

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 12 DE ENERO DE 2015 (462/2015)**

**Demanda declarativa contra Juicio Hipotecario
sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria:
Nulidad del título del préstamo hipotecario
y Nulidad de actuaciones del procedimiento judicial
sumario planteadas en juicio declarativo**

Comentario a cargo de:
Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ENERO DE 2015

RoJ: STS 462/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:462**

ID CENDOJ: 28079119912015100012

PONENTE: Excmo. Sr. Don Eduardo Baena Ruiz

Asunto: La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 resuelve sobre diversas cuestiones relacionadas con la nulidad de una escritura de préstamo hipotecario y del procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria entablado para su ejecución, pudiendo extraerse de la misma las siguientes conclusiones: a) no puede tacharse de parcial la determinación que las partes hacen en función de los intereses medios que rijan en tiempo determinado en cierto sector del mercado (Cajas de Ahorro) si no se acredita que los tipos suministrados por la entidad de que se trate han provocado un alza artificial de dicho tipo de interés medio; b) Se declara válido el pacto de anatocismo; c) la circunstancia de ser los intereses variables

y estar garantizados por una responsabilidad hipotecaria con el carácter de hipoteca de máximo no impide la utilización del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH (hoy el procedimiento de ejecución hipotecaria de la LEC) si la obligación principal garantizada se trata de un préstamo hipotecario; d) para que la falta de notificación o requerimiento de pago a uno de los deudores en un procedimiento judicial sumario provoque la nulidad de actuaciones es preciso que se acredite no sólo su falta sino también que la misma generó la indefensión del mismo; e) la demanda que persigue la realización del bien hipotecado, sin perjuicio del requerimiento de pago, no tiene que dirigirse contra el deudor sino sólo contra el propietario registral, por ser el sujeto pasivo del derecho real de hipoteca; f) Se admite como prueba de la existencia de negociación y, por tanto, de la exclusión de la normativa de protección de los consumidores, la representación del prestatario en la escritura de constitución por abogado especializado en la materia.

Sumario: 1. **Resumen de los hechos.** 2. **Soluciones dadas en primera instancia.** 3. **Soluciones dadas en apelación.** 4. **Los motivos de casación alegados.** 5. **Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Motivos de casación que afectan a la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario. 5.2. Motivos de casación que afectan a la nulidad de actuaciones del procedimiento de ejecución judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. 6. **Análisis crítico: principales controversias suscitadas:** 6.1. La determinación objetiva del tipo de interés de referencia. 6.2. El pacto de anatocismo. 6.3. La negociación de cláusulas en los contratos por adhesión. 6.4. La determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses remuneratorios y moratorios. 6.5. El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y el préstamo con intereses remuneratorios variables. 6.6. Destinatarios de la demanda ejecutiva y del requerimiento de pago en el procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria. 7. **Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

Esta sentencia resuelve en casación cuestiones dimanantes de una demanda de juicio declarativo de menor cuantía, interpuesta por prestatarios particulares, contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (hoy BANKIA SA), en la que se solicitaba la declaración de nulidad de la escritura de constitución de hipoteca de fecha 22 de julio de 1994, y la nulidad de actuaciones del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria nº 578/95 del Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Arganda del Rey.

En la demanda declarativa que provoca esta sentencia, la parte recurrente solicitaba la declaración de nulidad de la escritura de préstamo y de constitución de hipoteca por los siguientes motivos:

a) La consideración de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria como contrato de adhesión, alegando el carácter abusivo de numerosas cláusulas contenidas en el mismo, señalando las siguientes:

1. La cláusula segunda de intereses ordinarios que referencia los mismos *“a la media simple de los tipos de interés medios ponderados para las Cajas de Ahorro, de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas durante el mes al que se refieren los índices se publica con carácter periódico en el Boletín Oficial del Estado [...] En defecto de dicho tipo de referencia, la variación se efectuará de acuerdo con el tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorros que igualmente se publica con carácter periódico en el Boletín Oficial del Estado”*.
2. las estipulaciones quinta y cuarta que no establecen expresamente un tope para los intereses de demora sino que se limitan a señalar que la cobertura hipotecaria alcanza a “dos millones de pesetas que se pactan para intereses de demora”, y la estipulación cuarta que: *“en caso de demora ... satisfará la parte prestataria o deudora un interés nominal superior en dos puntos al tipo vigente en el momento de pago, sobre las cantidades adeudadas por todos los conceptos”*.
3. El pacto de anatocismos que consta en la estipulación cuarta, punto 2º, que señala que *“los intereses ordinarios se capitalizarán ...”*.

b) La Cláusula de responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios y moratorios infringía el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, al superar los intereses remuneratorios y moratorios las cinco anualidades establecidas como máximo en el precepto antes indicado.

Por otra parte, también se solicitaba en la demanda la nulidad de actuaciones del propio procedimiento de ejecución hipotecaria seguido con arreglo a los trámites del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por las siguientes causas:

a) La inadecuación del juicio hipotecario del artículo 131 de la LH para reclamar los intereses moratorios, ya que al ser variables la hipoteca debe de considerarse como de “máximo”, y al no haberse pactado el sistema de liquidación de los mismos en la escritura de préstamo, el acreedor debió llevar su reclamación en el juicio declarativo correspondiente o haberse seguido el procedimiento que para ese tipo de hipotecas regula el artículo 153 de dicha Ley Hipotecaria.

- b) La falta de requerimiento de pago en el juicio hipotecario a los deudores que estableciera las cantidades exactas que son objeto de reclamación.
- c) Los propietarios de la finca hipotecada son los tres demandantes (Bernabé, Patricia y Violeta), y no habiendo sido llamado Don Bernabé (que no es deudor) al procedimiento hipotecario se le ha causado indefensión.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número 2 de Arganda del Rey dando lugar a los autos número 117/1997, en cuyo procedimiento se dictó sentencia de fecha 30 de julio de 1999 en la que se desestimaba igualmente la demanda y se fallaba en el sentido de absolver a la parte demandada con expresa imposición de las costas procesales a los demandantes.

No explicita la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, a la hora de señalar los motivos de la demanda, cuáles fueron las razones en que se basó el juzgado de instancia para llevar a cabo dicha desestimación, por lo que habremos de entender que lo fue por las mismas que aquellas en las que se basa la propia sentencia de casación.

3. Soluciones dadas en apelación

Contra la sentencia que resuelve la demanda la parte prestataria demandante y otra persona más (Don Bernabé) interpusieron recurso de apelación fundándose en los mismos motivos que en la propia demanda; siguiéndose los trámites ante la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimoquinta) con el número de rollo de apelación 901/2000, en el que recayó sentencia de fecha 7 de mayo de 2001 que desestimó igualmente la apelación confirmando íntegramente la sentencia de instancia apelada, con los siguientes argumentos:

- a) No cabe considerar la escritura pública de préstamo y constitución de hipoteca como contrato de adhesión, siendo fruto todas las estipulaciones de la autonomía de la voluntad de ambas partes sin que sean unilateralmente pre-dispuestas por la parte prestamista.
- b) No existió infracción del artículo 114 de la LH, porque el aludido precepto se refiere al límite de aseguramiento de la hipoteca constituida respecto de los intereses devengados de un crédito en perjuicio de tercero. La escritura otorgada por los litigantes estableció, en consonancia con el precepto, y dentro del margen temporal y la autonomía de la voluntad previsto en él, la extensión de garantía de la hipoteca a cinco anualidades de intereses al tipo

del 14,50% inicial con el límite máximo respecto de los intereses del 20%. La hipoteca quedó inscrita con esa responsabilidad hipotecaria conforme al artículo 12 de la LH y no existiendo, en consecuencia, infracción del artículo 114 de la misma.

c) No consta en la sentencia del Tribunal Supremo argumentación alguna de la Audiencia de Madrid para el rechazo del motivo de apelación referido a la inadecuación del juicio hipotecario del artículo 131 de la LH para reclamar los intereses moratorios, ya que no se había pactado esa posibilidad en la escritura de préstamo hipotecario, por lo que deberemos presumir que el rechazo fue porque sí se había pactado, especialmente porque, la cobertura hipotecaria comprende 2.000.000 de pesetas en garantía de intereses moratorios.

d) Consta en los autos del procedimiento judicial sumario de ejecución la diligencia de requerimiento de pago intentado en el domicilio señalado en la escritura de hipoteca a tal efecto y, que no encontrándose a nadie en el mismo, se hizo entrega de las cédulas de notificación a un vecino del inmueble de conformidad con lo establecido en el artículo 131 de la LH.

e) En cuanto a la alegación de los apelantes de falta de determinación de los intereses que son objeto de reclamación, la Audiencia de Madrid señala que en la escritura de hipoteca se estableció el sistema e índice de referencia para la cuantificación de los intereses remuneratorios, previéndose, pues, los elementos para el cálculo de tales intereses, los cuales fueron aportados en el procedimiento hipotecario con arreglo a lo establecido en el artículo 131, regla 3ª, n.º4 de la LH.

f) En cuanto a la falta de demanda a Don Bernabé, la Audiencia señala que dicho señor era deudor, pero no hipotecante por no ser dueño de la finca, por lo que no goza de legitimación para ser parte en dicho procedimiento. Funda dicha afirmación la Audiencia Provincial, primero, en que la finca hipotecada había sido objeto de extinción de comunidad entre los tres apelantes en mediante escritura de fecha 17 de abril de 1991, en la que se adjudicó la misma a Doña Patricia y Doña Violeta por mitad y proindiviso, constando así inscrita en el Registro de la Propiedad de Arganda del Rey; y, segundo, en el entendimiento que la acción real sólo se tiene que dirigir contra los hipotecantes.

4. Los motivos de casación alegados

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, la parte prestataria interpuso recurso de casación basándose fundamentalmente en los mismos motivos de la demanda y de la apelación antes expuestos y que se dan aquí por reproducidos. Se añade en el recurso otros nuevos motivos que son re-

chazados por la Sala Civil, sin llegar a entrar a analizar en el fondo jurídico de cada uno de ellos, bien simplemente por no haberse alegado en la demanda, bien por la defectuosa técnica casacional utilizada en el recurso al defender tales motivos con argumentos confusos, heterogéneos e inconexos. Por tanto, al existir falta de pronunciamiento por parte del Pleno sobre las cuestiones jurídicas que se ventilaban en tales motivos se prescinde en este comentario de su examen.

En cuanto a la argumentación jurídica de los recurrentes respecto de los motivos de casación admitidos a trámite por el Tribunal Supremo, por razones de claridad expositiva, dado que se trata de múltiples supuestos concretos, se exponen a la vez que la decisión de la Sala en relación con cada uno de ellos.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Motivos de casación que afectan a la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario

Respecto de los motivos casacionales en los que se solicita la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, contiene los siguientes pronunciamientos:

a) El pacto sobre el tipo de referencia para la revisión de tipo de interés, que se señala es “la media ponderada de los tipos de las Cajas de Ahorro”, ya que deja la fijación de estos intereses al arbitrio de la propia Caja acreedora, vulnerando el artículo 10.1c) 2º, 4º y 5º de la Ley 29/1984 de 10 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues la propia Caja suministra directamente al Banco de España la media ponderada de sus tipos, la cual sirve, a su vez, para hallar la media ponderada de las Cajas de Ahorro, por lo que hay una falta de objetividad al no excluirse los suministrados por la propia Caja y, además, no se ha comunicado a los deudores la variación de tipos.

Señala a este respecto el Tribunal Supremo que la Dirección General de los Registros y el Notariado se ha ocupado de dichos pactos de revisión de tipo de interés en sus resoluciones, rechazando, por falta de objetividad del tipo de referencia, que sea la propia entidad acreedora quien lo determine, ya que supondría una vulneración del artículo 1256 del Código Civil, convirtiéndose en juez y parte y, de ahí, que para la estabilización del capital el artículo 219-3º RH se refiera a módulos objetivos. Además infringiría la Ley de Defensa de los Consumidores sobre desequilibrio entre las partes y condiciones abusivas de crédito (res. de 7 de septiembre de 1988).

Por eso no puede tacharse de parcial la determinación que las partes hacen en función de los intereses que rijan en tiempo determinado en cierto

sector del mercado del que formen parte Cajas de Ahorro distintas de la prestamista, salvo que se pruebe que dependa exclusivamente o en gran medida de la propia entidad de crédito. Por tanto, considera la Sala que la existencia de tal influencia, denotadora de la falta de objetividad del tipo de referencia, o de la ausencia de comunicación a la parte prestataria de la variación del tipo de interés integran la “*questio facti*” y, por ende, son ajenas a la casación, teniendo su encaje en el recurso extraordinario por infracción procesal.

b) El pacto de anatocismo o capitalización de los intereses, respecto cuya nulidad el recurrente argumenta que el Registrador denegó la inscripción de la cláusula de anatocismo y que, por tanto, no puede ser tenido en cuenta en la determinación de la cantidad reclamada.

Pero, según el Alto Tribunal, la sentencia recurrida no infringe en este extremo la doctrina de la Sala, como claramente aparece recogida en la sentencia de 4 de junio de 2009, que, en esencia, sostiene, entre otras afirmaciones, que el anatocismo pactado expresamente en el contrato de préstamo hipotecario se admite, como se deduce, *sensu contrario*, del artículo 1109, primer párrafo, segundo inciso, del Código Civil y se desprende del principio de la autonomía de la voluntad, básico en el derecho privado y es proclamado en el artículo 1255 del Código Civil y es reconocido en el artículo 317, primer inciso, del Código de Comercio. También se refiere la Sala a la STS de 8 de noviembre de 1994, de fecha cercana al otorgamiento de la escritura de préstamo que genera la sentencia, que reconoce explícitamente el pacto de anatocismo, al declarar, respecto de un contrato de préstamo mercantil con intereses, que podía estipularse expresamente que los intereses vencidos y no satisfechos se acumulasen al capital para seguir produciendo los intereses pactados.

Tampoco estima la Sala que pueda ser motivo de casación que un Tribunal de Justicia haya decidido en contra de la calificación negativa del Registrador de la Propiedad respecto de determinadas estipulaciones, ya que precisamente tales calificaciones quedan sujetas a la tutela de los Tribunales de Justicia al estar bajo su salvaguarda los asientos del Registro, y, además, porque en contra de lo que se sostiene por la recurrente ninguna de tales estipulaciones es calificada por el Registrador de abusiva y, en concreto, respecto del pacto de anatocismo se deniega por carecer de transcendencia real.

c) Por último, en motivo separado, se alega por la parte recurrente que el contrato de préstamo se redactó unilateralmente por la Caja Prestamista según minuta que dicha Entidad presentó al Notario autorizante por lo que se trata de un contrato de adhesión, y debe aplicarse la legislación de consumidores.

En relación con esta cuestión la Audiencia Provincial, como ya se ha indicado anteriormente, consideró que la escritura pública de préstamo y constitución de hipoteca no era un contrato de adhesión, siendo un contrato negociado, criterio que confirma la Sala, por entender que como los prestatarios

concertaron el contrato de préstamo a través de un representante apoderado, que es precisamente el abogado que les defiende en este litigio, con conocimientos por tanto para entender y comprender el exacto y transparente contenido de las estipulaciones acordadas, queda excluido el control de abusividad.

5.2. *Motivos de casación que afectan a la nulidad de actuaciones del procedimiento de ejecución judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*

Respecto de los motivos casacionales en los que se solicita la nulidad de actuaciones del procedimiento de ejecución judicial sumario del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, contiene los siguientes pronunciamientos:

a) En cuanto a la alegación por la parte recurrente de irregularidades en la propia estipulación de constitución de hipoteca, se señalan las siguientes: a) la cláusula de responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios y moratorios infringe el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, al superar los intereses remuneratorios y moratorios las cinco anualidades establecidas como máximo en el precepto antes indicado. b) se ha extendido la garantía hipotecaria a los intereses moratorios sin cumplir la exigencia del principio de especialidad (artículo 12 de la Ley Hipotecaria) al no señalarse un tope máximo de responsabilidad hipotecaria, y no precisar claramente en qué medida están garantizados hipotecariamente, con independencia de la garantía prevista para los remuneratorios, de tal manera que se ha aplicado la cobertura de unos a los otros.

A este respecto señala la Sala que la estipulación quinta de la escritura establece de modo claro la extensión de la hipoteca que, en materia de intereses de demora, se fija en una cantidad de hasta 2.000.000 de pesetas, cantidad que es fácil entender como límite, y que la misma se encuentra separada de la cobertura de los intereses remuneratorios, que asciende a 5 años al tipo máximo del 20%; por lo que no entiende vulnerados los preceptos invocados (arts. 12 y 114 LH).

Parece, sigue diciendo el Tribunal Supremo, que de lo que discrepa la parte deudora es de la liquidación efectuada por la prestamista, y ello pretende acreditarlo con el informe pericial extemporáneamente aportado, y por ende, inadmitido, con lo que nos moveríamos en el ámbito de la prueba y su valoración, excediendo del ámbito propio de la casación.

b) Respecto a la inadecuación del juicio hipotecario del artículo 131 de la LH para reclamar los intereses moratorios, señalan los recurrentes que al pactarse la variabilidad de los mismos, su cobertura hipotecaria tiene el carácter de hipoteca de “máximo”, por lo que al no haberse pactado en la escritura

de préstamo que la certificación bancaria sea el medio para acreditar el saldo exigible u otro sistema de liquidación propio de las hipotecas de seguridad, el acreedor debió llevar su reclamación en cuanto a los intereses moratorios por el procedimiento que para ese tipo de hipotecas regula el artículo 153 de dicha Ley Hipotecaria.

Entiende también la parte recurrente que, a falta de pacto, si se quiere ejecutar una hipoteca de máximo por el procedimiento del artículo 131 LH es preciso practicar la nota marginal del artículo 143 de dicha Ley, por lo que al no haber ocurrido esta circunstancia, no respeta el procedimiento que prevé la legislación hipotecaria.

Frente a esta argumentación, la Sala señala que la hipoteca constituida es ordinaria en garantía de un préstamo hipotecario y no una hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente. Es cierto, sigue diciendo, que en relación con los intereses ordinarios y moratorios la hipoteca es de máximo o seguridad al ser éstos variables, como viene reconociendo la Dirección General de los Registros y el Notariado en numerosas resoluciones (resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984, 21 de enero de 1988, 16 de febrero de 1990, entre otras), pero sin que a todos los efectos ello suponga que la hipoteca se convierta en hipoteca de máximo y se encuentre sujeta a sus condicionantes procedimentales. Para determinar esa responsabilidad hipotecaria máxima, el principio de especialidad exige, sigue diciendo el Alto Tribunal, no sólo que se establezca un tope máximo de interés sino también, conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, el número de anualidades aseguradas, que como máximo son cinco y ninguno de estos límites se han infringido en este caso.

Respecto de la afirmación del recurrente de no ser posible utilizar los cauces del procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la LH cuando se han pactado “intereses variables” por constituir su responsabilidad hipotecaria una “hipoteca de máximo o seguridad”, es rechazado por la Sala porque ello supone olvidar que cuando en el año 1986 se reformó la Ley Hipotecaria se introdujo un nuevo párrafo en el artículo 131, la regla tercera en su número 4, a través del cual se reconocía la licitud del pacto de interés variable y su utilización dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria.

c) En relación al motivo casacional de la falta de notificación o requerimiento de pago en el juicio hipotecario a los deudores, respecto al que la parte recurrente alega que consta probado en autos, por prueba testifical (el arrendatario) admitida en la alzada, que nunca se produjo notificación o requerimiento de pago alguno en la finca hipotecada que fue el domicilio señalado para ello; y que el vecino al que se refiere la diligencia de requerimiento de 15 de diciembre de 1995 como receptor, no se identifica ni por su nombre ni por el DNI, ni consta el cargo o representación que ostenta en la sociedad que es ocupante de la vivienda en que se dice efectuó el requerimiento, ni si se ha dado lectura íntegra de la providencia por el Secretario a tal persona o se le ha

entregado copia literal de la misma, ni tampoco la hora en que se practicó, ni quién da fe de la notificación, como exigen en los artículos 262 y 263 de la LEC de 1881.

Argumentan los recurrentes que dicha infracción legal cometida ha influido en el resultado del proceso, toda vez que se ha prescindido de las notificaciones y requerimiento de pago que establece el artículo 131 reglas 3 números 3º y 4º, 4ª, 5ª y 7ª siendo sus normas de orden público, que los Jueces y Tribunales no pueden eludir aplicar y que no puede dejarse al arbitrio de una de las partes –Entidad prestamista– su cumplimiento procediendo a ejecutar una hipoteca por el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria sin cumplir lo que el mismo dispone en materia de notificaciones y requerimientos de pago a los deudores hipotecarios.

La Sala, por un lado, rechaza este motivo, basando su decisión en la afirmación de la sentencia recurrida de que “*consta en autos la diligencia de requerimiento de pago intentado en el domicilio hipotecado propiedad de los demandantes, folio 133, y no encontrando a nadie en el mismo se hizo entrega de las cédulas a vecino del inmueble de conformidad con lo establecido en el artículo 131*”, y que la refutación que la parte recurrente pretende acudiendo a la prueba testifical practicada no puede acogerse por cuanto excede del ámbito de la casación y sería propio del recurso extraordinario por infracción procesal, que no se interpone.

De otra parte, apoyándose en la sentencia de la propia Sala de 29 de junio de 1992, señala que cabe “*otra forma notificadora para cuando en la primera diligencia de búsqueda, el interesado no es hallado en su domicilio, procediéndose entonces mediante cédulas, conforme al artículo 267 y siguientes de la Ley*” y que precisamente ese fue la forma de notificación practicada en los autos como consta en la referida diligencia judicial, de cuya lectura se aprecia, y ello no es valoración de prueba sino cuestión jurídica, que el requerimiento de pago se llevó a cabo conforme a lo que disponía el artículo 131 de la Ley Hipotecaria entonces vigente, pero también que el tribunal de instancia no advierte que existió una irregularidad procesal, si se tiene en cuenta lo que disponía el artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ya que no se hizo constar en ella la identidad de la vecina con la que se practicó el requerimiento de pago.

Procede la Sala, en consecuencia, a analizar qué efectos tiene en el procedimiento de ejecución hipotecaria tal omisión, en el sentido de determinar si para que exista nulidad de actuaciones basta con apreciar una vulneración sustancial de las normas procesales o es necesario, además, que se haya producido una situación en la que se vea afectado el derecho de defensa de los ejecutados, inclinándose, por este segundo criterio con base en la jurisprudencia que se cita, lo que exige valorar las circunstancias del caso concreto.

En el procedimiento cuya nulidad se pretende es cierto que el requerimiento se practicó con la vecina del 1º, pero también lo es que siendo la ocupante del piso una cooperativa de viviendas, la identidad de la vecina no

tiene fácil comprobación y de hecho no consta en el procedimiento. Se puede presumir que las recurrentes tuvieron conocimiento del requerimiento y de los términos del mismo, porque comparecieron en el Juzgado el día anterior a la tercera subasta, 2 de abril de 1997, manifestando que ese mismo día era cuando habían tenido conocimiento del procedimiento y, sin embargo, la diligencia de notificación por cédula del señalamiento de las subastas fue correcta, con lo que ese conocimiento se habría tenido el día 11 de julio de 1996, así como porque el contenido del escrito de su comparecencia revela un conocimiento del procedimiento en detalle, consecuencia de haber recibido la documentación, ya que no se encontraban personadas en la ejecución y, por ende, no tuvieron a su alcance el examen de las actuaciones, ni consta que solicitasen su exhibición.

A pesar de todo ello, El Tribunal Supremo considera que ante un procedimiento tan expeditivo en el que la realización del bien era inminente, el juzgado consumó la irregularidad, pues lejos de examinar la diligencia de requerimiento de pago para preservar los limitados derechos de las ejecutadas, dictó providencia teniéndolas por personadas y ordenando que se diese traslado del escrito presentado a la parte contraria a fin de que en el término de tres días manifestase lo que a su derecho conviniera. Naturalmente cuando el Juzgado decidió sobre el citado escrito, tras alegaciones de la contraparte, fue el 12 de abril de 1997 y su respuesta obvia era que no se podía suspender la subasta porque ya se había celebrado.

Tras los oportunos recursos de reposición, las pretensiones de las ejecutadas fueron rechazadas, por lo que la Sala procede a admitir este motivo de casación, porque entiende que, por tratarse de la falta de un requisito esencial e imprescindible para que produzca efecto el procedimiento que, además, dio lugar a una verdadera indefensión de los deudores, especialmente del deudor no hipotecante Don Bernabé que no fue tampoco demandado, el juzgado que tramitó la ejecución debió admitir dicho recurso.

d) Frente a la alegación de la parte recurrente de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, tanto en la primera instancia como en el recurso de apelación en atención a la pretendida titularidad dominical del Don Bernabé sobre el inmueble hipotecado; la Sala considera como hecho probado, tanto en la sentencia de primera instancia como en la dictada en el recurso de apelación, que el Señor Bernabé tiene la consideración de prestatario pero no de hipotecante.

Sigue diciendo la Sala que aunque doctrinalmente al interpretarse los preceptos que regulaban este procedimiento se tiende a comprender bajo el concepto de “deudor” no solo al obligado al pago personal sino también al tercer adquirente y al hipotecante no deudor, agrupando a todos como parte pasiva del mismo, sin embargo, por la naturaleza real de la acción ejercitada, solo lo será el hipotecante de los bienes. Ello no empece para que el obligado princi-

pal al pago de la deuda sea requerido de pago necesariamente en este procedimiento, a fin de que evite con el cumplimiento de aquél 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 sólo contra el propietario registral, por ser el sujeto pasivo de la obligación garantizada por este especial derecho real.

6. Análisis crítico: principales controversias suscitadas

6.1. *La determinación objetiva del tipo de interés de referencia*

Hasta la reforma de la Ley de Defensa de los Consumidores de 1984, operada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998, la defensa de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios incorporadas a las escrituras de hipoteca mediante minutas elaboradas por las entidades crediticias e impuestas a los prestatarios, fue asumida en exclusiva por los registradores de la propiedad que denegaban el acceso al registro de todas aquellas estipulaciones que, en el ejercicio de su función calificadora o de control de la legalidad, consideraban “no válidas o no ajustadas al ordenamiento jurídico”.

Es por ello que durante ese periodo, en el cual se firmó la escritura de constitución de hipoteca objeto del recurso, la doctrina principal acerca de la materia estaba constituida por las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado dictadas en los recursos interpuestos contra la calificación registral negativa, la cual, en materia de determinación de los tipos de interés de referencia de los préstamos hipotecarios a interés variable, exigía, como requisito de inscripción, la objetividad en el mecanismo previsto para la determinación de los intereses remuneratorios, ya que, en otro caso, el cumplimiento de la obligación quedaría al arbitrio del acreedor (a lo que se oponía el art. 1256 del Código Civil y el art. 10 de la Ley de Defensa de Consumidores de 1984) que podría variar el tipo de interés libremente o influir de forma decisiva en su determinación. Además, hoy en día se infringiría también Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios en lo tocante a la vinculación del contrato a la voluntad del empresario, desequilibrio prestacional entre las partes y condiciones abusivas del crédito en general (arts. 85 y ss LGDCU de 2007).

Así la DGRN en distintas resoluciones rechazó la admisión e inscripción como tipo de interés de referencia “el preferencial del propio Banco acreedor” (res. 7 de septiembre de 1988), “los preferenciales de un número reducido de entidades de crédito (3 o 4 Bancos o Cajas)” entre las que se encontraba la entidad prestamista u otra perteneciente a su grupo (res. 26 de diciembre de 1990), “el tipo de interés que para depósitos por importe y periodo de in-

terés similares se oferte al Banco unos días antes de la fecha en que debiera comenzar a regir el nuevo periodo de interés” (res. 21 de octubre de 1998 y 8 de febrero de 2001) o del que fije unilateralmente el banco acreedor transcurrido el período inicial de interés fijo (res. 31 de enero de 2013 respecto de un banco holandés).

Sin embargo sí consideró inscribible la cláusula según la cual, la fijación de los intereses variables garantizados se hace en función “del promedio de tipos preferenciales de un grupo de seis entidades de crédito”, entre las que no se encontraba la entidad prestamista (res. 13 de enero y 13 de noviembre de 1990 y 14 de enero de 1991), por entender que ni la confluencia de intereses, ni la pertenencia a asociaciones profesionales o agrupaciones para la satisfacción de intereses comunes (como pudiera ser, en su momento, la Confederación Española de Cajas de Ahorro, la Asociación Española de Banca o la Asociación Hipotecaria Española), menoscaba la independencia económica y la autonomía de intereses de cada una de ellas, ni, por consiguiente, infringe el artículo 1256 del Código Civil.

Este criterio de objetividad fue recogido posteriormente en la Circular del Banco de España de 5 de diciembre de 1988 que señaló que “*Los tipos publicados o practicados por la propia entidad, o por otras de su grupo, no podrán ser utilizados por ninguna de estas entidades como referencia en las operaciones activas o pasivas concertadas a tipo de interés variable a partir de la entrada en vigor de esta Circular*”, y más concretamente en la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuyo artículo 6-2 señaló que “*En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo*”.

Por ello considero que debe estimarse admisible, con base en ese principio de determinación y objetividad, que el tipo referencia que se pacte sea el que rija en un tiempo determinado en cierto sector del mercado del que formen parte la entidad acreedora, como ocurre en este caso con el “*a la media simple de los tipos de interés medios ponderados para las Cajas de Ahorro, de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre*”, aunque no se excluya del mismo a aquella, ya que la pertenencia a ese sector de una pluralidad de entidades de crédito hace que se diluya el tipo medio comunicado por una concreta de ellas.

Por tanto, Sólo podría considerarse que hay una falta de objetividad en la fijación del tipo de interés de referencia, en la época en que se otorgó la escritura de préstamo hipotecario, si, como señala el Tribunal Supremo en la sen-

tencia que se comenta, se probara que los tipos suministrados por la concreta entidad prestamista de que se trate han provocado un alza artificial de dicho tipo de interés medio, o bien que dicho índice está condicionado en virtud de la existencia de acuerdos o prácticas colusorias con otras entidades.

Todo ello sin perjuicio de que, hoy en día, tratándose de contratos en que sea aplicable la legislación de protección de consumidores, sólo serán admisibles los tipos de interés de referencia oficiales que se establecen en el artículo 27 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2889/2011 de 28 de octubre sobre transparencia y protección de los clientes de servicios bancarios.

6.2. *El pacto de anatocismo*

El pacto o cláusula de anatocismo o de capitalización de intereses, como es sabido, supone la incorporación de los intereses ya vencidos y no pagados al capital para generar el devengo de nuevos intereses. En nuestra legislación civil se establece, en defecto de pacto, el no devengo de intereses por los intereses vencidos hasta no ser reclamados judicialmente (art. 1109 CC), mientras que en la legislación mercantil (art. 317 CCo) se establece la no capitalización de los intereses. Pero la validez de tal pacto de anatocismo ha sido reconocida por el Tribunal Supremo tanto desde el punto de vista civil como mercantil (cfr. STS 8 de noviembre de 1994 y 4 de junio de 2009), porque se deduce *a sensu contrario* del artículo 1109 del Código Civil, se encuentra expresamente admitido por el artículo 317 del Código de Comercio y resulta del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del propio Código Civil.

Por su parte, la doctrina de la DGRN (cfr. res. 19 de enero de 1996, 25 de marzo y 6 de mayo de 2008, entre otras) ha mantenido tradicionalmente que el pacto de anatocismo no era inscribible, no porque negara su validez sino porque al no poderse garantizar con hipoteca por imperativo del principio hipotecario de determinación, que impide la reclamación de intereses englobados con el capital, se entendía que su naturaleza era meramente obligacional y, en consecuencia, de acuerdo con el tradicional contenido del registro de la propiedad respecto del derecho real de hipoteca anterior a la Ley 41/2007 de regulación del mercado hipotecario y de otras normas del sistema hipotecario y financiero, no debía acceder al registro por carecer de transcendencia real.

Ahora bien la citada Ley 41/2007 modificó el artículo 12 de la Ley Hipotecaria relativo al contenido del asiento de derecho real de hipoteca, cuyo párrafo segundo establece que “*Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización*”, lo que comprende al pacto de anatocismo cuyo carácter financiero es indudable ya que contribuye a

determinar la cantidad exigible en la demanda ejecutiva hipotecaria, tal como está se encuentra regulada en la actualidad por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, la cual, como es conocido, sustituyó el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por el procedimiento de ejecución directa hipotecaria de los artículos 682 a 698 de la LEC.

Es por ello que la propia DGRN ha ido matizando su criterio y así, primero respecto de la hipoteca inversa (res. 19 de marzo de 2008), luego respecto de la hipoteca en garantía de cuenta corriente (res. 1 de octubre de 2010), y finalmente respecto de la hipoteca en garantía de préstamos (res. 28 de abril de 2015) ha admitido su inscripción, en cuanto a estas últimas, que son las que ahora interesan, por tratarse de una cláusula financiera válida y porque, *“aun cuando las cantidades resultantes de la capitalización no estén cubiertas por la responsabilidad hipotecaria, lo cierto es que son partidas reclamables al deudor (en la demanda ejecutiva hipotecaria), que podrán ser cobradas por el acreedor, bien del sobrante del remate, si lo hay, bien acudiendo al procedimiento de ejecución ordinaria subsiguiente al hipotecario”*.

Con esto enlazamos con la otra cuestión abordada en este motivo de casación, es decir, que como el registrador denegó la inscripción del pacto, el juez de la ejecución no debió tenerlo en cuenta para determinar la cantidad reclamada, lo que la sentencia que se comenta niega porque entiende que tales calificaciones quedan sujetas a la tutela de los Tribunales de Justicia al estar bajo su salvaguarda los asientos del Registro.

En mi modesta opinión, esa afirmación podía ser cierta para el supuesto que juzga la sentencia pues, en la época de la ejecución, el pacto de anatocismo no se inscribía simplemente porque carecía de transcendencia real (esos intereses capitalizados no estaban garantizados con la hipoteca) y si bien el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca hacía que los pronunciamientos del registro de la propiedad constituyeran, ya entonces, la base para el desarrollo del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, no existía un artículo como el actual 130 de la Ley Hipotecaria (introducido también en la reforma de la Ley 41/2007), que establece de forma imperativa dirigida a los jueces de la ejecución que *“el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”*.

Pero hoy en día ese criterio debe ser rechazado porque, la obligatoria inscripción de tal pacto con base en el nuevo artículo 12 de la LH y el contenido del citado artículo 130 de la misma Ley, que prohíbe al juez de la ejecución admitir aquellas cláusulas que no se encuentren inscritas, hacen que esa tutela judicial de que habla el Tribunal Supremo se circunscriba al ámbito que le es propio (de hecho ya lo era en el tiempo de que tratamos), es decir, al del recurso judicial contra la calificación denegatoria del registrador, independiente o

posterior al recurso gubernativo ante la DGRN, que el acreedor siempre podrá interponer si considera que las cláusulas denegadas se ajustan a la legalidad o, en su caso, al procedimiento declarativo de rectificación de la inscripción del artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

6.3. La negociación de cláusulas en la contratación por adhesión

La legislación sobre protección de los consumidores exige como presupuesto de aplicación que las cláusulas de los contratos en que intervengan no hayan sido negociadas individualmente (arts. 3-1 Directiva CEE 13/93, 1 LCGC y 80 LGDCU), correspondiendo al profesional predisponente la prueba de que todas o unas determinadas cláusulas han sido realmente negociadas.

Esta presunción legal de imposición de la cláusulas y la interpretación que de la misma hace el Tribunal Supremo (cfr. STS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), suele hacer en la práctica casi imposible la acreditación de la negociación, ya que no considera suficientemente acreditativa la comparación con otros contratos del profesional, sino que exige que la prueba se referencie a las vicisitudes del proceso de contratación particular y a las alteraciones que éste haya experimentado desde la oferta comercial.

Por ello extraña que en este supuesto, el Tribunal Supremo haya considerado como prueba suficiente el que los prestatarios concertaron el contrato de préstamo a través de un representante apoderado, que es un experto sobre la materia y precisamente el abogado que les defiende en este litigio, con conocimientos por tanto para entender y comprender el exacto y transparente contenido de las estipulaciones acordadas; sin vincular esa acreditación a las variaciones que hayan experimentado las cláusulas predispuestas durante el proceso de contratación regulado de la Orden ministerial EHA 2899/2011.

Debemos, con todo, congratularnos de que se abra el abanico de pruebas a este respecto y, en este sentido, debe recordarse que en España durante la época del boom económico y por aplicación del derecho del deudor de subrogar a otra entidad de crédito en su préstamos hipotecario *ex* artículo 2 de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, de subrogación y novación de préstamos hipotecarios, los consumidores acostumbraban a informarse de los tipos de interés que ofrecían las distintas entidades de crédito, para luego acudir a la oficina de su acreedor inicial con el fin de solicitarle la reducción de las condiciones del tipo de interés –diferencial y tipo mínimo– y otras financieras hasta igualar la mejor oferta recibida, bajo la amenaza de subrogar a otra entidad en la titularidad de la hipoteca.

Por todo ello entiendo que esta situación real de negociación –propia sólo de España y hoy revertida por la crisis económica que ha cambiado la predisposición de las entidades de crédito– debe tenerse en cuenta a la hora de la prueba bien considerando, como regla, que la existencia de una previa escri-

tura de novación o subrogación hipotecaria constituye suficiente indicio de negociación específica con el adherente e, incluso, que el carácter inferior del tipo mínimo de un contrato respecto de la media interbancaria constituye un sólido indicio en tal sentido; posibilitando, de esta manera, la preceptiva prueba de la existencia de negociación en cada caso particular.

6.4. La determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses remuneratorios y moratorios

En cuanto a la alegación por la parte recurrente de irregularidades en la propia estipulación de constitución de hipoteca en cuanto a los intereses remuneratorios y moratorios, conviene, previamente a su análisis, señalar las siguientes reglas básicas sobre la materia:

a) La hipoteca que garantiza intereses variables es encuadrable dentro de las hipotecas de máximo, dada la naturaleza indeterminada o fluctuante de los tipos de interés los cuales se aplicarán durante la vida del préstamo (cfr. RDGRN de 21 de diciembre de 2015), lo cual exige la determinación del tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria (art. 12 LH).

b) La determinación de la responsabilidad hipotecaria mediante la fijación de una cantidad alzada no exime de tener que fijar un tope máximo a la variabilidad del tipo de interés, porque de no hacerlo así, no sería posible apreciar si se cumple o no el límite marcado por el artículo 114 de la LH (cfr. RDGRN de 24 de agosto de 1998, 9 de febrero de 2001, 21 de diciembre de 2007 y 31 de octubre de 2013, entre otras).

c) Los intereses ordinarios y los intereses de demora, los cuales tienen distinta naturaleza (los primeros constituyen una obligación de presente y los segundos una obligación futura) no pueden englobarse en la misma cifra de cobertura hipotecaria, sino que deben ser garantizados de forma independiente. Ahora bien, el tope de cinco años de la cobertura hipotecaria respecto de los intereses (art. 114 LH), opera de forma independiente para ambos tipos de interés (cfr. RDGRN de 18 de diciembre de 1999, 20 y 22 de noviembre de 2000 y 30 de noviembre de 2002, entre otras).

Por su parte, se observa que la responsabilidad hipotecaria pactada en la escritura que nos ocupa, es decir, de 5 años al tipo máximo del 20% para intereses ordinarios y hasta la cantidad de 2.000.000 de pesetas (el 10% del principal) para intereses moratorios; cumple con la expuesta regla c) ya que ambos intereses están garantizados con coberturas independientes y si bien entre ambas superan los cinco años de cobertura, ninguna de ellas lo hace por separado. A los efectos de este comentario debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en las fechas próximas a la hipoteca y a su ejecución, la doctrina de la DGRN

era que a los solos efectos de respetar el límite máximo de cinco anualidades prescrito por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, ambos tipos de intereses habían de ser computados conjuntamente (RDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996).

En cuanto a las otras dos reglas, la letra a) se considera cumplida ya que la responsabilidad hipotecaria tiene la estructura de una hipoteca de máximo, y la letra b) se estima cumplida respecto de los intereses ordinarios, pero no en cuanto a los intereses moratorios, en relación a los cuales faltaría la fijación del preceptivo tipo máximo, en lo que tendría razón la parte recurrente. No obstante, estas reglas van dirigidas al registro de la propiedad a efectos de la inscripción, pero una vez inscritas se encuentran bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1-3 LH) y, en consecuencia, si el asiento registral no ha sido objeto de demanda declarativa de inexactitud, el juez de la ejecución debe pasar por las mismas en aplicación del principio de presunción de exactitud hipotecaria y del artículo 130 de la Ley Hipotecaria.

6.5. El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y el préstamo con intereses remuneratorios variables

Según se ha indicado anteriormente la parte recurrente alega que como los intereses remuneratorios pactados son variables, la hipoteca que los garantiza debe considerarse como de “máximo”, por lo que, en su entendimiento, no procedería la ejecución conforme al procedimiento regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ya que debería haberse seguido el procedimiento recogido en el artículo 153 de la misma Ley, a falta de que se pacte que la certificación bancaria sea el medio para acreditar el saldo exigible u otro sistema de liquidación propio de las hipotecas de seguridad.

Es cierto que es doctrina reiterada de la DGRN (cfr. resoluciones 3 de diciembre de 1998, de 8 de febrero de 2001 y de 18 de febrero de 2008) que la garantía por intereses sujetos a variación constituye una hipoteca de seguridad o de máximo, lo cual exige, en primer lugar, la fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dichos intereses, tope que opera a todos los efectos legales, favorables y adversos, y tanto en las relaciones entre acreedor y deudor hipotecarios, como en las que se producen entre aquél y el tercer poseedor o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre las finca gravada.

En segundo lugar, esa especial naturaleza plantea la cuestión de si podrá acudir para el cobro de dichos intereses variables (sean ordinarios o moratorios) al mismo procedimiento de ejecución que el préstamo principal garantizado, que al encontrarnos ante una hipoteca ordinaria o de tráfico, podía ser, en el ámbito temporal aplicable en este supuesto, el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, o si, por el contrario, debe acudir al procedimiento de ejecución ordinario o al juicio declarativo.

A estos efectos, debe quedar claro que la responsabilidad hipotecaria que garantiza los intereses variables no puede considerarse como una hipoteca diferenciada de la hipoteca que garantiza el capital del préstamo o las demás obligaciones accesorias o complementarias, por lo que el régimen de su ejecución debe ser unitario. Es decir, que la hipoteca ordinaria o de tráfico es única, aunque se constituya como cobertura de distintas obligaciones garantizadas y aun cuando éstas sean de distinta naturaleza y diferente régimen jurídico (así, las obligaciones por intereses moratorios o por costas de la obligación son obligaciones futuras y las obligaciones por intereses remuneratorios variables son obligaciones indeterminadas, etc), siempre que éstas tengan una conexión causal entre sí o una dependencia recíproca (en este caso su accesoriedad o complementariedad con la obligación principal), se encuentren determinadas en sus aspectos definidores y la hipoteca quede vinculada a las obligaciones en su nacimiento, vigencia y exigibilidad.

Pero es que, además, el artículo 153 de la Ley Hipotecaria relativo a las hipotecas de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito, siempre ha permitido utilizar la acción hipotecaria ejecutiva del artículo 131 de la LH para lograr el cobro del saldo líquido de la cuenta. Lo único que exige, como especial, es que a la demanda ejecutiva se acompañe, aparte de los que sean procedentes, aquellos documentos que acrediten el importe líquido de la cantidad adeudada ya resulte éste del sistema de doble libreta, ya de una certificación de la entidad acreedora de las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de crédito debidamente autorizadas.

Y, por su parte, el artículo 131 regla tercera apartado cuarto, ya desde la reforma llevada a cabo por la Ley 19/1986 de 30 de abril, de reforma procesal de los procedimientos de ejecución hipotecaria, expresamente permite reclamar simultáneamente en una sola demanda el capital del préstamo, los intereses remuneratorios variables y las demás obligaciones accesorias y complementarias de la principal, si bien deberá acompañarse a la demanda ejecutiva respecto de ese tipo de intereses *“el documento o documentos que, cuando la hipoteca garantice un crédito o préstamo para el que se hubiese pactado un interés variable, permita determinar dicho tipo con exactitud, ya sea directamente, ya mediante una simple operación aritmética, si el tipo de los intereses reclamados no viniese determinado en la certificación registral o en la copia autorizada a que alude el último párrafo del número segundo de esta regla”*.

Por ello pienso que la parte recurrente ha incurrido en un error de concepto en la formulación de este motivo casacional y que, en realidad, cuando habla de que procede la ejecución de los intereses variables por el procedimiento ejecutivo del artículo 153 de la LH, procedimiento especial que nunca ha existido, lo que está queriendo decir es que, para poder acudir al procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la LH, debe exigirse la aportación de los documentos que acrediten cuál es el saldo líquido exigible por tal concepto, lo que debería haberse pactado en la escritura de constitución.

Ahora bien, si ésta fuera su intención, también debería rechazarse el recurso porque como señala la DGRN en resolución de 16 de febrero de 1990, para la fijación de los intereses variables al tiempo de la ejecución por la vía del procedimiento judicial sumario, no es imprescindible que en la escritura de hipoteca se precise el documento adecuado a tal efecto, pues en última instancia siempre será de aplicación lo dispuesto en la citada regla 3ª apartado 4º del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Además, no puede confundirse entre el saldo resultante de la liquidación de una cuenta corriente de crédito (art. 573 LEC), y el saldo resultante que arroje la operación de cálculo de los intereses variables (art. 574 LEC), ya que mientras en el primer caso se exige la existencia de una cuenta corriente de la que certificar, de acuerdo con el sistema contable establecido, en el segundo caso se trata de una simple operación aritmética que no precisa de una cuenta instrumental que le sirva de soporte.

Por último, en cuanto a la alegación del recurrente de la necesidad de practicar previamente la nota marginal del artículo 143 de la Ley Hipotecaria si se quiere ejecutar una hipoteca de máximo por el procedimiento del artículo 131 de la LH, únicamente reiterar aquí que ni esa exigencia existe, ni esa nota marginal es propia estrictamente de las hipotecas de máximo sino más bien de las hipotecas en garantía de obligaciones futuras; por lo que para poder proceder a la ejecución por el citado procedimiento bastará con aportar para inscribir, como queda expuesto, el documento que acredite la saldo líquido garantizado por intereses variables.

6.6. *Destinatarios de la demanda ejecutiva y del requerimiento de pago en el procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria*

Disponía el antiguo artículo 131 regla 3ª-3º de la Ley hipotecaria que “*Tertero. Acta notarial justificativa de haberse requerido de pago con diez días de anticipación, cuando menos, al deudor, y también al tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiere acreditado al acreedor la adquisición del inmueble. El requerimiento deberá haberse practicado en el domicilio que resulte vigente en el Registro, bien personalmente si se encontrarse en él el deudor o el tercer poseedor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependientes mayores de catorce años que se hallaren en la habitación del que hubiere de ser requerido, y si no se encontrare a nadie en ella, al portero, o al vecino más próximo que fuere habido*”.

Por su parte, la regla 2ª de dicho artículo al hablar de los requisitos de la demanda no señala contra quien debe dirigirse la misma, y la regla 4ª que si en la demanda no se hubiere acreditado la practica del requerimiento notarial, el juez debía ordena “*que se practiquen los requerimientos, cuando no se haya presentado acta notarial que los acredite, en los domicilios y de la manera que se determine en el presente artículo. En este caso, el requerimiento se acreditará en los autos en la forma dispuesta en la Ley Procesal Civil para las notificaciones por cédula*”. De la lectura de

las citadas reglas surgían tres cuestiones a los efectos que ahora nos interesan: ¿quién debe ser demandado?, ¿quiénes son los destinatarios del requerimiento de pago? Y ¿qué efectos genera la falta de dicho requerimiento?

En cuanto a la primera cuestión, ante el silencio de la Ley Hipotecaria, el problema que se planteaba era si cuando la persona del propietario de la finca hipoteca en el momento de la ejecución no coincidía con la del deudor o deudores (hipotecante de deuda ajena o tercer poseedor no subrogado en la deuda) era necesario demandar a ambos o, en caso contrario, a cuál de ellos debía demandarse. Aunque la doctrina se encontraba dividida, predominaba el criterio de considerar que la demanda sólo debía ser dirigida contra el propietario de la finca dado que la acción hipotecaria es una acción real que recae directamente sobre la misma y, además, así lo impone el principio de legitimación registral, bastando con que al deudor se le requiriera de pago en los términos que luego veremos. Hoy en día, respecto del procedimiento de ejecución judicial directo hipotecario parece que la cuestión está resuelta ya que el artículo 685-1 de la vigente LEC señala que *“La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”*.

Respecto a la cuestión de si el requerimiento de pago se debía dirigir sólo contra el deudor y el tercer poseedor (respecto cuya problemática no se puede entrar en este comentario) como decía el artículo 131 de la LH, o también contra el hipotecante no deudor. En mi opinión parece claro, a pesar de la literalidad de la citada regla 3ª que no le cita, que se le debe también practicar el requerimiento de pago en todo caso, pudiéndose considerarle comprendido dentro del concepto del tercer poseedor ya que no existe razón jurídica alguna para requerir de pago a un tipo de propietario y al otro no. Hoy en día, respecto del procedimiento de ejecución judicial directo hipotecario la cuestión se encuentra resuelta ya que el artículo 686 de la vigente LEC señala que *“En el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro”*.

En cuanto a la importancia del requisito del requerimiento de pago y su realización en el domicilio que conste a estos efectos en el registro de la propiedad (en la actualidad también en el domicilio real que resulte de las averiguaciones efectuadas por el Juzgado –art. 686-3 LEC–), se ha considerado tradicionalmente que se trata de un trámite esencial e inexcusable del procedimiento de ejecución (cfr. STS de 7 de diciembre de 1987, 8 de junio de 1994 y 5 de mayo de 2005, y RDGRN de 29 de diciembre de 1998 y otras muchas para la ejecución directa de los arts. 682 de la LEC), por lo que su falta respecto de cualquiera de los deudores, del hipotecante no deudor o del tercer poseedor si los hubiere, y cualquiera que sea la relación de mancomunidad o

solidaridad que mantengan respecto al crédito, determina la nulidad de las actuaciones. Sin embargo la jurisprudencia más moderna ha matizado este efecto, exigiendo, en determinados supuestos, además de la irregularidad procesal, la concurrencia de la indefensión material del destinatario omitido. Por tanto, para poder declarar tal nulidad del procedimiento (STS de 25 de junio de 1997 y 7 de abril de 1997), debe acreditarse que ha existido un conocimiento extraprocesal de la existencia del mismo por parte del no requerido que le permite lograr una adecuada defensa de sus derechos.

Por último, recordar que el requerimiento de pago admite dos modalidades, ambas igualmente válidas si se cumplen sus respectivas formalidades legales, la notarial, anterior a la presentación de la demanda ejecutiva, y la judicial, en defecto de la primera, dentro del proceso y por sus propios trámites (notificación por cédula y, en caso de imposibilidad, por edictos).

Pues bien, en el presente supuesto consta en el procedimiento que Don Bernabé tiene la condición de deudor no hipotecante, por lo que no puede admitirse este motivo de oposición ya que, como queda expuesto, en la fecha en que tuvo lugar la ejecución, la demanda al mismo no era necesaria. Pero también consta en autos que el requerimiento de pago a todos los deudores, incluido al deudor no hipotecante, tuvo lugar de forma defectuosa por cédula de notificación judicial, y aun cuando todos se personaron en el proceso, lo hicieron de forma tardía pues no consiguieron evitar la subasta y defender adecuadamente sus derechos, y, en consecuencia, dado el carácter sustancial de este requisito procesal, en buena lógica, como falla la Sala, procede la nulidad de la ejecución.

7. Bibliografía utilizada

- CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel: *Tratado de los derechos de garantía*. Editorial Thomson Aranzadi, 2ª edición, Pamplona 2008.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, ed. Colegio de Registradores de España, Madrid 2000.
- DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Aranzadi, 6.ª edición.
- MONTERO AROCA, Juan: *Tratado de ejecuciones hipotecarias*. Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2009.
- ROCA SASTRE, Ramón y ROCA-SASTRE Muncunill, Luis: *Derecho Hipotecario*, Tomos VII, VIII y IX, Editorial Bosch, Barcelona 2009 (9.ª edición).