 548 LEC), la innecesariedad del previo requerimiento de pago (art. 580 LEC) y las normas reguladoras de la oposición a la ejecución (art. 556 LEC y concordantes).

- 2) Al recaer en tal caso la ejecución, sólo o junto con otros bienes, sobre el inmueble hipotecado, se plantea, entre otras cuestiones, si será necesario solicitar —y acordar— su embargo, que está excluido en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

La respuesta afirmativa parece una consecuencia obligada de lo que antes decíamos sobre las normas que rigen esta ejecución (ordinaria). Así lo entiende la resolución analizada, en la que el centro directivo se inclina por su exigencia: «Respecto a la necesidad de practicar embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, así lo presupone el artículo 127 de la Ley Hipotecaria cuando en relación [con] los terceros poseedores se establece que "cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes [...]". Este mismo criterio ha sido defendido por esta Dirección General en Resoluciones de 10 de diciembre de 1997 y 23 de julio de 1999 recogidas en las más recientes de 14 de diciembre del 2015 y 1 de febrero del 2017».

En cambio, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado en sentido contrario, tanto la científica como la de nuestros tribunales, que ya desde antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 había apostado por la innecesariedad del embargo. En tal sentido, se pronunció el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, de 28 de abril de 1998 (AC 1998\5092): «... las reseñadas peculiaridades (de la hipoteca y el embargo) no empañan el que las análogas apuntadas permitan afirmar que los efectos que produce el embargo ya se han conseguido con la hipoteca. En consecuencia, resulta innecesario embargar el bien hipotecado. Una vez incoada la ejecución, el bien hipotecado puede ser sometido a la actividad de apremio,

sin necesidad de practicar sobre el mismo el embargo. Tesis que es la mantenida por nuestra doctrina científica especializada...». Y el mismo criterio es mantenido, ya bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual, por el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 5 de noviembre del 2007 (JUR 2008\56988), que, rectificando el criterio del juez de primera instancia, dice: «Esta Sala por el contrario se inclina en el sentido expuesto por numerosa doctrina que entiende innecesario y a menudo perturbador el embargo de la finca ya hipotecada y afecta a determinadas responsabilidades, pues ante la existencia de la afcción que la hipoteca publica *erga omnes*, no añade ninguna garantía más el embargo, ni su anotación preventiva, sino que al contrario, si se traba el embargo y del mandamiento de anotación no se desprende claramente que se está ejecutando un crédito hipotecario podrían producirse importantes disfunciones cuando se dicta el auto de adjudicación y se pretenden cancelar la hipoteca finalmente ejecutada y todas las cargas posteriores». Y ello no es obstáculo para que «en la persecución de los bienes hipotecados, como aquí acontece, aún por la vía del procedimiento de ejecución ordinario o común, pueda reclamarse del Registro de la Propiedad la certificación del artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no es sino la del artículo 656 del mismo texto legal referida al procedimiento de apremio». Como dijo el primero de los autos antes citado, la última frase del artículo 143, II del Reglamento Hipotecario, según la cual «[n]o procederá la extensión de esta nota si antes no se ha hecho la anotación preventiva del embargo correspondiente», ha de entenderse referida sólo a aquellos casos en los que la anotación preventiva sea necesaria, es decir respecto de bienes no hipotecados especialmente.

Ahora bien, que el embargo sea innecesario no impide que pueda pedirse (por parte del acreedor) y acordarse (por parte del letrado de la Administración de Justicia). Pero —dice también el primero de los autos mencionados— «se trataría de una facultad de la que el ejecutante podría hacer uso y al que no se le podría imponer impidiéndole su acceso a la vía de apremio».

- 3) En el caso de que —por entenderse exigible o porque el acreedor hace uso de la facultad que se le reconoce— se acordaran el embargo y su anotación, con el fin de evitar las disfunciones que podrían producirse (a que se refiere el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid antes citado), se establece la vinculación del embargo a la hipoteca: si se practica la anotación de embargo, en la redacción del mandamiento el juzgado deberá cerciorarse de que en el Registro de la Propiedad se haga constar la conexión entre la anotación y la inscripción del crédito hipotecario que se está ejecutando, porque, en otro caso, la citada anotación aparecerá desvinculada de la hipoteca, lo que puede provocar serios conflictos en el momento de la inscripción del decreto de adjudicación o, peor aún, cancelar cargas posteriores a la hipoteca y anteriores a la anotación de embargo.

A estos posibles conflictos y a la necesidad de la vinculación alude la resolución ahora analizada: «Como resulta de la Resolución de 10 de diciembre de 1997 si entre la inscripción de la hipoteca y la anotación de embargo practicada por el ejercicio de la acción ejecutiva

ordinaria resultan cargas intermedias su cancelación devendría imposible, si dichos titulares no tuvieron en el procedimiento la posición jurídica prevista en el ordenamiento, al ignorar que la ejecución que se llevaba a cabo afectaba a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos. Para evitar estos efectos tan distorsionadores, como dijera la misma resolución, resulta preciso que desde el primer momento [el mandamiento de anotación], se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. Así lo consideró igualmente la Resolución de 23 de julio de 1999 que afirmó la necesidad de hacer constar por nota al margen de la hipoteca ejecutada su relación con la posterior anotación de embargo por la que publicaba la ejecución por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario».

- 4) La solución (exigencia de la vinculación) es razonable y, por eso, la resolución revoca la calificación negativa del registrador. «Ahora bien —continúa con una conclusión totalmente lógica—, debe tenerse especialmente en cuenta que esa preferencia sobre la carga intermedia, lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria, su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria».