



La discriminación legal del ejecutado que no ostenta la condición de deudor en el proceso de ejecución hipotecaria

M.^a José Achón Bruñén

Doctora en Derecho Procesal

<https://orcid.org/0000-0001-9380-9236>

Extracto

En el presente artículo se analiza, desde un punto de vista crítico, la discriminación que en el procedimiento de ejecución hipotecaria sufre el ejecutado que no ostenta la condición de deudor, al que no se conceden algunos de los derechos que la ley otorga a este.

Palabras clave: hipotecante no deudor; tercer poseedor; subasta; concurso; ejecución hipotecaria; cláusulas abusivas.

Fecha de entrada: 13-04-2021 / Fecha de aceptación: 15-05-2021

Cómo citar: Achón Bruñén, M.^a J. (2021). La discriminación legal del ejecutado que no ostenta la condición de deudor en el proceso de ejecución hipotecaria. *Revista CEFLegal*, 246, 37-70.



The legal discrimination of the executed person who does not hold the status of debtor in the foreclosure process

M.^a José Achón Bruñén

Abstract

This article analyzes, from a critical point of view, the discrimination suffered by the foreclosed person in the foreclosure procedure who does not hold the status of debtor, who is not granted some of the rights that the law grants him.

Keywords: non-debtor mortgagee; third party holder; auction; bankruptcy; foreclosure; abusive clauses.

Citation: Achón Bruñén, M.^a J. (2021). La discriminación legal del ejecutado que no ostenta la condición de deudor en el proceso de ejecución hipotecaria. *Revista CEFLegal*, 246, 37-70.



Sumario

1. Problemas de legitimación pasiva cuando no coinciden el deudor y el titular del bien hipotecado
 - 1.1. Problemática acerca de si hay que demandar al deudor en el procedimiento hipotecario cuando el bien hipotecado no es de su propiedad
 - 1.2. Casos en que resulta necesario demandar al tercer poseedor y supuestos en que basta con notificarle la demanda
2. Despacho de ejecución si el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor están declarados en concurso
 - 2.1. Deudor, no propietario del bien hipotecado, declarado en concurso
 - 2.2. Tercer poseedor declarado en concurso
 - 2.3. Concurso del hipotecante no deudor
3. Discriminación legal del ejecutado que no ostenta la condición de deudor
 - 3.1. Porcentajes superiores para que el ejecutante se adjudique la vivienda habitual hipotecada cuando es propiedad del deudor, pero no de otro ejecutado
 - 3.2. Limitación de las costas al 5 % de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva solo en caso de ejecución de la vivienda habitual del deudor
 - 3.3. Inclusión en las costas de la tasa abonada por el ejecutante solo si el préstamo se ha utilizado para adquirir la vivienda habitual
 - 3.4. Derecho concedido solo al deudor de liberar su vivienda habitual hipotecada sin el consentimiento del ejecutante, en caso de vencimiento anticipado por impago de cuotas
 - 3.5. Mayores limitaciones del hipotecante no deudor y del tercer poseedor para alegar cláusulas abusivas y para conseguir la restitución de sus efectos
4. Derechos del hipotecante no deudor y del tercer poseedor que no ostenta el deudor
 - 4.1. Derecho del hipotecante no deudor a que se le aplique la Ley 5/2019 si es persona física aun cuando el deudor no lo sea
 - 4.2. Derecho a recibir el sobrante aun cuando quede deuda pendiente de pago que exceda de la cobertura hipotecaria
 - 4.3. Derecho a no ser demandados en una ejecución ordinaria posterior a la hipotecaria si con lo obtenido en esta no se ha satisfecho por completo la deuda del acreedor
 - 4.4. Derecho del hipotecante no deudor a subrogarse en la posición del acreedor frente al deudor o fiador si paga o se subasta el bien hipotecado
 - 4.5. Derecho del tercer poseedor a que la hipoteca no se extienda a nuevas construcciones sobre la finca hipotecada
 - 4.6. Derecho del hipotecante no deudor (no del tercer poseedor) a que ni el fiador ni el deudor puedan reclamarle parte de las cantidades abonadas por ellos

Referencias bibliográficas



1. Problemas de legitimación pasiva cuando no coinciden el deudor y el titular del bien hipotecado

El artículo 685.1 de la LEC, en sede de procedimiento hipotecario, dispone 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 bienes¹.

Este precepto plantea numerosos problemas prácticos que analizamos en las siguientes líneas.

1.1. Problemática acerca de si hay que demandar al deudor en el procedimiento hipotecario cuando el bien hipotecado no es de su propiedad

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 ese proceso se puede proceder contra ningún otro bien de su patrimonio.

A favor de demandarle se puede alegar que el artículo 685.1 de la LEC exige dirigir la demanda ejecutiva contra el deudor y el artículo 686.1 requerirle de pago, salvo que con la demanda se presente acta notarial que acredite que se le ha requerido de pago con al menos 10 días de antelación. Asimismo, el artículo 132.1.º de la 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

¹ De los términos legales pudiere parecer que nunca pueden ser demandados conjuntamente el tercer poseedor y el hipotecante no deudor. No obstante, si el tercer poseedor tan solo hubiere adquirido el usufructo o la nuda propiedad, conservando el hipotecante no deudor el correlativo derecho sobre el bien, la demanda ejecutiva habrá de dirigirse, además de contra el deudor, contra el tercer poseedor y contra el hipotecante no deudor.

Si hubiere más de un tercer poseedor por pertenecer a una persona, la propiedad o el dominio directo y a otra el usufructo o el dominio útil, se entenderá con ambas el requerimiento (art. 127.4 LH).

estas normas es claro, siendo especialmente significativo el uso de la palabra «deberá» que utiliza el artículo 685 de la LEC, dado que no se trata de una opción sino de un imperativo.

Tales preceptos, interpretados literalmente (art. 3.1 CC), 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, al poder seguirse contra él una ejecución ordinaria. A favor de esta tesis se pronuncian numerosas resoluciones², y a nuestro juicio con la vigente regulación es la interpretación más acertada.

De todos modos, en contra se alega que en el procedimiento hipotecario se está ejercitando una acción real, de forma que lo que se pretende con la demanda es la realización de los bienes afectos, por lo que lo lógico es que la demanda solo se dirija contra el propietario de dichos bienes, independientemente de que este sea o no deudor de la obligación insatisfecha. El Tribunal Supremo secunda esta tesis en la Sentencia, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015, rec. núm. 2820/2001, res. núm. 770/2014, en que, en relación con el antiguo procedimiento del artículo 131 de la LH, afirma que el deudor debe ser requerido de pago, pero no es necesario que sea demandado³. En similares términos se pronuncia alguna resolución de la jurisprudencia menor⁴.

La DGRN (actual DGSJFP) considera que la falta de demanda al deudor en el procedimiento hipotecario y el requerimiento de pago al mismo suponen la infracción de un trámite esencial del procedimiento causante de nulidad, pues aunque el requisito, de haberse demandado y requerido de pago al deudor, no puede radicar en el principio de tracto sucesivo, puesto que no es titular registral, existen importantes conexiones entre la obligación

² AAP de Madrid, Sec. 19.ª, 171/2009, de 26 de junio, rec. núm. 325/2009, y Sec. 12.ª, 768/2012, de 12 de diciembre, rec. núm. 254/2012; Valencia, Sec. 6.ª, 45/2015, de 3 de marzo, rec. núm. 573/2014; Vizcaya, Sec. 5.ª, 77/2019, de 26 de junio, rec. núm. 470/2018.

³ STS, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015, rec. núm. 2820/2001, res. núm. 770/2014: «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».

⁴ AAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 16 de octubre de 2012, rollo 5932/2012.

del deudor y la garantía real hipotecaria, que podrían explicar que el legislador exija que la acción se dirija también contra el deudor aunque no sea dueño de la finca. No obstante, el centro directivo ha matizado esta doctrina, declarando que en el caso de que una resolución judicial firme haya fallado sobre la improcedencia de demandarle, no le compete al registrador cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al artículo 100 del RH⁵.

De todos modos, con independencia de la tesis que se secunde, en todo caso será necesario requerir de pago al deudor no hipotecante, pues si la enajenación de la finca no fuera suficiente 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, lo que implica que, aun cuando no se dirija contra él la demanda, sea necesario que se le requiera de pago⁶.

1.2. Casos en que resulta necesario demandar al tercer poseedor y supuestos en que basta con notificarle la demanda

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 adquiere la propiedad de la finca hipotecada no es tercer poseedor, pues le sucede en la deuda.

El artículo 685.1 de la LEC tan solo exige demandar 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 Constitucional⁷ y de la

⁵ Resolución de la DGRN de 2 de agosto de 2016: «Por lo que no nos encontramos ante una omisión en la formulación de la demanda que podría dar lugar a la nulidad del procedimiento, sino ante una serie de decisiones judiciales sobre la condición de demandado del deudor y por ende sobre los efectos de la omisión puesta de manifiesto, esto es, sobre la propia existencia de la nulidad, que proceden de la valoración e interpretación de la normativa aplicable por el juez competente, en cuya fundamentación no puede entrar el registrador. Porque si bien el registrador debe velar por la intervención del deudor en el procedimiento en la forma dispuesta por la legislación invocada, una vez una resolución judicial firme decide sobre su improcedencia, no le compete cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario».

⁶ Resolución de la DGRN de 7 de julio de 2017.

⁷ STC 79/2013, Sala 1.ª de 8 de abril, rec. núm. 6996/2011: «En este sentido, el art. 685 LEC 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 este que entendido según el art. 24 CE 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».

DGSJFP (antigua DGRN)⁸, que entienden que en todo caso 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 tesis ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina⁹ y no todos los tribunales la secundan; así, la SAP de Madrid, Sec. 20.^a, 199/2018, de 4 de junio, rec. núm. 129/2018, 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 Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de junio de 2004, rec. núm. 2175/1998, res. núm. 462/2004, en la que afirma que la acreditación por parte del tercer poseedor de su adquisición implica una conducta positiva, no siendo suficiente para entender cumplida aquella condición con su inscripción en el Registro de la Propiedad¹⁰. Asimismo, en la STS de 28 de septiembre de 2009, rec. núm. 1388/2005, res. núm. 627/2009, afirma que:

No es esta 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 aquel que le «acreditó» la adquisición, exigiéndole la ley simplemente la aportación de su título de ejecución debidamente inscrito.

No obstante, la DGSJFP/DGRN¹¹ considera que la citada doctrina jurisprudencial no puede mantenerse tras la STC 79/2013, de 8 de abril, rec. núm. 6996/2011, en la que el Alto Tribunal declara que:

⁸ Resoluciones de la DGRN de 20 de marzo de 2014, 10 de julio de 2017 (BOE de 27 de julio de 2017) y 29 de marzo de 2019 (BOE de 16 de abril de 2019).

⁹ Cfr. García Vila (2014).

¹⁰ STS de 3 de junio de 2004, rec. núm. 2175/1998, res. núm. 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 3.^a *no imponía al acreedor requerir de pago al tercer poseedor a todo trance, sino sólo* «en el caso de que este 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 5.^a *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*».

¹¹ Resoluciones de la DGRN 15 de febrero de 2018 y de 26 de julio de 2019.

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.

La ejecución hipotecaria en modo alguno permite excepciones al derecho de defensa de los interesados, no siendo admisibles lecturas restrictivas de la intervención de quienes son titulares de derechos e intereses legítimos, entre el que figura el denominado legalmente como tercer poseedor, el cual debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito, ya que de este modo se ha de considerar suficientemente acreditada su adquisición frente al acreedor.

Asimismo, la DGSJFP/DGRN entiende necesario demandar al tercer poseedor cuando en el momento de interponer la demanda exista un mero asiento de presentación a su favor, dado que el artículo 24 de la LH considera como fecha de la inscripción a todos los efectos la fecha del asiento de presentación, retrotrayendo la eficacia de la inscripción posterior a la fecha de dicho asiento¹².

De todos modos, si el conocimiento o la propia existencia del tercer poseedor fuere posterior a la demanda ejecutiva por haber inscrito su derecho después en el registro, no será causa de nulidad no haberle demandado. No obstante, si al recibir la certificación registral se conociera su existencia, 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 de la LEC 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).

La comunicación efectuada por el registrador al amparo del artículo 659 de la LEC 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 hi-

¹² 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 artículo 24 de la 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.

poteca pagar y subrogarse en el lugar del acreedor, sin que a estos efectos pueda resultar de aplicación el artículo 660.2 de la LEC, 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 adquiriera el inmueble en la ejecución»¹³.

En el supuesto 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.

También podrá ser motivo para la interposición de un recurso de amparo cuando, constando en la certificación de cargas que el titular del inmueble es distinto al deudor hipotecario, ni se le requiera de pago ni se le notifique la existencia del procedimiento¹⁴.

Asimismo, no se podrá inscribir el decreto de adjudicación 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)¹⁵.

En la Resolución de la DGRN de 5 de septiembre de 2016 se llega a otorgar la condición de tercer poseedor al titular del derecho de uso que consta en el registro con posterioridad a la hipoteca, considerando que si no se le ha demandado, o en su caso notificado la existencia del procedimiento hipotecario, no se podrá inscribir el testimonio del decreto de adjudicación. No obstante, esta resolución ha sido revocada por la Audiencia Provincial de Granada, Sec. 4.ª, en Sentencia 10/2019, de 11 de enero, rec. núm. 405/2018, que considera 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, por lo que 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 artículos 661, 675 y 704 de la LEC¹⁶.

¹³ Resoluciones de la DGRN de 18 de septiembre de 2013 y de 21 de marzo de 2014.

¹⁴ El TC, en la Sentencia, Sala 1.ª, 79/2013, de 8 de abril, rec. núm. 6996/2011, 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 artículo 24 de la CE.

¹⁵ RDGRN de 20 de noviembre de 2014.

¹⁶ La regla general es que si el derecho de uso no consta en el registro o figura inscrito con posterioridad a la hipoteca, se extinguirá tras la subasta, al no ser oponible a terceros de buena fe que hayan confiado en la exactitud del registro, todo ello sin perjuicio de que, dentro del ámbito matrimonial, pueda el perjudicado instar una modificación de medidas a los efectos del incremento de las prestaciones económicas a fin de ser compensado por la pérdida de ese derecho de uso (SSTS 584/2010, de 8 de octubre y 118/2015,

2. Despacho de ejecución si el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor están declarados en concurso

2.1. Deudor, no propietario del bien hipotecado, declarado en concurso

El hecho de que el deudor haya sido declarado en concurso no presenta relevancia alguna a los efectos de iniciar el procedimiento hipotecario cuando el bien hipotecado no le pertenece, toda vez que la ejecución se dirige contra un bien que no es propiedad del mismo, siendo inocua la posición del deudor en situación de concurso para las resultas del procedimiento hipotecario seguido contra los bienes del hipotecante no deudor¹⁷, puesto que si la propia Ley concursal admite la prosecución del procedimiento cuando se trata de bienes no vinculados a la actividad del concursado (art. 146 de la LC), cuanto más habrá de reconocerse la oportunidad de la misma cuando tales bienes sean de todo ajenos a la masa por ser de titularidad ajena, quedando preservada la posición del deudor por la relegación del ejercicio de las ulteriores acciones ejecutivas personales conforme predica el artículo 142 de la LC que, como regla general, no permite la iniciación de ejecuciones singulares contra el mismo¹⁸.

De todos modos, cuando el deudor estuviere declarado en concurso, y no el hipotecante no deudor, el crédito del acreedor real no se puede calificar como privilegiado¹⁹.

El problema en estos casos es si hay que demandar al deudor en la ejecución hipotecaria.

Algunas resoluciones²⁰ entienden que el hecho de que el deudor esté en concurso no presenta relevancia alguna y que habrá que demandarlo en el procedimiento hipotecario,

de 6 de marzo. AAP de Guadalajara, Sec. 1.^a, 12/2009, de 20 de enero, rec. núm. 261/2008. SAP de Valencia, Sec. 7.^a, 245/2009, de 8 de mayo, rec. núm. 878/2008. Resoluciones de la DGRN de 8 de abril de 2015 y 8 de marzo de 2018).

¹⁷ STS, Sala 1.^a, de 18 de junio de 2014: «Por consiguiente, el acreedor que ha recibido del fiador una garantía real (prenda), en caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor aun hallándose este en concurso, puede ejecutarla en los términos convenidos, hasta donde alcance la garantía».

¹⁸ AP de Granada, Sec. 5.^a, auto núm. 245/2015, de 28 diciembre.

¹⁹ Resolución de la DGSJFP de 19 de octubre de 2020. Cfr. Sánchez Pérez (2014) y Cano (2017).

²⁰ AAP de La Rioja, Sec. 1.^a, 40/2018, de 19 de marzo, rec. núm. 102/2017: «Como es de ver, la demanda de ejecución hipotecaria se ha dirigido exclusivamente contra el hipotecante no deudor, Obanos Elguea Gestión SL, no habiéndose dirigido la misma contra el deudor prestatario Alba Rubio SA, que fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 18 de octubre de 2012 del juzgado de lo mercantil n.º 6 de Logroño, en procedimiento de concurso voluntario 801/2012 [...]. En este caso, no debió admitirse a trámite la demanda de ejecución hipotecaria en los términos en los que estaba planteada, por no ajustarse a lo dispuesto en el art. 685.1 de la LEC, norma procesal de orden público de obligada observancia, lo que determina la nulidad de lo actuado, pues conforme a lo establecido en el apartado

pues la ejecución se dirige contra un bien que no es de su propiedad, ya que aunque ciertamente no podrá pagar al margen del concurso, sí puede ejercitar su derecho de defensa. Bien es cierto que el deudor no podría hacer frente a la deuda, pero el artículo 685 de la LEC no distingue entre deudor solvente o deudor insolvente y exige imperativamente que sea demandado en la ejecución hipotecaria.

De todos modos, como hemos reseñado *supra*, el propio Tribunal Supremo (sentencia de 12 de enero de 2015, rec. núm. 2820/2001, res. núm. 770/2014) ha puesto en tela de juicio la necesidad de demandar al deudor en el procedimiento hipotecario cuando no sea el propietario del bien. Asimismo, algunas resoluciones consideran 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 (autos de la AP de Barcelona, Sec. 16.ª, de 15 octubre de 2013, núm. 236/2013 y de la AP de Córdoba, Sec. 1.ª, de 17 de junio de 2015, núm. 308/2015)²¹.

tercero del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son nulos de pleno derecho los actos judiciales cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley, o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido efectiva indefensión, como ocurre en el presente caso, en el que la deudora Alba Rubio SA no pudo articular oposición alguna a la demanda presentada por Bankia SA, por lo que procede declarar la nulidad del procedimiento desde el momento inmediatamente anterior al dictado del auto de 22 de marzo de 2016, a fin de que por el juzgado se requiera a la parte demandante para que en el plazo que al efecto se señale, amplíe la demanda frente a Alba Gestión SA, y de no hacerlo así se proceda al sobreseimiento y archivo de la ejecución».

En parecidos términos, AAP Vizcaya, Sec. 5.ª, 77/2019, de 26 de junio, rec. núm. 470/2018. García-Rostán Calvín (2014). Según esta autora es cierto que la condición de parte del deudor concursado en el proceso de ejecución hipotecaria va a conllevar su condena en costas si la ejecución sigue su curso, pero no por ello se produce una diferencia relevante en el número e importe de créditos a los que ha de hacer frente su patrimonio en comparación con la situación que se produciría de ser el hipotecante no deudor el único demandado y condenado en costas, pues este podría repercutir en el deudor tal condena.

²¹ AAP de Córdoba, Sec. 1.ª, núm. 308/2015, de 17 junio (JUR 2015\193257: «Sin embargo, encontrándose a la fecha de presentación de la demanda dicha compañía mercantil deudora en concurso de acreedores, no era posible dirigir la ejecución contra ella, conforme al artículo 55.1 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), por lo que la única legitimada posible era la mencionada hipotecante no deudora. Sin que se plantee propiamente situación de litisconsorcio pasivo necesario, como se afirma en el recurso de apelación, puesto que los títulos de responsabilidad frente a la entidad acreedora son diferentes, ya que Cocipesca, S.L. responde a título personal o contractual, como prestataria; mientras que la obligación de la apelante es de carácter real, como garante hipotecaria. E incluso aunque se considerase que existía tal situación litisconsorcial estricta, el litisconsorcio queda roto *ex lege* por la previsión del mencionado artículo 55.1 de la Ley Concursal, como se desprende claramente del artículo 568.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) (al que se remite, en lo que se refiere a la ejecución

Asimismo, la DGSJFP/DGRN²² considera que si el deudor se encuentra declarado en concurso, hay argumentos para considerar que el no haber dirigido la demanda del procedimiento hipotecario contra él 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.

2.2. Tercer poseedor declarado en concurso

La declaración de concurso del tercer poseedor no afecta a la ejecución de la garantía real (art. 151 LC), por lo que podrá iniciarse y tramitarse el procedimiento hipotecario aunque el bien sea necesario para su actividad profesional y empresarial.

El hecho de que la ley autorice a iniciar un procedimiento hipotecario y a no suspenderlo, cuando el concursado tiene la condición de tercer poseedor, tiene como finalidad evitar que cualquier deudor pretenda perjudicar a su acreedor transmitiendo los bienes gravados a un concursado o a una persona cercana al estado de insolvencia²³.

2.3. Concurso del hipotecante no deudor

La Ley concursal no establece ninguna previsión normativa para el caso de que fuere declarado en concurso el hipotecante no deudor (es decir, quien hipotecó un bien propio por una deuda ajena), por lo que procede preguntarse si resulta oportuno otorgarle el mismo tratamiento que al tercer poseedor, aun cuando la ley no lo disponga expresamente, habida cuenta de que la situación es muy similar, dado que ambos son titulares de bienes hipotecados sin ser deudores.

A favor de otorgarle el mismo tratamiento se considera que su declaración de concurso no tiene por qué afectar a la ejecución de la garantía real, dado que el acreedor hipotecario

hipotecaria, el artículo 681 de la misma Ley), al permitir en caso de pluralidad de ejecutados y cuando alguno de ellos está en concurso, la ejecución contra los ejecutados no concursados».

²² En la Resolución de la DGRN de 7 de junio de 2012 se resuelve un recurso en que la entidad deudora no fue demandada, aunque se le notificó y requirió de pago, si bien, en un domicilio no designado en la escritura de constitución de la hipoteca; sin embargo, el centro directivo considera que el hecho de no dirigir la demanda contra el deudor, aunque podría dar lugar a que no fuera factible para el acreedor embargar otros bienes del mismo, ex art. 579 de la LEC, pues faltaría un presupuesto para ello, que es la reclamación contra el deudor dentro del procedimiento de ejecución, no impide la inscripción de la adjudicación del bien cuando este pertenece al hipotecante no deudor que ha consentido el decreto de adjudicación y la firmeza del mismo. En parecidos términos se pronuncian las Resoluciones de la DGRN de 22 de julio de 2014 y de 15 de octubre de 2014.

²³ RDGRN 1 de abril de 2014.

no ostenta un derecho de crédito contra el concursado, aunque la garantía se haga efectiva contra un bien hipotecado que forma parte de su patrimonio²⁴.

No obstante, en contra se pronuncia, *obiter dicta*, el Tribunal Supremo, Sala 1.^a, en la sentencia de 18 de junio de 2014, rec. núm. 711/2012, res. núm. 313/2014, que en un caso de concurso del hipotecante no deudor considera posible paralizar la ejecución de la garantía real²⁵.

Asimismo, la DGSJFP/DGRN entiende que no se puede otorgar el mismo tratamiento al hipotecante no deudor que al tercer poseedor, puesto que mientras que aquel es parte en el negocio jurídico de constitución de la garantía y, normalmente, parte en la obligación garantizada; sin embargo, el tercer poseedor resulta ajeno a la obligación garantizada. El bien inmueble hipotecado se encuentra integrado en el inventario de bienes de la masa activa del concurso del hipotecante no deudor, de acuerdo con el principio de universalidad de la masa activa, por lo que, a efectos de ejecución, debería someterse a las reglas generales y no aplicar por analogía la regulación del tercer poseedor (RDGSJFP, de 19 de octubre de 2020).

En todo caso, lo que está claro es que en el concurso del hipotecante no deudor no podrá ser incluida dicha deuda en la masa pasiva, aun cuando en el inventario deba incluirse el bien con la minoración que conlleva el gravamen de la hipoteca²⁶. No obstante, si la obligación fuera satisfecha por el deudor extraconcurzalmente, se extinguirá la garantía real mediante la cancelación del correspondiente asiento registral, recuperando los bienes sobre los que se hubiera constituido la garantía de la integridad del avalúo que les correspondiera por su valor de mercado, sin la merma de la carga ya desaparecida²⁷. El crédito del acreedor hipotecante no puede ser objeto de calificación en el concurso del hipotecante no deudor, como si de un mero fiador se tratara, pues ningún crédito concursal le debe ser reconocido, dado que el concursado no es su deudor²⁸.

²⁴ SAP de Orense, Sec. 1.^a, 214/2018, de 27 de julio, rec. núm. 19/2018: «El tercero hipotecante no deudor responde de la deuda con el límite del bien hipotecado, que puede ejecutarse separadamente al devenir del concurso, pudiendo el beneficiario de la garantía iniciar la ejecución con anterioridad al concurso y continuarla durante el mismo o promoverla tras la declaración de concurso».

²⁵ STS, Sala 1.^a, de 18 de junio de 2014, rec. núm. 711/2012, res. núm. 313/2014: «[...] consecuencia de cuanto precede, no es de aplicación el apartado 3 del art. 61 al ser el préstamo un contrato unilateral, y no estar el fiador real en concurso, en cuyo supuesto, podría invocarse, en su caso, la paralización de la ejecución de la garantía que prevé el art. 56 LC».

²⁶ SSAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 28 de septiembre de 2011, rec. núm. 402/2011; Córdoba, Sec. 3.^a, de 23 de septiembre de 2013, rec. núm. 213/2013; SAP de Granada, Sec. 3.^a, de 7 de abril de 2016, rec. núm. 96/2016, res. núm. 87/2016.

²⁷ SAP de Córdoba, Sec. 3.^a, de 23 de septiembre de 2013, rec. núm. 213/2013, res. núm. 146/2013.

²⁸ SAP de Granada, Sec. 3.^a, 87/2016, de 7 de abril, rec. núm. 96/2016 (SP/SENT/866801).

3. Discriminación legal del ejecutado que no ostenta la condición de deudor

3.1. Porcentajes superiores para que el ejecutante se adjudique la vivienda habitual hipotecada cuando es propiedad del deudor, pero no de otro ejecutado

En caso de subasta desierta no es justo que el artículo 671 de la LEC solo exija al ejecutante ofrecer una cantidad de al menos el 70 % del valor de salida, o si lo debido es inferior, del 60 %, si se trata de la vivienda habitual «del deudor» (y no de otro ejecutado).

En parecidos términos, el artículo 670.4 establece que si ningún postor ofrece al menos el 70 % del valor por el que el inmueble ha salido a subasta ni el ejecutado presenta en 10 días un tercero que adquiera el bien por cantidad superior a dicho importe o al menos que cubra todo lo debido, el ejecutante, en el plazo de 5 días, se podrá adjudicar el mismo por el 70 % o por lo que se le debe por todos los conceptos, siempre que sea superior a la mejor postura y al 60 % del valor de tasación. La disposición adicional sexta de la LEC (introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre) matiza que la exigencia de ser superior al 60 % solo opera para el caso de vivienda habitual «del deudor».²⁹

Estas discriminaciones legales de unos ejecutados respecto de otros no resultan justas, pues aunque bien es cierto que parte de la jurisprudencia menor³⁰ se muestra a favor de una interpretación extensiva del término «deudor», entendiendo como tal a «todo ejecutado», otras resoluciones defienden una interpretación literal³¹.

²⁹ La técnica legislativa resulta pésima, ya que una lectura literal del artículo 670.4 no permite ni tan siquiera sospechar que solo respecto de la *vivienda habitual del deudor* opera dicha exigencia. Para conocer dicho extremo debemos consultar la disposición adicional sexta, segundo párrafo, de la LEC, resultando reprobable que una modificación que afecta directamente al artículo 670.4 no esté incluida en el propio precepto y que se discrimine, sin razón alguna, a quien siendo ejecutado no reuna la condición de deudor.

³⁰ AAP de Madrid, Sec. 14.^a, de 28 de julio de 2016, rec. núm. 148/2016, res. núm. 315/2016: «En esas condiciones se impone la revocación del auto apelado, ya que aunque la vivienda hipotecada no sea la habitual del deudor, sí 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».

El AAP de La Coruña, Sec. 6.^a, 62/2018, de 29 junio, rec. núm. 433/2017, considera que «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 aquellas la misma finalidad tuitiva del precepto». En igual sentido, Sánchez Gálvez (2014).

³¹ En contra: AAP de Barcelona, Sec. 1.^a, 13 de julio de 2015, rec. núm. 16/2015, res. núm. 252/2015: «Por otra parte, la exigencia de que la cantidad "mínima" por la cual pueda adjudicarse el ejecutante la finca

Por nuestra parte, nos mostramos a favor de una interpretación extensiva del término «deudor», entendiendo como tal a todo el que ostenta la condición de «ejecutado», dado que es igualmente digno de protección el padre que para sufragar un préstamo de su hijo ha hipotecado su propia vivienda (hipotecante no deudor), que quien para pagar una deuda propia hubiese hipotecado su vivienda (deudor hipotecante).

Consideramos reprochable que la Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (actualmente en anteproyecto) siga incurriendo en el mismo defecto. En esta norma el legislador se hace eco de la doctrina de la DGSJFP/DGRN³² y la nueva redacción

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».

³² La redacción actualmente vigente del artículo 671 de la LEC obedece a la reforma de la LEC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, y conforme a la misma en caso de subasta desierta de la vivienda habitual del deudor, el ejecutante podrá adjudicarse el bien por un importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiese salido a subasta, o si la cantidad que se le debe por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%.

Aun cuando la ratio de este precepto pretende beneficiar al ejecutado, por el contrario, puede ocasionarle graves perjuicios, lo que ha suscitado que la DGSJFP (antigua DGRN) haya efectuado una interpretación correctora entendiendo que la interpretación ponderada y razonable del artículo 671 de la LEC había de ser que, si la cantidad que se debe por todos los conceptos es inferior al 70% del valor por el que el bien salió a subasta, no se puede permitir al ejecutante pedir la adjudicación por el 60%, porque en ese caso podrían quedar cantidades pendientes de pago, por lo que lo justo es que se lo adjudique por todo lo debido si supera ese 60%, en aras de evitar un resultado contrario al espíritu y finalidad de la ley (resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 12 de mayo de 2016, 21 de septiembre de 2016 [BOE de 14 de octubre], 21 de octubre de 2016 [BOE de 18 de noviembre], 5 de julio de 2017 [BOE de 1 de agosto], 5 de septiembre de 2018, 20 de julio de 2020 y 10 de agosto de 2020).

En similar sentido se han pronunciado algunas resoluciones judiciales (AAP de Toledo, Sec. 2.ª, 150/2017, de 7 de marzo; Valencia, Sec. 9.ª, de 8 de mayo de 2017, rec. núm. 37/2017, res. núm. 574/2017; Valencia, Sec. 9.ª, 824/2017, de 26 de junio, rec. núm. 542/2017, res. núm. 824/2017; Castellón de la Plana, Sec. 3.ª, de 11 de diciembre de 2017, rec. núm. 477/2017, res. núm. 302/2017; Valencia, Sec. 9.ª, de 20 de mayo de 2019, rec. núm. 2158/2018, res. núm. 202/2019, y SAP de Castellón de la Plana, Sec. 3.ª, de 11 de octubre de 2018, rec. núm. 1016/2017, res. núm. 381/2018).

No obstante, otros tribunales se pronuncian en contra aplicando literalmente el artículo 671 de la LEC (AAP de Guadalajara, Sec. 1.ª, de 5 de diciembre de 2016, rec. núm. 322/2016, res. núm. 209/2016; Huelva, Sec. 2.ª, de 16 de abril de 2018, rec. núm. 125/2018, res. núm. 146/2018; Toledo, Sec. 2.ª, de 28 de diciembre, rec. núm. 91/2018, res. núm. 308/2018).

Por lo demás, la Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 2016 ha sido revocada por la AP de Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 4.ª, en Sentencia de 30 de octubre de 2018, rec. núm. 635/2017, res. núm. 753/2018, pero la DGSJFP sigue manteniendo esta misma doctrina en otras resoluciones posteriores, como la de 20 de julio de 2020 o la de 10 de agosto de 2020, en que declara que una interpretación

del artículo 671 de la LEC prevé que el ejecutante no podrá adjudicarse la vivienda habitual «del deudor», ni aun cuando actúe como postor rematante, por cantidad inferior al 70 % de su valor de subasta, salvo que lo haga por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, en cuyo caso no se la podrá adjudicar por menos del 60 % del valor de subasta, y este mismo porcentaje se exige en la subasta con postores para aprobar el remate. La nueva regulación mejora la actual, pues evita que cuando lo debido sea inferior al 70 %, el ejecutante pueda adjudicarse la vivienda habitual del deudor por el 60 % del valor de subasta y seguir reclamando el resto en otra ejecución, posibilidad que ampara la todavía vigente redacción del artículo 671 de la LEC; sin embargo, dicha prerrogativa solo se contempla si se trata de la vivienda habitual del «deudor» y no de todo ejecutado, lo que no se alcanza a comprender.

3.2. Limitación de las costas al 5 % de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva solo en caso de ejecución de la vivienda habitual del deudor

Conforme al artículo 575.1 bis, «en todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva».

Este precepto no opera al inicio del procedimiento en aras de presupuestar en el auto una cantidad para intereses y costas, sino cuando definitivamente se tasan las costas³³, en cuyo caso el deudor que haya perdido su vivienda habitual embargada o hipotecada no deberá abonar de costas más del 5 % de la cantidad inicialmente reclamada³⁴.

Para hallar esta cantidad se ha de tener en cuenta lo reclamado en la demanda ejecutiva de principal, sin adicionar lo presupuestado para intereses y costas³⁵. Además, en dicho porcentaje se incluye el IVA, tal y como ha declarado la DGRN en la Resolución de 19 de septiembre de 2018, al no haberlo excluido expresamente el legislador, a diferencia de en el segundo inciso del párrafo cuarto del artículo 243.2 de la LEC³⁶.

puramente literal del artículo 671 de la LEC llevaría a que el esfuerzo del ejecutado por pagar parte de su deuda se traduciría en un perjuicio y pérdida patrimonial para él mucho mayor, pues una pequeña reducción del crédito del actor permitiría a este adjudicarse la finca con una gran reducción de su valor, en concreto tan solo por el 60 % del valor de subasta, quedando además deuda pendiente de pago.

³³ AAP de Valencia, Sec. 6.ª, 45/2015, de 3 de marzo, rec. núm. 573/2014.

³⁴ El AAP de Valencia, Sec. 6.ª, 130/2014, de 8 de julio, rec. núm. 294/2014, considera que habiendo condenado en todas las costas de la ejecución al deudor ejecutado en el auto resolviendo la oposición a la ejecución, sin atender a la limitación que impone el artículo 575 de la LEC, ese pronunciamiento, que resulta perjudicial para los intereses de los deudores, es susceptible de apelación.

³⁵ Véase base de datos de Sepín (septiembre 2015) (SP/CONS/87013).

³⁶ El párrafo cuarto del artículo 243.2 dispone que no se computará el importe de dicho impuesto a los efectos del apartado 3.º del artículo 394, por lo que no se tendrá en cuenta para hallar la tercera parte de la

El problema es que el artículo 575.1 bis de la LEC tan solo limita las costas, en caso de ejecución de vivienda habitual, a un máximo del 5% de la cantidad que se reclama en la demanda ejecutiva respecto del «deudor» y no respecto de todo ejecutado, aunque compartimos las opiniones que consideran que lo más correcto es realizar una interpretación extensiva³⁷.

3.3. Inclusión en las costas de la tasa abonada por el ejecutante solo si el préstamo se ha utilizado para adquirir la vivienda habitual

El artículo 241.1.7.º de la LEC establece que no se incluirá en las costas del proceso el importe de la tasa de 200 euros abonada por el ejecutante (persona jurídica) en los procesos de ejecución de las hipotecas constituidas para la adquisición de vivienda habitual ni en los demás procesos de ejecución derivados de dichos préstamos o créditos hipotecarios cuando se dirijan contra el propio ejecutado o contra los avalistas.

El problema es que para que opere esta exención se exige que la hipoteca se haya constituido para la *adquisición* de la vivienda habitual, por lo que no se exime de la tasa al ejecutado que haya hipotecado su vivienda habitual para garantizar un préstamo destinado a otra finalidad o para garantizar una deuda ajena.

Esta previsión legal no resulta justa, pues no se entiende por qué al hipotecante no deudor, el cual garantiza con un bien propio (como puede ser su vivienda habitual) una deuda

cuantía del proceso, que es el límite que se puede incluir en las costas, salvo temeridad del condenado, respecto de los profesionales no sujetos a arancel (abogados y peritos) por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento. Esta exclusión fue introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, y cuando esta norma se aprobó ya se había incluido en la LEC el artículo 575.1 bis en su redacción actual, con lo que el legislador, si bien pudo haber contemplado en el inciso segundo del párrafo cuarto del art. 243.2 una segunda excepción relativa al artículo 575.1 bis, no lo hizo, de lo que se infiere que hay que entender que prefirió que se mantuviera la regla general, y que se incluyera el importe del IVA de los honorarios de abogado y procurador para calcular el límite del 5% a que alude el artículo 575.1 bis. Además, los intereses del deudor ejecutado se encuentran mejor protegidos si se entiende que dentro del límite del 5% que el artículo 575.1 bis fija para las costas exigibles en caso de ejecución sobre la vivienda habitual del deudor, se incluye también el importe del impuesto sobre el valor añadido, pues no hay que olvidar que fue la Ley 1/2013, de 14 de mayo, la que introdujo en la ley civil rituaría este precepto y la *voluntas legislatoris* no fue otra que garantizar que la ejecución hipotecaria se realizara de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario fueran protegidos de forma adecuada, siendo por tanto este criterio finalista el que ha de presidir cualquier interpretación de las normas de dicha ley. Si el tenor del artículo 575.1 bis, así interpretado, no se respeta, no puede sostenerse que se haya seguido un procedimiento adecuado, por lo que el registrador no inscribirá el testimonio del decreto adjudicación (Resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 2018).

³⁷ Cfr. Sánchez Gálvez (2014).

ajena, se le haya de repercutir en las costas la tasa abonada por el ejecutante por el mero hecho de que el préstamo no se haya utilizado para adquirir la misma, sino como medio de garantía de una deuda ajena destinada a cualquier otra finalidad.

3.4. Derecho concedido solo al deudor de liberar su vivienda habitual hipotecada sin el consentimiento del ejecutante, en caso de vencimiento anticipado por impago de cuotas

El artículo 693.3 de la LEC (relativo al vencimiento anticipado por impago de cuotas de la hipoteca) establece que:

En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior [...].

Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

El artículo 693.3 de la LEC solo se refiere al «deudor» y no a todo ejecutado, lo que no resulta acertado. No se entiende que el legislador modificara el artículo 670.7 por la Ley 19/2015, de 13 de julio, permitiendo al ejecutado (y no solo al deudor, como se decía con anterioridad) liberar el bien pagando todo lo debido al ejecutante por principal, costas e intereses, y que no realizara idéntica modificación en el artículo 693.

Bien es cierto que dicho precepto también permite a un tercero realizar el pago con el consentimiento del acreedor, pero hay que tener en cuenta que el hipotecante no deudor y el tercer poseedor ni son deudores ni son tampoco terceros, puesto que son ejecutados. El problema es que cuando libera el bien un tercero se exige en todo caso el consentimiento del ejecutante.

El tenor literal de la norma debe ser objeto de una interpretación extensiva debiendo entenderse, para evitar una discriminación injustificada, que el ejecutado que no ostenta la condición de deudor también puede liberar su vivienda habitual sin el consentimiento del acreedor.

3.5. Mayores limitaciones del hipotecante no deudor y del tercer poseedor para alegar cláusulas abusivas y para conseguir la restitución de sus efectos

Resulta posible que el garante ostente la consideración de consumidor aun cuando el deudor no lo sea en el caso de que aquel no haya actuado en el marco de su actividad profesional y entre el garante y el prestatario no existan vínculos funcionales, por ejemplo, una sociedad y su administrador³⁸.

De todos modos, la normativa de consumo solo se aplicará en lo que afecte al garante consumidor³⁹. El control de abusividad se circunscribe a sus concretas cláusulas, sin extenderse a las específicas del contrato principal de préstamo garantizado, a las que será aplicable la normativa que corresponda en atención a la condición de sus partes contratantes⁴⁰.

En este sentido, la SAP de Jaén, Sec. 1.ª, 45/2019, de 16 de enero, rec. núm. 186/2018, versa sobre un supuesto en que el hipotecante no deudor interesa la nulidad de varias cláusulas: «comisiones por reclamación de posiciones deudoras, intereses moratorios superiores en diez puntos el interés remuneratorio, y la que impone al prestatario la totalidad de los gastos de la operación». Se considera que dicho hipotecante, al no ser deudor, carece de legitimación activa para instar la acción de nulidad por abusivas de estas cláusulas, por no ser parte del contrato de préstamo, ni tratarse de un supuesto de nulidad radical por falta de causa o de objeto.

³⁸ AATJUE de 19 de noviembre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:772) y 14 de septiembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:700); AAP de Lugo, Sec. 1.ª, 3/2017, de 11 de enero, rec. núm. 497/2016; Pontevedra, Sec. 1.ª, 83/2016, de 6 de abril, rec. núm. 128/2016; Asturias, Oviedo, Sec. 6.ª de 18 de noviembre, rec. núm. 432/2016, res. núm. 331/2016; La Coruña, Santiago de Compostela, Sec. 6.ª, 115/2017, de 7 de noviembre, rec. núm. 241/2017; Zaragoza, Sec. 5.ª, 32/2017, de 13 de enero, rec. núm. 334/2016; Toledo, Sec. 2.ª, 48/2018, de 15 de febrero, rec. núm. 95/2017; Gerona, Sec. 1.ª, 87/2018, de 25 de abril, rec. núm. 177/2018. Resoluciones de la DGRN/DSJFP de 14 de julio de 2017 y 31 de octubre de 2017.

³⁹ AP de Huelva, Sec. 2.ª, 38/2018, de 31 enero; SSAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 6 de abril de 2016, rec. núm. 128/2016, res. núm. 83/2016; Asturias, Oviedo, Sec. 6.ª, de 18 de noviembre de 2016, rec. núm. 432/2016, res. núm. 331/2016; Pontevedra, Sec. 1.ª, 3/2018, de 8 de enero, rec. núm. 753/2017; Barcelona, Sec. 15.ª, 577/2018, de 18 de septiembre, rec. núm. 639/2017; Barcelona, Sec. 15.ª, 925/2019, de 17 de mayo, rec. núm. 763/2018.

⁴⁰ RDGRN de 27 de junio de 2019: «Por tanto, independientemente de que el interés moratorio pactado del 9% nominal anual sea válido respecto del prestatario no consumidor, e inscribible a esos efectos obligacionales y para posibilitar la fijación de la deuda remanente (artículos 130 de la Ley Hipotecaria y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); dado que no podrá afectar al hipotecante consumidor ni ser objeto de pago directo al acreedor con la resultas del remate (artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *in fine*), no podrá ser objeto de cobertura hipotecaria, la cual debe limitarse a aquel tipo máximo de interés moratorio que es susceptible de afectar al hipotecante consumidor, que en este caso es del 5,95%».

Por lo demás, en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, 3/2018, de 8 de enero, rec. núm. 753/2017, se entiende que aun cuando se declare, a instancia del garante, la abusividad de la cláusula suelo (por ostentar el mismo la condición de consumidor pero no el deudor), la pretensión de restitución de las cantidades indebidamente abonadas no se puede reconocer al no haber sido el garante, sino el propio deudor, el que ha procedido al pago⁴¹.

Lo propio ocurre respecto de los terceros poseedores a los que se restringe la oposición por cláusulas abusivas. En este sentido, en el AAP de Málaga, Melilla, Sec. 7.^a, 38/2019, de 11 de noviembre, rec. núm. 64/201, se considera que los terceros poseedores no pueden reputarse tributarios de la protección dispensada por nuestro ordenamiento jurídico a los consumidores y usuarios frente a la existencia de cláusulas abusivas insertas en un contra-

⁴¹ En la SAP Pontevedra, Sec. 1.^a, 3/2018, de 8 de enero, rec. núm. 753/2017, se declara la abusividad por falta de transparencia de una cláusula suelo inserta en un contrato mercantil respecto a los fiadores-consumidores, entendiéndose que la misma debe ser expulsada del contrato únicamente respecto de aquellos, no afectando a las obligaciones del deudor principal (no consumidor), lo que determina que la pretensión de restitución, no constando el pago por los fiadores de las cuotas de amortización del préstamo, no pueda prosperar. Esta doctrina resulta perfectamente aplicable al hipotecante no deudor, en su condición de garante.

En similares términos, en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^o, de 6 de abril de 2016, rec. núm. 128/2016, res. núm. 83/2016, se declara abusiva la cláusula de intereses de demora con efectos limitados al fiador (consumidor), declarando que dicha cláusula desplegará todos sus efectos respecto de los demás ejecutados, que no ostentan dicha consideración

Asimismo, el AAP de Huelva, Sec. 2.^a, 38/2018, de 31 enero (JUR\2018\93415) declara nula por abusiva la cláusula de intereses de demora del 25 % anual del préstamo únicamente respecto de los fiadores, dada su condición de consumidores, al no estar vinculados a la entidad prestataria, y se ordena que por la parte ejecutante se recalcule la cantidad resultante de la liquidación, excluyendo la aplicación de la citada cláusula respecto de los citados fiadores, que es sustituida por el interés ordinario pactado.

La SAP de Álava, Sec. 1.^a, 284/2019, de 27 marzo de 2019, rec. núm. 601/2018, 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 de Barcelona, Sec. 15.^a, 577/2018, de 18 de septiembre, rec. núm. 639/2017, 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 de Barcelona, Sec. 15.^a, 925/2019, de 17 de mayo, rec. núm. 763/2018, considera que el fiador solidario con renuncia al beneficio de excusión, orden y división deviene, para el caso de impago del prestatario o acreditado, deudor solidario juntamente con aquel, por lo que no hay duda de que ello le inviste de un interés legítimo y, por tanto, ostenta legitimación activa para impugnar determinadas cláusulas del contrato principal que le pueden ser aplicables, como la cláusula suelo, el interés de demora, el 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.

to en que no se han subrogado, y en el mismo sentido se pronuncia el AAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3^a, de 27 de febrero de 2019, rec. núm. 307/2018, res. núm. 40/2019.

4. Derechos del hipotecante no deudor y del tercer poseedor que no ostenta el deudor

Aun cuando los ejecutados que no ostentan la condición de deudor están discriminados legalmente, dado que no se les otorgan todos los derechos que posee el deudor en el proceso de ejecución, también es cierto que disponen de derechos propios que vamos a analizar a continuación.

4.1. Derecho del hipotecante no deudor a que se le aplique la Ley 5/2019 si es persona física aun cuando el deudor no lo sea

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), publicada en el BOE el 16 de marzo, y que entró en vigor el 16 de junio de 2019, resulta aplicable a la concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía cuando recaigan sobre un inmueble de uso residencial (incluidos trasteros, garajes y cualesquiera otros con una función doméstica) aunque el prestatario, fiador o garante no reúna la condición de consumidor, siempre que sea persona física (art. 2.1 a).

Esta ley también se aplica a la concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, sin que en este caso la ley exija que el bien al que se destina el préstamo sea de uso residencial⁴²; no obstante, en este supuesto se exige que el prestatario, el fiador o garante sea no solo persona física, sino también consumidor (art. 2.1 b)⁴³.

⁴² En el *iter* parlamentario de la LCCI se rechazó la enmienda número 210, presentada por el Partido Popular, que proponía modificar el artículo 2.2, dejándolo con la siguiente redacción: «A los efectos de esta Ley, se entenderá por prestatario a toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, para uso residencial», con la justificación de que esa matización de que ha de tratarse de terrenos o inmuebles para uso residencial era más fiel con la redacción de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014. Sin embargo, dicha propuesta no fue aceptada, lo que indica que no estuvo en la intención del legislador restringir la protección ofrecida por la Ley 5/2019 a los préstamos sobre inmuebles residenciales.

⁴³ De todos modos, esta ley no se aplica cuando el préstamo personal, concedido a una persona física consumidora, tenga por finalidad realizar obras de conservación o mejora de la Vivienda, puesto que la

De todos modos, aunque la LCCI resulta aplicable a préstamos y créditos tanto con garantía real como personal, en los términos antedichos, algunos de sus preceptos, como el artículo 15.2 (relativo a la preceptividad de extender acta notarial previa verificando el cumplimiento de los requisitos legales) o el artículo 25 (referente a que el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales), solo se aplican cuando existe garantía hipotecaria.

Esta ley no se aplica cuando los prestamistas no actúen de manera profesional en la concesión del préstamo aun cuando el deudor o garante sea persona física, y también excluye a deudores o garantes personas jurídicas aunque pudieran ostentar la consideración de consumidores.

La promulgación de esta norma ha suscitado numerosas dudas hermenéuticas que han motivado la publicación de la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 (vigente desde 19 de enero de 2020), con base en la cual podemos realizar las siguientes afirmaciones en relación con los garantes:

En primer lugar, aunque la LCCI no es aplicable al prestatario persona jurídica (ni siquiera a una sociedad unipersonal o cooperativa)⁴⁴, sí que se aplica a la persona física que sea fiadora o garante del préstamo, lo cual provocará que en un mismo negocio jurídico la ley resulte aplicable a unos contratantes y a otros no. Conforme al artículo 15.4 las normas de protección al prestatario previstas en dicha ley se extienden a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo.

En segundo lugar, en el caso de que la parte prestataria sea una persona jurídica y el garante una persona física, la información a este debe alcanzar la totalidad del clausulado del préstamo o crédito y no únicamente a su posición como garante, toda vez que queda afectado por las condiciones financieras del préstamo en cuanto determinantes de su obligación, aunque la misma sea subsidiaria de la del prestatario⁴⁵.

DGSJFP/DGRN considera que adquirir o conservar «derechos de propiedad» es distinto de conservar «la cosa» objeto de la propiedad. No obstante, cuando se obtenga un préstamo personal para adquirir y rehabilitar una vivienda, en tanto que la finalidad económica de la operación sea adquirir la misma en estado que la haga habitable, todo el préstamo, tanto en la parte del mismo destinada a la adquisición como a la rehabilitación, debe recibir una consideración unitaria, sujetándose a la Ley 5/2019 (Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019).

⁴⁴ Cuando el prestatario es una cooperativa no se aplica la LCCI, aunque se aplicará cuando se produzca la subrogación de los socios en el préstamo al liquidar la cooperativa (Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019).

⁴⁵ El artículo 15 de la LCCI impone al notario el deber de comprobar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1 respecto de toda persona física, tanto sea deudora como garante y, en caso de que quede acreditado su cumplimiento, levantará un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario en que conste que se han cumplido los plazos legal-

En tercer lugar, el cónyuge que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1320 del CC, deba prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual propiedad del otro, debe considerarse equiparado a estos efectos al hipotecante no deudor y, por tanto, queda protegido por la LCCL, debiendo ser informado de forma análoga a un garante.

En cuarto lugar, aunque el artículo 2.4 a) excluye la aplicación de la ley a los contratos de préstamo concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya tasa anual equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general, dicha exclusión no resulta operante para el cónyuge o pareja que sea fiador o garante cuando el préstamo solo se entregue al empleado, destinándose el mismo a fines o atenciones exclusivos de él, pues en tal supuesto el cónyuge o pareja de hecho únicamente adquiere responsabilidades, pero no los beneficios derivados de las condiciones especiales del préstamo. Distinto sería el caso de que la concesión del préstamo se realice al empleado juntamente con su cónyuge o pareja de hecho, pues recibido el préstamo y firmado el contrato por ambos, con responsabilidad solidaria, debe considerarse aplicable la excepción a los dos.

En quinto lugar, dado que el garante puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones (art. 1826 del CC), puede pactarse un régimen jurídico para el contrato con la persona jurídica y otro más benigno para las garantías constituidas, aunque a este respecto procede realizar las siguientes matizaciones:

- Respecto de la prohibición de cláusula suelo (art. 21) y la fijación de los intereses de demora en tres puntos sobre el interés remuneratorio (art. 25), es perfectamente posible que se acuerde en el contrato de préstamo un tipo que no se sujete a esas limitaciones para el deudor pero sí para el garante.
- En cuanto a los gastos del préstamo hipotecario concedido a una persona jurídica y con garantías reales o personales constituidas por personas físicas, a estas últimas no se les puede imponer el coste del arancel notarial o registral correspondiente a la garantía, pero no existe óbice para un pacto sobre los gastos del préstamo entre la entidad financiera y el prestatario (persona jurídica y no consumidor), y en tal caso, este, como interesado en la obtención de la financiación, puede llegar a asumir los costes notariales y registrales correspondientes, tanto

mente previstos de puesta a disposición del prestatario o garante de los documentos exigidos legalmente, las cuestiones planteadas por el mismo y el asesoramiento prestado por el notario, debiendo informar que ha asesorado respecto a las cláusulas específicas recogidas en la ficha europea de información normalizada (FEIN) y en la ficha de advertencias estandarizadas (FIAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica. A estos efectos, el prestatario, fiador o garante (persona física) o quien les represente, deberán comparecer ante el notario, para que este pueda extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo.

a la constitución del préstamo como a las garantías personales o reales constituidas a su favor.

- En relación con lo que dispone el artículo 24 respecto del vencimiento anticipado del préstamo⁴⁶, aunque lo más práctico será pactar unas condiciones por impago que se ajusten a los límites del precepto tanto para la prestataria (persona jurídica) como para la fiadora (persona física), también es posible un pacto en condiciones diferentes con la sociedad prestataria, en cuyo supuesto la persona física garante podrá oponer la sujeción de la ejecutabilidad de la garantía a los plazos y límites establecidos en dicha norma.
- Asimismo, en materia de cancelación anticipada, podrán pactarse con el deudor (persona jurídica) unas condiciones diferentes de las previstas con carácter imperativo en el artículo 23 de la LCCI, dado que esa regulación contractual realmente no afectará al garante (persona física), puesto que no es él, sino el prestatario, quien pagará y cancelará el préstamo anticipadamente. No obstante, ante una situación de incumplimiento del prestatario que provoque la reclamación al garante, pagando este las cuotas que vayan venciendo para evitar una ejecución, lo más beneficioso para el garante puede ser cancelar anticipadamente el préstamo, en lo que sería un pago de la deuda por un tercero, en cuyo caso a él no le serán oponibles las excepciones o cargas que en la cláusula se hayan pactado con el prestatario.

⁴⁶ En el artículo 24 de la LCCI se dispone que, sin que quepa pacto en contrario, en los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial, el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.
- b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:
 - Al 3 % de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 12 plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a 12 meses.
 - Al 7 % de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 15 plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a 15 meses.
- c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

Como esta norma es de carácter imperativo, resulta indiferente que se contenga o no en la escritura de hipoteca.

4.2. Derecho a recibir el sobrante aun cuando quede deuda pendiente de pago que exceda de la cobertura hipotecaria

Conforme a lo previsto en el artículo 692 de la LEC, en las ejecuciones hipotecarias el precio del remate se ha de destinar, sin dilación, a pagar al ejecutante el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos pueda exceder del límite de la respectiva cobertura hipotecaria (*principal por el que se constituye la garantía, los intereses, y las costas*); el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado y, en último término, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado, a menos que este fuera el propio deudor, en que el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, siempre que el deudor no se encuentre en situación de concurso⁴⁷.

De dicho precepto se infiere que cuando el bien pertenciere en el momento de la enajenación forzosa a persona distinta al deudor, es decir, a un tercer poseedor o hipotecante no deudor, en modo alguno la cantidad percibida por el ejecutante por la enajenación forzosa del mismo podrá exceder de la cobertura hipotecaria⁴⁸, por lo que, si pagados los acreedores posteriores, todavía hubiere sobrante, este se devolverá al titular del bien en el momento de la subasta, lo que no siempre se puede considerar acertado, pues si se devuelve el sobrante a un tercer poseedor que hubiere adquirido el bien del propio ejecutado después de que en el procedimiento hipotecario se hubiera expedido la certificación de cargas, se puede franquear una puerta al fraude, dado que el deudor podría transmitir la finca a otra persona con el único objeto de poder recibir el sobrante a través de la persona interpuesta⁴⁹.

En todo caso, la parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la acción real hipotecaria podrá reclamarla del obligado ejercitando una acción personal, siendo considera-

⁴⁷ En modo alguno es posible que el exceso de la cobertura hipotecaria correspondiente a uno de los conceptos (principal, intereses y costas) se utilice para garantizar la deuda correspondiente a otro, ya que el registrador debe comprobar que en ninguno de los conceptos se ha sobrepasado la cantidad asegurada, pues el sobrante por cada concepto ha de ponerse a disposición de los titulares de asientos posteriores, ya que así se deduce de los artículos 132.3 y 4 de la LH y 692.1 de la LEC (resoluciones de la DGRN de 24 de octubre de 2002, 11 de marzo de 2014, de 24 de junio de 2014 y 9 de marzo de 2017).

⁴⁸ A diferencia de en la ejecución ordinaria, en la ejecución hipotecaria puede haber sobrante sin estar reintegrado el ejecutante por completo de lo que se le adeuda, ya que con lo obtenido en la realización forzosa en principio solo puede percibir hasta el límite de la cobertura hipotecaria. Si el deudor hipotecario está declarado en concurso, el destino del sobrante no será para los acreedores posteriores, sino que debe ponerse a disposición del juez del concurso (Resoluciones de la DGRN de 28 de noviembre de 2007 y de 8 de noviembre de 2012).

⁴⁹ Cfr. Sastre Papiol (2000, p. 449).

do respecto de ella, en caso de concurso, como acreedor escriturario (art. 147 LH), a menos que se haya pactado en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados (art. 140 LH)⁵⁰.

Por el contrario, si el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca, así como los embargantes del sobrante, y siempre que el deudor no se encuentre en situación de concurso, lo obtenido en la enajenación forzosa se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución. Bien es cierto que podría ponerse en tela de juicio que, siendo el deudor el dueño del bien en el momento de la subasta, deba responder de lo que exceda de la cobertura hipotecaria, habida cuenta de que esta cantidad no se le ha reclamado en la demanda ejecutiva; no obstante, compartimos las opiniones doctrinales⁵¹ que consideran acertadas las previsiones legales en aras de evitar que el acreedor deba acudir para cobrar dicho importe a otro proceso⁵².

4.3. Derecho a no ser demandados en una ejecución ordinaria posterior a la hipotecaria si con lo obtenido en esta no se ha satisfecho por completo la deuda del acreedor

El artículo 579 de la LEC prevé que se puede iniciar una ejecución ordinaria después de una hipotecaria si la garantía hipotecaria ha sido insuficiente para cubrir el importe de la deuda.

Dicha ejecución se puede dirigir contra el deudor y también contra el fiador si se le hubiera notificado la demanda del procedimiento hipotecario (art. 685.5 LEC). Pero no se puede demandar al tercer poseedor ni al hipotecante no deudor, ya que estos solo responden con el bien hipotecado, no con el resto de su patrimonio.

⁵⁰ La DGSJFP/DGRN no permite que si el ejecutante solicita la adjudicación del bien «por la cantidad que se le deba por todos los conceptos», en el decreto de adjudicación se haga constar que quedan pendientes de pago cantidades por encima de la cobertura hipotecaria. En la Resolución de la DGRN de 11 de octubre de 2018 (BOE de 5 de noviembre) se plantea la cuestión de si la expresión «la cantidad que se le deba por todos los conceptos» comprende la totalidad de lo adeudado al acreedor o solo lo garantizado por la hipoteca. La DGRN considera que se refiere al total adeudado al ejecutante, de manera que si el mismo se adjudica el bien por este importe, el ejecutado perderá la propiedad de la finca, pero su deuda quedará totalmente extinguida; no obstante, si existen acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca, habrá que analizar si lo adeudado al acreedor por los diferentes conceptos de deuda excede o no de los respectivos límites de responsabilidad hipotecaria. Si sobrepasa la cobertura hipotecaria, el acreedor deberá depositar el exceso a disposición de los acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca para el pago de sus créditos (692 de la LEC). (En similares términos: RDGRN, de 31 de mayo de 2016).

⁵¹ Cfr. Adán Domènech (2009, pp. 134 y ss.).

⁵² AAP de Mallorca, Sec. 4.^a, de 14 de febrero de 2019.

La legitimación pasiva del hipotecante no deudor y del tercer poseedor en el procedimiento de ejecución hipotecaria obedece a su condición de titulares de la finca hipotecada, único bien con el que responden frente al acreedor. Su responsabilidad no puede extenderse a la deuda personal eventualmente subsistente tras la adjudicación del inmueble, de la que solo puede responder el deudor y, en su caso, el fiador personal⁵³.

El hipotecante no deudor es aquel que hipoteca un bien propio en garantía de una deuda ajena⁵⁴. Conforme al artículo 1857 *in fine* del CC las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar esta pignorando o hipotecando sus propios bienes. A diferencia del fiador personal, no responde con todos sus bienes presentes y futuros del impago de la deuda, sino que su responsabilidad se limita al bien ofrecido en garantía⁵⁵.

El tercer poseedor de los bienes hipotecados es el adquirente del pleno dominio u otro derecho real como el usufructo o la nuda propiedad, que no asume la deuda personal (arts. 662 LEC y 38, 126 y 127 LH). Cuando 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. Si el adquirente del bien no se ha subrogado en la deuda, se considera un tercer poseedor, el cual es ajeno a la relación obligatoria asegurada con hipoteca y no asume la deuda garantizada como propia. Únicamente en el supuesto en que se haya pactado la subrogación del adquirente del inmueble en la obligación principal (para lo que se necesita el consentimiento del acreedor, conforme a lo previsto en los arts. 1.205 CC y 118.1 LH)⁵⁶, este pasará a ostentar la posición

⁵³ SAP de Barcelona, Sec. 16.ª, 29/2018, de 1 de febrero, rec. núm. 286/2017.

⁵⁴ Normalmente el hipotecante no deudor ostenta un derecho de propiedad aunque también puede ser un usufructuario anterior a la constitución de la hipoteca (AAP de Barcelona, Sec. 19.ª, 215/2015, de 3 junio).

⁵⁵ STS, Sala 1.ª, Sec. 1.ª, de 15 de diciembre de 2014, rec. núm. 680/2013, res. núm. 710/2014: «No corresponde examinar aquí los detalles de la posición jurídica del hipotecante en garantía de una deuda ajena, pero es evidente que, salvo que se alteren los conceptos usuales de deuda y responsabilidad, el mismo no debe, ni siquiera como fiador».

⁵⁶ El artículo 118 de la 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».

No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado que, para que la asunción de deuda (art. 1.205 CC) 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, por lo 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 (STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de marzo de 2002, rec. núm. 187/1997).

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 deudor⁵⁷, el cual responderá no solo con el inmueble hipotecado, sino con todos sus bienes presentes y futuros, mientras que el primitivo deudor quedará desvinculado de la obligación⁵⁸.

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 hipoteca⁵⁹.

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 artículo 114 de la 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 artículo 146 de la LH⁶⁰. El derecho del acreedor a exigir la ampliación de hipoteca por intereses no es aplicable cuando exista un tercer poseedor (art. 115 de la LH).

Asimismo, cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada una de ellas, no se podrá repetir con-

de forma expresa, bien por inducirse de actos de significación concluyente, sin que de ningún modo sea suficiente el simple conocimiento de la sustitución (SSTS 162/2007, de 8 de febrero, y 15/2021, de 19 de enero, rec. núm. 3949/2017).

⁵⁷ 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, 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».

⁵⁸ SSAP de Cádiz, Algeciras, Sec. 7.ª, 166/2012, de 26 de abril, rec. núm. 378/2011, y Las Palmas, Sec. 5.ª, 468/2013, de 3 de diciembre, rec. núm. 1287/2012.

⁵⁹ STS 1332/2007, de 13 de diciembre, rec. núm. 4994/2000.

⁶⁰ STS, Sala 1.ª, de 11 de mayo de 2006, rec. núm. 2901/1999.

tra ellas con perjuicio del tercer poseedor, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses (art.120 de la LH). Asimismo, el artículo 221 del RH dispone que, distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, si alguna de ellas pasare a un tercer poseedor, este podrá pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma y, en su caso, el de los intereses correspondientes, y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas. No obstante, si bien el artículo 221 del RH permite exigir la cancelación de la hipoteca sobre la parte de la finca correspondiente al tercer poseedor que lo sea posterior a la distribución, parece indiscutible que si antes de la distribución existen terceros poseedores, estos habrán de prestar su conformidad a la distribución (STS, Sala 1.ª de lo Civil, 1083/2008, de 25 de noviembre, rec. núm. 2246/2002).

4.4. Derecho del hipotecante no deudor a subrogarse en la posición del acreedor frente al deudor o fiador si paga o se subasta el bien hipotecado

El hipotecante no deudor que pague al acreedor se subroga *ex lege* en la posición del mismo y, por tanto, está legitimado frente al deudor y los fiadores del deudor principal para solicitar el pago⁶¹.

El hipotecante por deuda ajena que paga lo debido al acreedor tiene el derecho de subrogación establecido en el artículo 1.210.3.º del CC, según el cual se presumirá que hay subrogación cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que corresponda⁶². Bien es cierto que el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago, pero a estos efectos poco importa, pues lo relevante es que tiene interés en el cumplimiento, que es la exigencia expresada en el citado precepto.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia 18/2009, de 3 de febrero, rec. núm. 3128/2002, considera que el artículo 1.210.3.º del CC recoge un caso de subrogación legal y, consiguientemente, automática de pleno derecho, sin necesidad del consentimiento del acreedor ni del deudor, a los que tampoco es necesario advertirles ni notificarles la subrogación, bastando tan solo con su ejercicio.

Tanto en el caso de la fianza como en el de la hipoteca a favor de tercero, el garante que paga la deuda (voluntariamente o mediante la realización de sus bienes) se convierte en

⁶¹ SSTS, Sala 1.ª de lo Civil, 18/2009, de 3 de febrero, rec. núm. 3128/2002, y 710/2014, de 15 de diciembre, rec. núm. 680/2013.

⁶² SSAP de Madrid, Sec. 12.ª, de 25 de septiembre de 2009; Gerona, Sec. 1.ª, de 10 de mayo de 2013; Zaragoza, Sec. 5.ª, 151/2014, de 12 de mayo, rec. núm. 141/2014, y Tarragona, Sec. 1.ª, 492/2015, de 22 de diciembre, rec. núm. 2/2015.

acreedor del deudor principal, y el ordenamiento jurídico establece mecanismos para que pueda cobrar esa deuda y resarcirse en lo posible del quebranto patrimonial que le supuso tener que hacer frente con sus bienes del pago de la deuda garantizada.

El fiador, una vez ha realizado el pago de la obligación de fianza (denominada «fideiuseria»), por lo general con el mismo contenido que la obligación afianzada, ostenta frente al deudor principal el derecho de reembolso o regreso (art. 1838 CC), y la facultad de subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1839 CC). El fiador dispone de ambas acciones, respecto de las que el Tribunal Supremo ha declarado que son acciones de ejercicio alternativo, no cumulativo, a elección del mismo. Sin embargo, en el caso de la hipoteca constituida a favor de tercero, el Código Civil no contiene una previsión específica sobre cómo puede restituirse al hipotecante no deudor del quebranto patrimonial que sufre cuando debe hacer frente a la obligación garantizada o cuando el bien hipotecado del que es propietario fuere objeto de realización forzosa por el acreedor hipotecario. La solución ha sido encontrada en el artículo 1210.3 del CC, que prevé la subrogación cuando quien tiene interés en el cumplimiento de la obligación satisface al acreedor⁶³.

En el ámbito del artículo 1210 del CC es procedente subsumir tanto el caso del pago voluntario como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aun cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquella⁶⁴.

El Tribunal Supremo, Sala 1.^a de lo Civil, en su Sentencia 761/2015, de 30 de diciembre, rec. núm. 2246/2013, admite la pretensión del hipotecante no deudor, aun cuando en la demanda no acertó en la invocación del artículo 1210 del CC, considerando que no existe indefensión ni se produce una alteración de los términos del debate por la aplicación de este precepto que regula la acción subrogatoria, siendo que el demandante (hipotecante no deudor) había ejercitado una acción de reembolso del artículo 1838 del CC, considerando que pueden modificarse las calificaciones jurídicas realizadas por el demandante sin que se infrinja el principio de congruencia, al no alterarse la causa de pedir.

En cuanto a la posibilidad de que se produzca la subrogación como consecuencia de un pago parcial, la misma se encuentra admitida en el artículo 1.213 del CC, que resuelve el problema de la concurrencia del derecho del acreedor pagado en parte y del subrogado por un pago parcial, al disponer que «el acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito».

⁶³ STS, Sala 1.^a de lo Civil, 761/2015, de 30 de diciembre, rec. núm. 2246/2013.

⁶⁴ SSTS 18/2009, de 3 de febrero, rec. núm. 3128/2002, y 761/2015, de 30 de diciembre, rec. núm. 2246/2013.

Si el deudor fuera declarado en concurso y el hipotecante no deudor hubiera abonado lo debido por aquel antes de la declaración del mismo, deberá comunicar su crédito para que le sea reconocido dentro del concurso, al haberse subrogado en la posición del acreedor.

Si el hipotecante no deudor paga al acreedor después la declaración de concurso del deudor, sustituirá a aquel en dicho proceso de ejecución universal.

4.5. Derecho del tercer poseedor a que la hipoteca no se extienda a nuevas construcciones sobre la finca hipotecada

Con base en el artículo 110 de la LH⁶⁵ se considera válida la cláusula que prevé la ampliación de la hipoteca a construcciones futuras, dado que el artículo 110 de la LH es de carácter dispositivo, y, por tanto, las partes pueden regular la extensión de la hipoteca de acuerdo con sus conveniencias. La propia expresión del artículo «se entenderán hipotecados» sugiere que la norma opera a falta de concreción por vía convencional o por determinación legal⁶⁶.

De todos modos, las cláusulas de extensión objetiva de la hipoteca a las nuevas construcciones solo pueden reputarse válidas si se refieren a las realizadas por el propio deudor o por quien se subroga en su lugar, pero nunca a las que realice un tercer poseedor, por lo que no será inscribible una cláusula que disponga, sin distinción alguna, que «la hipoteca se ampliará a edificaciones futuras sobre la finca cualquiera que sea su titular», ya que contravendría lo dispuesto con carácter imperativo en el artículo 112 de la LH⁶⁷.

Conforme al artículo 112 de la LH, cuando la finca hipotecada pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca a los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que se hayan costado por el nuevo dueño. Ello no será óbice para que se pueda subastar la finca, incluyendo estas cuando no sean separables sin menoscabo de la misma, pero el precio de remate se destinará en primer lugar a abonar su importe al dueño, aun cuando la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario (art. 113 LH).

⁶⁵ El artículo 110 de la LH establece que «conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 1.º Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere».

⁶⁶ STS, Sala 1.ª, 559/2008, de 19 de junio.

⁶⁷ Resoluciones de la DGRN de 10 de enero de 1996 y de 21 de diciembre de 2010; SAP de Asturias, Sec. 6.ª, de 3 de diciembre de 2012, rec. núm. 430/2012.

4.6. Derecho del hipotecante no deudor (no del tercer poseedor) a que ni el fiador ni el deudor puedan reclamarle parte de las cantidades abonadas por ellos

El hipotecante no deudor, aun cuando garantiza una deuda ajena con un bien propio que hipoteca, no responde del préstamo, a diferencia del fiador, aunque el bien hipotecado puede ser realizado, a instancia del acreedor, para satisfacer su derecho⁶⁸. Cuando el hipotecante no deudor fallezca, sus herederos le sustituirán como garantes en su condición de propietarios de un bien que garantiza una deuda ajena.

Cuando el deudor es titular del bien hipotecado responde, además de con el bien hipotecado, con todos sus bienes presentes y futuros, en virtud de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 105 de la LH, salvo que al constituirse la garantía real accesoria, en que consiste la hipoteca, se haya hecho expresa limitación de la responsabilidad mediante el pacto permitido en el artículo 140 de la LH. Sin embargo, cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor ni en fiador, pues el artículo 1827 del CC prevé que la fianza no se presume, sino que debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella⁶⁹.

La figura de hipotecante no deudor comparte la fianza y la pignoración hecha a favor de tercero, que son garantías prestadas para asegurar el pago de deudas ajenas, y cuando el garante paga la deuda, se convierte, por este hecho, en acreedor del deudor principal.

Sin embargo, al hipotecante no deudor no se le pueden repercutir por el deudor, ni tampoco por el fiador, parte de las cantidades por ellos abonadas. La SAP de Madrid, Sec. 14.^a, 346/2017, de 11 de diciembre, rec. núm. 545/2017, declara que a ello no es óbice que, en el caso enjuiciado en dicha resolución, el préstamo se otorgara para una compra de vivienda perteneciente proindiviso tanto al hipotecante no deudor como al hipotecante prestatario, y que el hipotecante no deudor no abonara cantidad alguna para su adquisición, con base en los pactos que entre ellos hubiera.

⁶⁸ SSTS, Sala 1.^a, de 30 de marzo de 2006, rec. núm. 2888/1999, y de 15 de diciembre de 2014, rec. núm. 680/2013, res. núm. 710/2014.

⁶⁹ AAP de Madrid, Sec. 8.^a, 82/2017, de 6 de marzo, rec. núm. 1146/2016: «Pues bien, hay que partir del artículo 1827 CC según el cual la fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella. En este caso de los términos trascritos no puede deducirse sin embargo que la ahora demandada haya aceptado expresamente que afianza personalmente la obligación de pago de la deudora, pues sus términos no son concluyentes e inequívocos, ni consta de forma evidenciada la voluntad del obligado de constituir la fianza (STS 3-7-99). Efectivamente no se formula en ningún caso que se constituya la demandada como garante personal de una obligación de pago que no le alcanza –más allá de la garantía real– en cuanto no es prestataria y por ende deudora y en la propia estipulación se refiere a la reiteración y ratificación de lo establecido en la escritura de préstamo, siendo que en dicha escritura no se constituyó fianza personal, sino garantía hipotecaria».

Por el contrario, este derecho no lo ostenta el tercer poseedor, pues cuando el comprador hubiese descontado del precio el importe de deuda pendiente o lo hubiera retenido, si al vencimiento de la obligación fuere esta satisfecha por el deudor que vendió la finca, este quedará subrogado en el lugar del acreedor hasta que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado (art. 118.2 LH).

Lo propio ocurre cuando el tercer poseedor haya adquirido el bien en pública subasta por una anotación preventiva de embargo posterior a la hipoteca y del precio se le ha rebajado la cantidad pendiente de pago del crédito con garantía hipotecaria (art. 231 del RH). En este sentido, el Tribunal Supremo, Sala 1.^a de lo Civil, en la Sentencia 366/2016, de 3 junio, rec. núm. 1304/2014, conoce de un supuesto en que un tercero se adjudicó una finca en subasta por 6 euros, ya que en la determinación del precio de venta en pública subasta del bien embargado se tuvo en cuenta la carga hipotecaria previa que gravaba la finca. El Alto Tribunal considera que aunque el adjudicatario no se convierte en deudor, sino que pasa a ser un tercer poseedor, respondiendo únicamente con el bien adquirido de las cargas anteriores que pesan sobre el mismo (dado que la subrogación se produce respecto de la carga y no respecto de la deuda que tal carga asegura), cuando del precio de remate se le hubiera rebajado el importe de la deuda garantizada con una carga anterior y esta hubiere sido abonada posteriormente por el fiador, concurren los presupuestos para que resulte de aplicación el instituto del enriquecimiento injustificado⁷⁰. La teoría del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o acción culpable de ningún género, ni conducta ilícita por parte del enriquecido, sino simplemente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, es decir, sin causa y sin derecho, lo cual es compatible con la buena fe.

⁷⁰ STS, Sala 1.^a de lo Civil, 366/2016, de 3 junio, rec. núm. 1304/2014: «Hay que precisar que la limitación del efecto de la subrogación legalmente prevista tiene su lógico entendimiento o fundamento, tanto en la legislación anterior, como en la actual, en que el importe de las cargas y gravámenes anteriores se hayan deducido del valor de tasación el inmueble (artículo 666 LEC), pues en caso contrario, si el deudor en la obligación que estaba garantizada con la carga real que no fue deducida para fijar el tipo de la subasta, o un fiador satisface dicha obligación, caso que nos ocupa, no es que la subrogación legalmente prevista modifique el alcance que ha quedado expuesto, sino más bien que la adjudicación así realizada supone una atribución económica injustificada para el adjudicatario. De forma que, en contra del criterio sostenido por la Audiencia, sí que concurren los presupuestos para que resulte de aplicación el instituto del enriquecimiento injustificado».



Referencias bibliográficas

- Adán Domènech, F. (2009). La satisfacción completa del acreedor hipotecario en la ejecución hipotecaria. *Justicia*, 3-4.
- Cano, V. (2017). La figura del hipotecante no deudor en el procedimiento concursal (parte I). Chavarri Abogados. <http://chabogados.es/wp-content/uploads/2017/03/ART-3-CONCURSALNEWSCHAVARRI-01.pdf>.
- García Vila, J. A. (2014). La posición procesal del tercer poseedor de finca hipotecada. www.notariosyregistradores.com.
- García-Rostán Calvín, G. (2014). Ejecución hipotecaria frente a deudor en situación de concurso e hipotecante no deudor. *Anuario de Derecho Concursal*, 32. Civitas. BIB 2014\690.
- Sánchez Gálvez, F. J. (2014). Guía práctica procesal para la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual. www.notariosyregistradores.com.
- Sánchez Pérez, L. (2014). El hipotecante no deudor en concurso: un falso amigo para el acreedor garantizado. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10. BIB 2014\482.
- Sastre Papiol, S. (2000). Ejecución de bienes hipotecados. En J. Alonso-Cuevillas Sayrol (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (vol. III). Difusa.