

Nota relativa a la CANCELACIÓN DE HIPOTECA EN EJECUCIÓN BILATERAL Y EN CONCURSO: ¿procede tras una subasta desierta si el ejecutante no solicita la adjudicación en 20 días (art. 671 LEC)?

1. Antecedentes

La hipoteca que surge de un préstamo o crédito hipotecario es un derecho real inscrito, que por voluntad de las partes contratantes, garantiza el cumplimiento de una obligación personal con un bien inmueble.

El embargo es una medida cautelar, que afecta un bien inmueble a un concreto proceso de ejecución iniciado por el acreedor ejecutante.

Artículo 671. Subasta sin ningún postor

“Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado.”

Ante una subasta sin postores, la redacción actual del art. 671 LEC establece que el ejecutante dispone de un plazo de 20 días para solicitar la adjudicación del bien por una cuantía que oscila entre el 50% y el 70% del tipo de subasta, o por el importe total acreditado (una vez liquidados los intereses y tasadas las costas). Se trata por tanto de una facultad del ejecutante.

El último párrafo de este artículo establece que si el ejecutante no hace uso de esta facultad, se alzará el embargo a instancias del ejecutado.

La LEC no prevé cómo se debe proceder cuando esto ocurre en un procedimiento de ejecución hipotecaria, y la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la posibilidad de aplicar por analogía lo dispuesto en el art. 671 LEC.

2. Pese a que el art. 671 LEC sólo dispone el alzamiento del embargo ¿se debe interpretar que también contempla la cancelación de la hipoteca, o la cancelación de la nota marginal de ejecución hipotecaria y el sobreseimiento de la ejecución?

2.1. Argumentos en contra de la cancelación hipotecaria:

- El art. 671 LEC ha sido reformado por la Ley 42/2015 de 5 de octubre, y se ha mantenido la alusión al “*alzamiento del embargo*” sin añadir “*cancelación de la hipoteca*”. Por lo tanto, la literalidad de la LEC no prevé la cancelación de la hipoteca ni de la nota marginal de ejecución hipotecaria. Tampoco el sobreseimiento de la ejecución cuando el ejecutante no haga uso de la facultad que le concede el art. 671 LEC. En el art. 688.3 LEC sí que se dispone expresamente el fin de la ejecución cuando se constate que la hipoteca no existe o ha sido cancelada.
- El art. 79 LH enumera las causas para la cancelación de inscripciones y anotaciones, y entre ellas no se encuentra la subasta desierta en el procedimiento de ejecución hipotecaria. El art. 136 LH, sobre reglas de la inscripción y cancelación de las hipotecas, dispone que:

“Las inscripciones y cancelaciones de las hipotecas se sujetarán a las reglas establecidas en los títulos segundo y cuarto (art. 79 LH) para las inscripciones y cancelaciones en general, sin perjuicio de las especiales contenidas en este título.”

- Por su parte, el art. 82 LH establece los requisitos para la cancelación de inscripciones y anotaciones:

“Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causa-habientes o representantes legítimos.”

Podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva. Si constituida la inscripción o anotación por escritura pública, procediere su cancelación y no consintiere en ella aquel a quien ésta perjudique, podrá el otro interesado exigirla en juicio ordinario.”

- El art. 570 LEC dispone que: *“La ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante, lo que se acordará por decreto del Secretario judicial, contra el cual podrá interponerse recurso directo de revisión.”*
- Por otra parte, el art. 239 LEC, titulado *“Exclusión de la caducidad de la instancia en la ejecución.”* establece que:

“Las disposiciones de los artículos que preceden (caducidad de la instancia) no serán aplicables en las actuaciones para la ejecución forzosa. Estas actuaciones se podrán proseguir hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado, aunque hayan quedado sin curso durante los plazos señalados en este Título.”

- El alzamiento de un embargo no produce los mismos efectos que la cancelación de una hipoteca: el embargo se puede volver a decretar y anotar por circunstancias sobrevenidas, ya sea en la misma ejecución o en otro procedimiento judicial contra el mismo propietario, pero la hipoteca no puede ser rehabilitada una vez cancelada.
- Al margen de las ejecuciones hipotecarias en sede concursal (con planes de liquidación que disponen la cancelación de la hipoteca como cláusula de cierre), no nos hemos encontrado ninguna ocasión en la que se haya cancelado una hipoteca por el hecho de que haya resultado desierta la subasta y el ejecutante no haya hecho uso de la facultad del art. 671 LEC. Hemos localizado una resolución de un juzgado de 1ª instancia en tal sentido del año 2004, que la audiencia provincial se encargó de revocar por infundada (AAP Santa Cruz de Tenerife de 18.10.05), y otra resolución de 2010 que pretendía sobreseer el procedimiento y cancelar la nota marginal de ejecución hipotecaria, que siguió la misma suerte que la anterior cuando llegó a la audiencia (AAP Castellón de 21.12.10).

2.3. Argumentos a favor de la cancelación hipotecaria:

- Con motivo de la aplicación subsidiaria del art. 671 LEC al procedimiento de ejecución hipotecaria, un sector de la doctrina defiende que procede hacer una interpretación extensiva cuando el Legislador se refiere al alzamiento del embargo, para subsumir en dicho precepto la cancelación de la hipoteca o la cancelación de la nota marginal y el sobreseimiento de la ejecución.

- A principios de 2013, una sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real revocó la decisión de primera instancia de cancelar la nota marginal de ejecución hipotecaria y sobreseer la ejecución, porque opina que con base en el art. 681 LEC, se debe entender aplicable al procedimiento de ejecución hipotecaria lo dispuesto en el art. 671 LEC para el procedimiento de ejecución ordinaria.

Para rebatir la literalidad del art. 671 cuando menciona el alzamiento del embargo, expone que en este precepto sólo se habla de embargo y no de bien hipotecado, pero ello no es inconveniente para la aplicación de la norma en sede de ejecución hipotecaria, como tampoco lo es para el resto de normas con igual referencia a los bienes embargados y que sin embargo se aplican en la ejecución hipotecaria.

3. Cancelación hipotecaria en sede concursal.

En sede concursal, nos solemos encontrar con planes de liquidación que incorporan cláusulas de cierre con la intención de evitar que queden bienes a nombre de la concursada sin liquidar, y para ello contemplan el abandono de ciertos bienes para que puedan volver a ser adquiridos por terceros conforme al art. 609 CC, la cancelación de la hipoteca e incluso su donación a terceros o reparto entre los acreedores.

El Legislador impone una liquidación rápida en sede concursal y la Administración concursal debe esmerarse en llevarla a cabo en el menor tiempo posible, evitando así incurrir en causa de separación conforme a los arts. 153.1 y 191.6 LC.

En el procedimiento concursal de ejecución universal, no se otorga la condición de ejecutante al acreedor con privilegio especial cuando se señala la subasta y se le suele privar de las facultades de los arts. 670 y 671 LEC, entre otras (cada vez es más común la dispensa de consignación, e incluso empieza a concederse la posibilidad de ceder el remate a un tercero).

No obstante, el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de septiembre de 2015, permite al acreedor con privilegio especial hacer uso de la facultad del art. 671 LEC en caso de subasta desierta. A cambio, si deja transcurrir el plazo de 20 días sin ejercerla, permite la cancelación de la hipoteca sin tener que esperar a los 20 años del art. 148 LH. La justificación radica en el interés del concurso, con intención de evitar que se sigan generando créditos contra la masa y para cumplir con lo prescrito en la LC en cuanto a no alargar la fase de liquidación.

4. Conclusiones.

En mi opinión, la Audiencia Provincial de Ciudad Real hace una interpretación excesivamente extensiva del art. 671 LEC, con una premisa errónea, pues en contra de lo que afirma, en otros preceptos de la LEC que regulan la ejecución ordinaria sí que se mencionan los bienes hipotecados o pignorados cuando se pretende que le sean aplicables las normas generales de la ejecución ordinaria (arts. 579, 640.1, 642.1, 662.2 LEC).

Por lo tanto (y a salvo de nuevas modificaciones a nuestro sistema de ejecución hipotecaria que puedan producirse en el futuro, por ejemplo a instancias del TJUE), conforme a la literalidad del art. 671 LEC, la LEC, la LH, la jurisprudencia y nuestra experiencia, cuando resulta desierta la subasta hipotecaria y el ejecutante no hace uso de la facultad del art. 671 LEC, no está prevista legalmente la cancelación de la hipoteca ni de su nota marginal, no caduca la instancia ni cabe el sobreseimiento, y el procedimiento de ejecución hipotecaria debería quedar en suspenso, con la posibilidad de volver a solicitar nueva fecha de subasta en el futuro.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Ciudad Real y algunas voces en la doctrina opinan que existen argumentos para defender la tesis contraria, ya sea para cancelar la nota marginal de ejecución hipotecaria y sobreseer el procedimiento, como para cancelar la hipoteca, por cuyo motivo deberemos estar pendientes de la evolución de la jurisprudencia, y utilizar cuantos argumentos estén a nuestro alcance para defender tanto la vigencia de la hipoteca como del procedimiento de ejecución hipotecaria.

En el caso de cancelación de la nota marginal de ejecución hipotecaria y sobreseimiento, dado que dicha cancelación habrá sido solicitada por el ejecutado, podemos entender que el art. 20.3.2º LEC nos permitiría iniciar un nuevo procedimiento de ejecución hipotecaria.

Mario Lopera Rodríguez
MARIMÓN ABOGADOS, S.L.P.
Barcelona, a 5 de noviembre de 2015

*

*

*

Este documento ofrece al usuario directrices generales y opiniones sobre temas legales de carácter informativo, sin intención de sustituir el asesoramiento específico para cada caso concreto.