

# Sobre la formación histórica del procedimiento de apremio

AGUSTÍN ALEJANDRO SANTOS REQUENA

## SUMARIO

1. Introducción: procedimiento de apremio y formas de apremio
2. Los orígenes romanos de nuestro proceso de ejecución
3. La elaboración medieval de los conceptos
4. La evolución en el Derecho moderno
5. La actividad de apremio en el período de la codificación
  - 5.1. Hasta la promulgación de la LEC de 1881
  - 5.2. La regulación de la LEC de 1881
6. Últimas innovaciones en las formas de apremio
  - 6.1. El apremio de valores y efectos mercantiles
  - 6.2. La subsistencia de los procedimientos de ejecución extrajudiciales
7. A modo de conclusión: hacia dónde evoluciona nuestro procedimiento de apremio
8. Nota bibliográfica

## 1. INTRODUCCIÓN: PROCEDIMIENTO DE APREMIO Y FORMAS DE APREMIO

Bajo la denominación *procedimiento de apremio* agrupa la Ley de Enjuiciamiento Civil las diferentes formas de actividad jurisdiccional que conducen a la obtención de medio de pago para la efectiva satisfacción del ejecutante. Ni la terminología ni las instituciones a que hace referencia han disfrutado, no obstante, de un mismo sentido y de un único régimen jurídico en el transcurso de la Historia. En realidad, nuestro actual procedimiento de apremio es fruto de una lenta evolución a lo largo de la cual el ordenamiento jurídico ha tratado de dar respuesta a los problemas esenciales que comporta el momento extremo de toda ejecución forzosa de carácter pecuniario.

Pensamos que el examen de algunas de las cuestiones clave en la formación de este conjunto de normas contribuirá a esclarecer el sentido de muchos de sus aspectos, a la vez que pondrá de manifiesto en qué momento realmente se detuvo la evolución de sus previsiones, proporcionando un criterio para conocer qué preceptos son aún adecuados para proporcionar una tutela efectiva de los derechos implicados (los del ejecutante y los

<sup>1</sup> Vid. MIGUEL Y ROMERO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, 1917, pág. 586.

<sup>2</sup> Refiriéndose a esta compulsión directa sobre las personas dice la Ley 5ª del Título XXVII de la Partida III que *si la sentencia fuese dada contra el demandado, en razón de alguna cosa que devesse hacer, devenlo apremiar que la faga assi como fue puesto, o lo prometido*.

<sup>3</sup> Aunque de estas connotaciones aún quedan huellas en la LEC de 1881 vigente, expresiones que en aquel tiempo sedimentaron en el texto legal debido seguramente a su raigambre: vid. los arts. 643 (para obligar a comparecer al testigo inobediente), 644 ó 672 (aunque referido a la actividad de parte, para instar que se recojan los autos originales que la otra parte se negase a devolver en plazo).

<sup>4</sup> Arts. 350 y 352.

<sup>5</sup> Arts. 354 y 361.

<sup>6</sup> GÓMEZ DE LA SERNA ("¿Sería conveniente restablecer el apremio personal por deudas civiles?", en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1861, pág. 102, según lo recoge MIGUEL Y ALONSO: *Soluciones españolas a la insolvencia del deudor en la ejecución singular*, Salamanca, 1967, pág. 17), afirmaba que "no consideramos el apremio personal como pena, sino sólo como una coacción empleada para que pague la persona que se presenta como insolvente". En tal sentido habría que entender las manifestaciones de apremio personal recogidas por los arts. 32 y 36 LEC 1881, antes de su reforma por la Ley de 6 de agosto de 1984, relativas a la mala fe del deudor en la ejecución personal por deudas civiles. Sobre la ejecución personal en el proceso civil, vid. in extenso ARAGÓNESE MARTÍNEZ: *Las "astreintes" (su aplicación en el proceso español)*, Madrid, 1985, págs. 91-98 y 131-165.

<sup>7</sup> Los arts. 1544-1559 de la LEC de 1881 reproducen, con las mínimas modificaciones exigidas por la Uni-

del ejecutado), y cuáles han quedado definitivamente obsoletos. En el día de hoy, cuando es inaplazable una sería reforma del proceso de ejecución, nos resulta, además, muy oportuno rememorar ciertos aspectos y problemas clásicos del procedimiento de apremio, como parte imprescindible de cualquier reflexión en torno a la mejor reforma posible.

El término apremio ha disfrutado de diferentes significados a lo largo de la Historia de nuestro Derecho procesal: en el art. 303 de la Constitución de 1812 ya se establecía que *no se usará nunca del tormento ni de los apremios*, empleando este término en un sentido casi etimológico: nuestra voz apremiar deriva de la latina *premere*, cuyo significado contiene los de los verbos *apretar*, *oprimir*, *insistir*, *acostar* e incluso *dominar*. No obstante, la voz latina *compulsio* sería quizá la más adecuada para traducir lo que hoy entendemos por apremio, que lleva implícita en su significado la idea de mandamiento u orden de la Autoridad<sup>1</sup>. Por lo que no es de extrañar que en su acepción castellana arcaica la voz apremio se haga equivaler a *compulsión*, e incluso a *compulsión directa sobre las personas*<sup>2</sup>. Es precisamente desde los inicios del siglo XIX cuando se procura desterrar de nuestro ordenamiento jurídico toda forma de ejecución personal, definiéndose en consecuencia la actividad de ejecución como ejecución patrimonial, y tendiendo necesariamente el término apremio a perder cualquier connotación personal<sup>3</sup>.

El primer texto legal en el que aparece la expresión *procedimiento de apremio* es la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio, de 1830, como rúbrica de su Título VIII, y en el articulado (art. 362), a propósito de la imposibilidad de apelar la decisión del tribunal de comercio en el procedimiento de apremio. En diferentes lugares<sup>4</sup> prefiere la Ley referirse a la *vía de apremio*, que se inicia mediante un denominado *auto de apremio*<sup>5</sup>. Del conjunto de este Título VIII se deduce que para la Ley de 1830 apremio equivale, en definitiva, a la enajenación judicial de los bienes embargados. En el mismo texto legal (art.

349) se encuentra también la última alusión a un *apremio personal contra los deudores á falta de bienes sobre que hacer efectivo el pago de la deuda*<sup>6</sup>.

La rúbrica *del procedimiento de apremio* aparece de nuevo encabezando la sección segunda del título XX, de las ejecuciones, de la LEC de 1855 (arts. 979-994). Pese a que se concibe como un apéndice del juicio ejecutivo, recoge una serie de normas reguladoras tanto de los supuestos de adquisición de bienes embargados al deudor por el ejecutante, como del avalúo y enajenación de dichos bienes en subasta pública. A diferencia de lo que ocurría en la Ley de 1830, el procedimiento de apremio en la LEC de 1855 es ya únicamente el procedimiento establecido por el legislador para la enajenación de los bienes embargados, con la finalidad de obtener directamente la plena satisfacción del derecho del ejecutante.

La terminología e incluso lo esencial de la regulación del procedimiento de apremio que se contenía en estos textos legales se trasladó a la LEC de 1881: en la sección segunda del título XV de su Libro II se recogió la rúbrica *del procedimiento de apremio*, integrando dicha sección las normas reguladoras de la enajenación de los bienes embargados. En el título XVI del mismo Libro encontró acogida el ahora denominado *procedimiento de apremio en negocios de comercio*, a modo de juicio ejecutivo especial para ciertos créditos y ciertos títulos, procedente de la Ley de 1830<sup>7</sup>. Aún se encuentran incluso otras acepciones del término apremio en la LEC, de las que hemos mencionado ya alguna, transmitidas a lo largo de los siglos de formación de nuestra terminología legal y forense<sup>8</sup>.

Ya hemos anticipado que ni siquiera en los tiempos más recientes ha existido unanimidad en el exacto significado que debía atribuirse a la expresión *procedimiento de apremio*. Lo cierto es que bajo tal denominación regula hoy la LEC la actividad jurisdiccional tendente a la obtención de los recursos econó-

micos (medio de pago) precisos para que el ejecutante sea efectivamente satisfecho. Esto se logra básicamente mediante la enajenación forzosa de los bienes procedentes del patrimonio responsable ya afectados a la ejecución, obteniendo a cambio medio de pago, o entregando los propios bienes por un valor cierto al ejecutante. Aunque se identifica la actividad de apremio con la más frecuente de sus manifestaciones (la realización o conversión en dinero de los bienes embargados), veremos cómo la existencia de diferentes formas de obtención de medio de pago para el ejecutante justifica mantener la terminología tradicional, distinguiendo dentro de la actividad de apremio entre diversas vías de diferentes características y regulación<sup>9</sup>.

Suele entenderse que existen tres grandes sistemas de apremio: la venta en pública subasta, la administración forzosa de los bienes para pago y la adjudicación en pago. Las diversas posibilidades de aplicación de estos sistemas darían lugar a otras formas de realización, concreción de los tres sistemas básicos<sup>10</sup>. No obstante, la preocupación de la LEC por proporcionar a cada clase de bienes embargados el tratamiento más adecuado para que sirvan a los fines de la ejecución creemos que obliga a una sistematización más precisa de estas formas de apremio. Así, encontramos individualizadas (y sin que existan entre ellas unas relaciones que puedan reducirse a la tónica fungibilidad que se les ha atribuido usualmente) las siguientes:

1.- La entrega inmediata (es decir, *in más trámite*) al ejecutante de los bienes embargados y aprehendidos si éstos son medio de pago, o pueden convertirse en ello de manera sencilla e indubitada en un momento anterior a su efectiva entrega: moneda de curso legal, moneda extranjera convertible o fijada en el título ejecutivo, sueldos y pensiones, créditos realizables en el acto<sup>11</sup>.

2.- La enajenación a través del correspondiente mercado secundario oficial si lo embargado son valores admitidos a negociación en el mismo<sup>12</sup>.

ficación de Fueros operada por el Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868, y alguna actualización (al año 1881) de la redacción del articulado, lo establecido en los arts 350-363 de la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio de 1830.

<sup>9</sup> Sobre la polisemia del término *apremio*, cfr. MONTERO AROCA: *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982, pág. 111; y FRANCO ARIAS: *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, pág. 11, y bibliografía allí citada.

<sup>10</sup> MIGUEL Y ROMERO (*Comentarios...*, cit., pág. 586) afirmaba que "la palabra apremio (...) aunque se halla sancionada por el uso de nuestro foro, resulta inadecuada, siendo más propia la denominación de *procedimiento para la realización de bienes*"; MANRESA Y NAVARRO Y REUS Y GARCÍA (*Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, Madrid, 1858, t. IV, págs. 341-343) consideraban que el procedimiento de apremio "comprende todas las actuaciones que han de practicarse en la ejecución, desde que la sentencia de remate haya tomado un carácter ejecutivo, hasta que se haga pago al acreedor de la cantidad que reclame y de las costas"; REYES MONTERREAL (*El llamado Juicio Ejecutivo en la LEC española*, Barcelona, 1963, t. II, pág. 104) se refiere al apremio como *la ejecución propiamente dicha*; prefieren el término *realización* PRIETO CASTRO (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1985, vol. 2º, págs. 762-783); FERNÁNDEZ LÓPEZ (*El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, pág. 185; y -con DE LA OLIVA SANTOS- *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1995, t. III, págs. 267-269) y FRANCO ARIAS (*op. cit.*, págs. 9-11).

<sup>11</sup> *Id.*, por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ: *El proceso de ejecución*, cit., págs. 185-187; y (con DE LA OLIVA SANTOS) *Derecho Procesal Civil*, cit., t. III, págs. 268-269. En nuestra exposición mantendremos la perspectiva y sistemática que proponemos en SANTOS REQUENA: *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedi-*

*miento de apremio*, Granada, 1998, págs. 23-45.

<sup>12</sup> Arts. 1481, 1435 y 1436 LEC. Nótese que lo entregado siempre es medio de pago ya a disposición del ejecutor, con valor liberatorio. La actividad de apremio se reduce a su recogida y entrega efectivas.

<sup>13</sup> Art. 1482. I LEC.

<sup>13</sup> Art. 1482. II LEC.

<sup>14</sup> Arts. 1483 y ss. LEC.

<sup>15</sup> Arts. 1521-1530 LEC.

<sup>16</sup> Arts. 1504, 1505, 1508, 1519 y 1529 LEC.

<sup>17</sup> Consideraremos tres grandes etapas en la evolución del Derecho romano: el período arcaico (formación y madurez del procedimiento de las *legis actiones*, definido entre la promulgación de la Ley de las XII Tablas - mediados del siglo V a.C. - y el apogeo de la constitución republicana - siglo III a.C.), el período clásico (procedimiento formulario, cuya derogación sólo puede constatarse a partir del año 342 d. C., aunque en términos de Derecho privado suele referirse al período comprendido entre los años 130 a. C. y 230 d. C.) y el período tardío (procedimiento cognitorio o *cognitio extra ordinem*, quizá ya en pleno vigor a finales del siglo II d. C., coexistiendo con el procedimiento formulario). Acerca de la periodificación del Derecho romano, cfr. PARICIO: *Historia y fuentes del Derecho romano*, Madrid, 1992, págs. 25-31; y MURGA GENER: *Derecho romano clásico*, vol. II, *El Proceso*, Zaragoza, 1983, págs. 49 y 60.

<sup>18</sup> Cfr. TALAMANCA: *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1990, págs. 291-295. Las fuentes de conocimiento de esta *legis actio* proceden tanto de juristas como de historiadores muy posteriores a su vigencia (Gaius, *Institutiones* IV.21-25; Aulus Gellus: *Noctes Atticae* XX, 1.42-50).

<sup>19</sup> Cfr. con TALAMANCA, op. cit., págs. 291-293; MURGA GENER, op. cit., págs. 146-148; y FERNÁNDEZ BARRERO-PARICIO: *Fundamentos del derecho patrimonial romano*, Madrid, 1991, págs. 52-54. Aunque nunca lleguemos a conocer el verdadero alcance práctico (si fue algo más que una metáfora) de este tipo de previsiones, y dudamos -con el pudoroso Aulus Gellus- de que la extinción de la acción ejecutiva realmente exigiera en caso extremo un brutal *partes secando* del cuerpo del deudor, retendremos los datos más elementales que nos permitirán esta-

3.- La enajenación a través de Notario o Corredor Colegiado de Comercio, si se trata de valores no admitidos a negociación en mercado secundario oficial<sup>13</sup>.

4.- La enajenación a través de la subasta judicial (según los trámites previstos para los bienes muebles o inmuebles) de todos los bienes para los que no se prevea una forma especial: bienes inmuebles, alhajas de oro, plata o pedería, bienes semovientes, créditos y derechos no realizables en el acto, establecimientos mercantiles e industriales, y demás bienes muebles no comprendidos en los supuestos arriba especificados<sup>14</sup>.

5.- La administración de los bienes fructíferos embargados para pago de la responsabilidad, si fracasa la primera subasta y se dan los demás requisitos legalmente previstos<sup>15</sup>.

6.- La adjudicación en pago al ejecutante de los bienes que no encuentren rematante en la subasta<sup>16</sup>.

Como puede observarse, la LEC construye las formas de apremio en función de un criterio básico: si el juez ejecutor dispone de medio de pago, ha de entregarlo sin más trámite al ejecutante; si tiene a su disposición bienes que no son medio de pago, ha de obtener de ellos ese medio de pago, de alguna de las siguientes maneras: cambiando los bienes por dinero, obteniendo sus frutos (en último extremo, monetarios) o convirtiendo los bienes en medio de pago (mediante la atribución a éstos de un valor cierto por el que se entregan al ejecutante). Estas tres grandes formas de proceder deben materializarse adecuadamente en función de los concretos tipos de bienes de los que se pretenda obtener provecho en la ejecución.

A continuación trataremos de exponer el origen y evolución, en sus rasgos esenciales, de los elementos básicos con los que se han conformado estas formas de apremio.

## 2. LOS ORÍGENES ROMANOS DE NUESTRO PROCESO DE EJECUCIÓN

En el período arcaico<sup>17</sup> del Derecho romano es trascendental la transición de la realización privada del propio derecho a un sistema en el que es el Poder Público quien hace cumplir las resoluciones jurisdiccionales. Testimonio de ello es cuanto conocemos acerca de las que denominamos *acciones de la ley ejecutivas*, y más concreto, de la *legis actio per manus iniectionem*<sup>18</sup>. En ésta, la intervención del Poder Público en la ejecución se limita a la sanción o aquiescencia manifestada por el magistrado respecto de la apropiación por el acreedor, en último extremo, de la propia persona del deudor insolvente.

En lo esencial, la tramitación de esta acción de la ley se reconstruye hoy como sigue: pronunciada la *in ius vocatio* que en el proceso arcaico precedía al ejercicio de cualquier acción, el actor reclamaba ante el magistrado el cumplimiento de la sentencia de condena por medio de las correspondientes palabras rituales. El deudor tenía aún treinta días para presentar un *vindex*, quien debería oponerse a la pretensión del actor en la fase *apud iudicem* que se abriría a continuación, debido al peculiar *status* -similar a la incapacitación- en que quedaba constituido el demandado. Si éste no pagaba ni presentaba un *vindex*, era entregado al actor, que lo conduciría a su propia casa (*ductio*). Se abría entonces un nuevo plazo de sesenta días, en el que el actor debía sacar al deudor para exhibirlo en días de mercado, dando la posibilidad de que alguien pagase la deuda por él o se ofreciese como *vindex*. De no ocurrir así, el deudor podría ser vendido como esclavo fuera de Roma o, en el caso de tratarse de varios acreedores, descuartizado, y sus restos repartidos entre aquéllos<sup>19</sup>.

La ejecución forzosa requiere desde sus primeros tiempos la aprobación por el Poder Público de una conducta del eje-

cutante muy próxima a una venganza privada, lo que se transluce en la terminología que desde entonces se impone, cargada de connotaciones. Pues la palabra ritual (*addico*) que el magistrado pronuncia autorizando al acreedor a apoderarse del deudor es una de las *tria verba legitima*, las tres palabras de la ley<sup>20</sup>. A través de esta expresión de aquiescencia se fueron encauzando formalmente las más antiguas formas de autotutela privada: la previa actuación del actor, al ser aprobada por el magistrado, deviene concedida por éste, operándose de una manera simple y primitiva la transformación de la venganza en la tutela pública del derecho agraviado.

La forma habitual de ejecución forzosa en el período clásico es la entrada de los acreedores en la totalidad del patrimonio del condenado con el fin de obtener su satisfacción mediante la *venditio bonorum*. La ejecución era, pues, universal, excepto en los contados y privilegiados casos en que era posible la *distractio bonorum*.

La *venditio bonorum* se desarrollaba en tres grandes fases. En la primera, el ejecutante solicitaba del pretor que decretase en su favor la *missio in bona*, es decir, la posesión de los bienes integrantes del patrimonio del ejecutado. Después se pasaba a la venta de dicho patrimonio, mediante el anuncio durante treinta o quince días, según los casos, de la existencia de la ejecución, con el fin de permitir que se sumasen a ésta otros posibles acreedores, y que el propio fallido o sus sucesores satisficieran los créditos reclamados. Si la deuda no se saldaba, el acreedor (o un *magister bonorum*) redactaba las condiciones que, una vez aprobadas por el pretor, habrían de regir la venta del patrimonio. Por último, se pasaba a la *venditio* propiamente dicha, acto similar a lo que hoy día conocemos como subasta, en el que se transmitía la totalidad del patrimonio a quien ofreciera pagar una mayor parte de los créditos por los que se ejecutaba. Poco podemos afirmar con seguridad respecto del régimen de la subasta en sí: que existían ciertos licita-

dores privilegiados (el acreedor cuyo crédito alcanzase el importe más elevado, los parientes del ejecutado), y que una vez consumada la enajenación no era ya posible la rescisión<sup>21</sup>.

En realidad, poco más que la terminología ha pervivido en nuestros días de esta forma de ejecución, muy condicionada por su carácter universal. Así, al acto de enajenación de los bienes se le denominaba ya *emptio sub hasta*, invocándose con esta expresión tanto la existencia de una adquisición de manera similar a la compraventa clásica como muy especialmente la presencia en ella de un poder legitimador que remite a los mismos orígenes del derecho patrimonial romano. Pues tal enajenación ha de realizarse *bajo la presencia de la lanza quiritaria*, arcaico símbolo de la adquisición más legítima que le ha sido reconocida al ciudadano romano, asociado desde sus comienzos con el poder de los magistrados<sup>22</sup>. No obstante, es *addictio* el término empleado para referirse a lo que hoy denominamos adjudicación, equivalente entonces a la decisión por la que el pretor entregaba la propiedad al adquirente de los bienes<sup>23</sup>.

Aun cuando los elementos que venimos señalando estarán presentes desde entonces a lo largo de la evolución de las formas de apremio, sólo podemos observar la raíz de éstas en la ejecución propia de la denominada *cognitio extra ordinem*, cauce por el que numerosos litigios se tramitarían ya en el período clásico. Caracteriza a este procedimiento la reserva en favor del magistrado, en virtud de su *imperium*, del conocimiento y resolución por decreto de la controversia. Se trata ya de la aparición de un juzgador único, encuadrado en una organización burocrática jerárquicamente estructurada. El sistema de ejecución patrimonial conocido como *pignus in causa iudicati captum* supone la forma más acabada de intervención del Poder Público romano en la ejecución de las condenas pecuniarias, a la que se une la participación del propio ejecutante, verdadero artífice de la dirección y realización de los trámites pertinentes.

blecer el paralelismo entre la conversión de la persona en medio de pago (mediante aprehensión, subasta y enajenación o apropiación definitiva por el ejecutante) y el régimen que posteriormente se aplicará, casi como una constante, al apremio de los bienes embargados.

<sup>20</sup> Era éstas *dare, dicere y addicere*. Las fuentes para el conocimiento de su origen, significado y connotaciones se encuentran en obras literarias y tratados de los gramáticos. Cfr. Varro: *De lingua latina*, 6.30; Festo: *De verborum significatione*, I.13: *Addicere est proprie idem dicere et approbare dicendo*. De la forma *addicere* derivará el participio *addictus*, empleado para referirse al sujeto sobre el que recae la *manus iniectio*. Acerca de esta terminología, cfr. MURGA GENER: "La *addictio* del Gobernador en los litigios provinciales", en *Revue internationale des Droits de l'Antiquité*, 3me. série, t. XXX, Bruxelles, 1983, págs. 151-183, y en particular las págs. 164-169; D'ORS: *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1991, págs. 128 y 147.

<sup>21</sup> Sobre el concepto y tramitación de esta *venditio bonorum*, vid. TALAMANCA (*op. cit.*, págs. 358-359); MURGA GENER (*op. cit.*, págs. 337-344); FERNÁNDEZ BARREIRO - PARICIO (*op. cit.*, págs. 121-123); y BETTI voz *Processo civile (Diritto romano)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, págs. 713-723. Gaius, *Institutiones*, IV. 35 y III. 78-79, nos ha transmitido los datos esenciales.

<sup>22</sup> Sobre las connotaciones del símbolo *hasta* en el proceso romano, vid. MURGA GENER, *op. cit.*, pág. 68. La etimología del término castellano *subasta* resulta evidente, revelando interesantes connotaciones, más presentes aún en el término catalán equivalente (cfr. *infra* a propósito del art. 321 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña).

<sup>23</sup> Cfr. ROMANO (*Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, voz *addictio*, pág. 280, quien establece el origen de este empleo del término *addictio*

en las enajenaciones mediante su-  
basta de los bienes del Estado. El  
*Lexicon Totius Latinitatis* recoge  
la siguiente acepción: *in auctioni-  
bus et venditionibus publicis,  
itemque in locationibus res alicui  
addici dicebatur, quae plus offer-  
renti attribuebatur*. Todo ello queda  
atestiguado por *Gaius, Institutiones*, III.79.

<sup>34</sup> Cfr. KASER: *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, págs. 304-305 y 405-409; MURGA GENER: *Derecho romano clásico*, cit., págs. 386-387.

<sup>35</sup> *Pap. D. XLI.4.12 y C. VIII.21. rubr.*

<sup>36</sup> *Alex. C. VIII.22.3*. Los *praesides* eran los gobernadores de las provincias romanas, quienes estuvieron facultados para ejecutar incluso las sentencias dictadas en Roma. Fue precisamente en las provincias imperiales en donde la *extraordinaria cognitio* alcanzó una implantación más profunda (Cfr. MURGA GENER; "La *addictio* del gobernador...", cit., págs. 169-183).

<sup>37</sup> *Ulp. D. XLII.1.15*.

<sup>38</sup> Cfr. *Ant. C. VIII.22.1*.

<sup>39</sup> La esencia de esta forma de apremio se revela en los siguientes pasajes:

*Alex. C. VIII.22.2: Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decrevit vendundari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit. Et si alio emptore non existente, vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente is cui iudicatus satis non fecit ad iudicationem secundum constituta fuerit admissus, cuiuslibet alterius vice ex officio emere debet.*

También *Gord. C. VIII.22.3: In causa iudicati pignora ex auctoritate praesidis capta potius distrahi quam iure domini possideri conseruant, si tamen per cattiditatem condemnati emptor inueniri non potest, tunc auctoritate principis dominius creditori addici solet.*

La ejecución comienza con un mandato del magistrado para que se constituya prenda sobre los bienes del deudor ejecutado. Desde este momento serán de aplicación al proceso las normas rectoras de la ejecución de la garantía prendaria, como medio de obtener la total satisfacción del ejecutado. La gran diferencia respecto de la ejecución de la prenda constituida mediante contrato radica en que sobre toda la actividad que se desarrolle en ejecución de sentencia gravitará el *imperium* del magistrado, representante del *imperator* mismo<sup>34</sup>.

Se encuentran menciones a esta institución ya desde el período clásico, bajo la denominación *praetorium pignus*<sup>35</sup>, o *in causa iudicati pignora ex auctoritate praesidis capta*<sup>36</sup>. En el Digesto se la denomina *pignora quae capta sunt*<sup>37</sup>. En suma, se trata de una prenda que se constituye por mandato del magistrado que conoce de la ejecución de una sentencia, con el fin de que el ejecutado satisfaga su derecho mediante la posesión y, en su caso, venta de los bienes del ejecutado<sup>38</sup>. De no hallarse comprador para estos bienes la titularidad se atribuye, por regla general, al propio ejecutado<sup>39</sup>.

El Digesto recoge más detalles sobre esta forma de ejecución<sup>40</sup>: por ejemplo, el ejecutado no tenía acción frente al comprador de los bienes, porque en esta venta el adquirente ha de pagar en el acto todo el precio estipulado antes de que se le entregue la posesión; los bienes tomados en prenda que no encontrasen comprador se habrían de adjudicar al ejecutado por la cantidad que resultase debida. No existe norma que imponga una tasación precisa de los bienes tomados en prenda, e incluso se prevé que el ejecutado que no manifiesta su intención de hacerse propietario se conforma con poseer las prendas en garantía, como resultado de una especie de transacción, sin que pudiera retener las prendas por una cantidad cierta y reclamar, además, lo que restase de su crédito. En todo caso, al ejecutado se le atribuía un poder para enajenar bienes del deudor y obtener el numerario (*pecunia*) con el que tiene derecho a cobrarse. Fracasado este sistema,

el ejecutado podría cobrarse con los propios bienes.

En consecuencia, la enajenación a un tercero debía producirse según las normas reguladoras de la compraventa, pues no es otra la relación jurídica que une al ejecutado con el adquirente de la cosa pignorada. Aunque siempre debieron existir inevitables especialidades<sup>41</sup>. De la influencia de esta regulación puede dar ya una primera idea la confusión terminológica e incluso conceptual, persistente en todo el período codificador, que aún puede observarse en nuestra LEC cuando regulando el apremio mezcla expresiones iusprivatistas, propias del contrato de compraventa, con otras claramente iuspublicistas, exigidas por tratarse de una actividad jurisdiccional, monopolio del Poder Público.

Resta aún mencionar dos cuestiones surgidas en la evolución de esta institución, y llamadas a tener gran trascendencia en la formación de nuestro procedimiento de apremio. En primer lugar, es sabido que el régimen jurídico de la ejecución de la garantía prendaria implicó la posibilidad de que el acreedor se cobrara lo debido adquiriendo la propiedad de la cosa pignorada<sup>42</sup>. Este mecanismo permitía en la práctica numerosas injusticias, fraudes y abusos por parte de quienes prestaban dinero contra garantía prendaria, puesto que ni existían normas que impusieran una correspondencia entre los valores de lo prestado y lo pignorado, ni el Poder Público controlaba la actuación del acreedor en la ejecución.

Consecuencia de ello, el emperador Constantino prohibió que el acreedor se apropiara de la cosa dada en prenda, bajo pena de devolución de ésta a su dueño<sup>43</sup>; aunque más adelante Justiniano permitirá de nuevo que el acreedor conserve la cosa a título de comprador, siempre previa estimación de su justo valor<sup>44</sup>. Estos problemas se reproducirán en la realización de la prenda constituida para la ejecución de sentencia, y será preocupación del poder imperial tanto la protección de los intereses de la

parte débil, como el evitar cualquier manifestación que de alguna manera tendiese al ejercicio de una autotutela por los propios ciudadanos, como podría ocurrir de tolerarse la mera apropiación por el acreedor de las cosas dadas en prenda.

Así, como requisito previo a la entrega de los bienes al ejecutante o acreedor pignoraticio se configura desde finales de la época clásica el ejercicio de la que se conoce como *impetratio domini*<sup>35</sup>. Para adquirir el dominio sobre la cosa pignorada el acreedor debe pedir ante el órgano competente que así se le otorgue, abriéndose un plazo de dos años para que el deudor rescate la prenda, transcurrido el cual los bienes pasan a poseerse por el acreedor *iure domini*, por virtud de la voluntad del emperador. Aún se abre otro plazo de dos años para que el deudor pueda evitar la pérdida de la cosa por causa de la usura. Transcurrido este plazo, el acreedor retiene las cosas en su patrimonio de manera irrevocable<sup>36</sup>.

Observamos, pues, cómo la necesidad de evitar abusos en la aplicación de la *lex comissoria* (cuando no su absoluta prohibición) origina la creación de un mecanismo por el que el Poder Público entrega al ejecutante la propiedad de los bienes que no han podido enajenarse a terceros. Para desterrar toda idea de *despojo* del ejecutado en la ejecución de la prenda pretoria faltaba aún establecer un sistema capaz de garantizar que los bienes se vendiesen por un *justo precio*, evitando el empobrecimiento innecesario del ejecutado.

Se establecieron dos formas de determinación del valor de la prenda: mediante un juramento del acreedor en el momento de ser enajenados los bienes, o por el juez, a su prudente arbitrio<sup>37</sup>. Y aún se permitió en época justinianea la rescisión de la venta de bienes inmuebles, a instancia del vendedor, si el precio recibido era inferior a la mitad de su valor real<sup>38</sup>, eligiendo el comprador entre la restitución de la cosa o el pago del resto del precio. Es decir, se fijaba la

cuantía de la denominada *laesio enormis* en la mitad del valor real de los bienes. Aspecto que nos parece fundamental para comprender el origen y razón de ser de las críticas proporciones y extraños trámites a que acude hoy nuestra LEC para la determinación del valor mínimo de enajenación en la subasta, tratando de evitar que se acabe otorgando a los bienes un valor inferior a la mitad del avalúo<sup>39</sup>.

### 3. LA ELABORACIÓN MEDIEVAL DE LOS CONCEPTOS

Desde comienzos del siglo XII los glosadores recuperan el interés por el estudio de los textos justinianos, mediante el método consistente en añadir aclaraciones (glosas) a los términos jurídicos. Con el tiempo, la glosa tendió a una mayor abstracción, sistematizando los comentarios elaborados por los estudiosos precedentes, que habían llegado a suplantarse como objeto de estudio a los preceptos originales. Los conceptos que en este momento se elaboran acerca de la actividad de apremio serán la base sobre la que trabajarán los estudiosos posteriores, como muestra la *Magna Glossa* o *Glossa Ordinaria* al *Corpus Iuris Civilis*, recopilación de las glosas más importantes redactada por Accursio en la primera mitad del siglo XIII.

A propósito del fragmento en que expresamente se trata de la subasta y adjudicación de bienes<sup>40</sup>, Accursio expone una concepción que aproxima sobremanera los conceptos y normas propias de la compraventa y de la enajenación forzosa. Equipara los supuestos de inexistencia de comprador y de oferta conforme al justo precio de las prendas, y más adelante equipara también el término original *addicantur* con el entonces más expresivo *dentur in solutum*<sup>41</sup>. Muestra cómo existen cuatro posibles medios, o vías, de proceder a la satisfacción del ejecutante: primeramente, la posesión de los bienes del deudor a modo de prenda; en segundo lugar, si el acreedor así lo prefiere, la atribución a

Sustituyendo la expresión *prendas tomadas en la ejecución* (o por la Autoridad) por la de *bienes embargados* es clara la semejanza con nuestro actual sistema de apremio.

<sup>30</sup> Ulp. D. XLII.1.15.3.

<sup>31</sup> Ulp. D. XLII.1.15.6 y 7.

<sup>32</sup> Se trata de la denominada *lex comissoria*. Cfr. CHURRUGA: "Pignus", en la obra colectiva *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, coord. PARRICIO, Madrid, 1994, págs. 355-360.

<sup>33</sup> C. VIII.34.3.

<sup>34</sup> Cfr. IGLESIAS: *Derecho Romano*, Madrid, 1988, pág. 376; D'ORS, *op. cit.*, pág. 468.

<sup>35</sup> Cfr. KASER, *op. cit.*, pág. 409; Ulp. D. XLII.1.15.3; Ant. C.VII.53.3; Alex. C.VIII.22.2.1. El término *impetratio* se empleaba para designar cualquier petición o solicitud dirigida a los magistrados, al emperador o a sus funcionarios (Cfr. GARCÍA GARRIDO: *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid, 1986).

<sup>36</sup> Este procedimiento se encuentra expuesto en Iust. C. VIII.33.3.

<sup>37</sup> Iust. C. VII.33.3.5 y 6.

<sup>38</sup> Regla introducida mediante interpolación de dos rescriptos de Diocleciano y Maximiano (C. IV.44.2 y 8). Cfr. IGLESIAS, *op. cit.*, pág. 433, y bibliografía allí citada.

<sup>39</sup> A la vista de cuanto llevamos expuesto, no sorprenderá que se haya planteado la aplicación del art. 321 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (*aquesta acció rescissòria no serà procedent en les compravendes o alienacions fetes mitjançant subhasta pública*) a la enajenación forzosa, pretendiendo la rescisión de ésta por lesión *ultra dimidium*. Aunque, como no podía

ser menos, el TSJ de Cataluña en sentencias de 26 de febrero de 1994 (RAJ 9030) y 4 de julio del mismo año (RAJ 9032) declarase por fin que el régimen de la enajenación mediante compraventa no era aplicable a la actividad jurisdiccional de ejecución.

<sup>40</sup> Ulp. D. XLII.1.15.

<sup>41</sup> *Accursii Glossa in Digestum Novum*, en *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, IX, 1968, pág. 165 (correspondiente a la *charta* 84, *recto* del manuscrito).

<sup>42</sup> *Ibid.*: (...) *quadruplex est via victori. primo ut quasi pignora teneat; secundo si magis velit addican(ur) sibi pro quantitate debita non pro minori; ut hic addictio est quasi emptio (...). Tertio quia potest licitari et emere ab executeore, ut quilibet alius (...). Quarto: quia si victus callide fecerit quod non inveniatur emptor: dominium a principe impetrat.*

<sup>43</sup> *Ibid.*, pág. 165 (correspondiente a la *charta* 84, *verso* del manuscrito).

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Es interesante señalar que son precisamente los glosadores quienes comienzan una elaboración conceptual de la acción ejecutiva (*actio iudicati*) y de sus formas de extinción, transmitida a los teóricos posteriores. Accursio (*op. et loc. cit.*) concluye que el juez executor deja de conocer de la ejecución en cuanto el adquirente recibe la cosa enajenada, por haberse extinguido la acción ejecutiva (*nam denique extinguitur iudicati actio (...) si res addicta facta ex accipientis*).

<sup>46</sup> A la vista de cuanto hasta ahora llevamos expuesto acerca de la preocupación del legislador por evitar el despojo del deudor o ejecutado, la expresión empleada por el CC (*podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda*) cobra innegables connotaciones.

<sup>47</sup> Se admite la presencia en territorio castellano de juristas formados

éste de dichos bienes por el valor de todo lo adeudado (nunca por menos); en tercer lugar, la venta por el Juez de los bienes del deudor; por último, si la astucia del deudor evitase la adquisición de los bienes por un tercero, el acreedor podría solicitar del Príncipe el dominio de las cosas tomadas en prenda<sup>42</sup>. Accursio no sólo sistematiza las cuatro formas de apremio (aunque no nos habla de las relaciones que podrían establecerse entre ellas), sino que aproxima cada una de ellas a una figura contractual, sin explicar en qué medida esto implica identidad entre el régimen propio de ésta y el de la ejecución forzosa.

Así, la primera de las *vías* que se mencionan se califica como *quasi pignora tenere*, insistiendo en la garantía que se otorga al ejecutante, y que serviría tanto para presionar al deudor solvente a pagar como para preparar en caso extremo la enajenación forzosa. Esta toma de prendas es ya un claro antecedente directo de nuestro embargo y su garantía, permitiendo, además, la aprehensión de los eventuales frutos de la cosa tomada en prenda; las demás *vías* se corresponden más estrictamente con nuestras actuales formas de apremio, y se comparan esencialmente con la compraventa (por terceros en la subasta, o por el propio ejecutante) y la *impetratio dominii* que ya conocemos.

El glosador desarrolla seguidamente un comentario acerca de diversas cuestiones que puede suscitar el apremio. Por ejemplo, nos dice que si el ejecutante prefiere continuar en la posición de acreedor pignoraticio en lugar de realizar los bienes pignorados la Ley presume, sin que sea posible admitir prueba en contrario, que se ha perfeccionado un pacto transaccional sobre la deuda preexistente<sup>43</sup>. Si el juez entregase la cosa por una cantidad cierta, práctica al parecer frecuente, se trataría en rigor de una verdadera compra por parte del ejecutante, distinta de la estricta previsión legal, que obliga a la extinción total (*pro toto debito*) de la acción ejecutiva mediante la entrega de las prendas<sup>44</sup>.

Observamos, en definitiva, cómo se permite al ejecutante adquirir los bienes a modo de comprador (por un valor cierto, lo que implica dejar subsistente la responsabilidad en la cantidad que restase) o en calidad de lo que hoy denominaríamos adjudicatario (*pro toto debito*, con independencia del valor real de los bienes entregados). Accursio parece preferir esta segunda modalidad, por procurar la rápida y definitiva extinción de la acción ejecutiva<sup>45</sup>.

No obstante, nuestra LEC no se ha decidido aún por una sola de estas soluciones, pues, como es sabido, el ejecutante puede optar por concurrir a las subastas y adquirir así los bienes como licitador (ciertamente, privilegiado), o solicitar la adjudicación de los bienes embargados por un valor mínimo de adjudicación. En realidad, no parece fácil encontrar una solución mejor, pues restringir las facultades del ejecutante le haría de peor condición que cualquier tercero licitador (lo que, por redundar generalmente en perjuicio de todas las partes en la ejecución, no debe permitirse). Tampoco se ha decidido nuestro legislador por un modelo de adjudicación de bienes *pro quantitate certa* (tal parece ser el elegido por la LEC, el art. 131 LH y el art. 84.6º LHMPSPD -relativo a la primera subasta en la ejecución de la hipoteca mobiliaria) o *pro toto debito* (previsto por los arts. 84.7º -relativo a la segunda subasta en la ejecución de la hipoteca mobiliaria-, y 92.6º -relativo a la ejecución de la prenda sin desplazamiento-, ambos de la LHM PSDP, y el art. 1872 CC para la ejecución de la prenda<sup>46</sup>).

La construcción de los glosadores pasa en lo esencial a las *Partidas* de Alfonso X, primer cuerpo jurídico castellano en el que se recibe el Derecho romano<sup>47</sup>. Aunque en un primer momento las *Partidas* quizá no tuvieran otra finalidad que la de constituirse en una especie de gran enciclopedia del saber jurídico de la época, con el tiempo acabarían por tener fuerza de ley, al sancionarse por el Rey la práctica, ya generalizada entre los jueces castella-

nos, de acudir a dicho texto para fundamentar sus resoluciones<sup>48</sup>. Además, es conocido el enorme valor doctrinal que se otorgó durante años al texto definitivo de las Partidas, incluida la glosa de Gregorio López que acompañó a la edición de 1555.

Merece la pena detenerse para recordar su efecto creador y conformador de gran parte de nuestro léxico jurídico moderno, entroncado de esta manera con conceptos de origen romano<sup>49</sup>. Por ejemplo, y en lo relativo al apremio, es Gregorio López quien introduce en nuestro lenguaje jurídico la expresión *adiudicare* para denotar la atribución de bienes, a un tercero o al propio ejecutante, después de la subasta, en sustitución de la forma *addictio*. En el Derecho romano *adiudicare* se refería a la actividad del juez (*iudex privatus*) tendente a la atribución de la propiedad sobre determinadas cosas en las acciones de división de la herencia, división de la cosa común y deslinde de fincas, así como al resultado de esa actividad<sup>50</sup>. En un sentido más amplio, la *adiudicatio* fue un modo de adquirir la propiedad y los derechos reales, en virtud de la atribución realizada por el órgano jurisdiccional mediante una resolución constitutiva dictada en un juicio divisorio. Pero aun en época tardía se diferenciaba perfectamente de la atribución de la propiedad realizada como consecuencia de una ejecución forzosa, para la que se reservaba el término *addicere*, incluido en los *tria verba legitima*, y alusivo, por tanto, al *imperium* en su sentido más puro. *Adiudicatio* y *addictio*, respectivamente, se correspondían con regímenes jurídicos bien diferenciados<sup>51</sup>. Esta distinción se conservó en los textos latinos del medievo. En las Partidas, el verbo *addicere* se traduce por *otorgar*, término que en castellano posee quizá las connotaciones más próximas<sup>52</sup>. Pero Gregorio López, en su difundidísima glosa, emplea la forma *adiudicare* con manifiesto olvido de su prístino significado técnico<sup>53</sup>, dotándola de un sentido con el que estaba destinada a transmitirse hasta nuestros días.

en Bolonia desde finales del siglo XII. *Vid.*, por todos, MONTANOS FERRÍN - SÁNCHEZ ARCHILLA: *Introducción a la Historia del Derecho*, Madrid, 1988, vol. 2, págs. 17-18. MONTERO AROCA: "La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. La consolidación del proceso común", en *Ensayos de Derecho procesal*, Barcelona, 1996, págs. 176-177, afirma que "antes de mediados del siglo XIII es muy difícil encontrar en Castilla el nombre de un jurista procesalista (...), y al aparecer esos nombres se trata principalmente de colaboradores de Alfonso X, que o son italianos de origen o han estudiado en ese país". Más adelante (pág. 274) concluirá el autor que la LEC de 1855 *conservó* en lo esencial el proceso común recibido en las Partidas, que de esta manera gravitarán sobre la vida española también después de la codificación procesal civil.

<sup>48</sup> *Ibid.*, págs. 19-20. El *Ordenamiento de Alcalá*, promulgado en 1348, introdujo una versión de las Partidas como texto normativo con fuerza de ley. No obstante, no resulta sencillo establecer en qué períodos ni en qué medida estuvo efectivamente en vigor dicho cuerpo legal, pues antes de la edición de Gregorio López, revisada por el Consejo Real, no puede estimarse fijado un único texto con plena y general aplicación.

<sup>49</sup> La trascendencia de esta afirmación es encarecida por GARCÍA GALLO: *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1971, vol. 1, pág. 290; y, en cuanto a su vertiente procesal, por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: "Acertios terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico", en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México D. F., 1974, tomo 2, págs. 420-421.

<sup>50</sup> Gaius, *Institutiones* IV.42: *Adiudicatio est ea pars formulae qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare, velut si inter coheredes familiae eriscundae agatur, aut inter socios communi diuidendo, aut inter vicinos finium regundorum.*

<sup>51</sup> *Vid.* IGLESIAS, *op. cit.*, pág. 379; CHURRUCA, *op. cit.*, pág. 359. Incluso, empleando terminología actual, podríamos decir que la *adiudicatio* respondía a exigencias de Derecho material, en tanto que la *addictio* lo hacía a exigencias de Derecho procesal.

<sup>52</sup> *Cfr.* las Leyes 6ª del Título 27 de la Partida III, y 44ª del Título 13 de la Partida V.

<sup>53</sup> En el comentario a la Ley 6ª del Título 27 de la Partida III afirma que *potest iudex pignus (...) concedere creditor*, y seguidamente, que *an si simpliciter adiudicata, videatur adjudicata pro toto debito*. El término *adiudicare* resultaba sin duda más expresivo que el alternativo *concedere*, por llevar implícita la alusión a la actividad propia y exclusiva del juez (*iudicare*).

<sup>54</sup> Acerca de cómo esta toma de prendas con desplazamiento de la posesión dio lugar con el tiempo a nuestro embargo actual «seguido del depósito de las cosas embargadas», cfr. RIFÁ SOLER: *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983, págs. 43-84; y SARMIENTO RAMOS: *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993, págs. 23-75.

<sup>55</sup> *Peño es propriamente aquella cosa que un ome empeña a otro, apoderandole della, e mayormente cuando es mueble (...). E son tres maneras de peños (...). La segunda es quando los iudgadores manda entregar a alguna de las partes en los bienes de su contendor, por mengua de respuesta, o por razón de rebeldía, o por juyzio que es dado entre ellos, o por cumplir mandamiento del Rey. Salvo que se indique lo contrario, los textos reproducidos de las Partidas se toman de la edición publicada por la Real Academia de Historia en 1844, manejada a lo largo del período de la codificación.*

<sup>56</sup> (...) e tal vendida se deve fazer en el almoneda, a buena fe, e sin engaño. E si por aventura mas valiere de aquellos por que ella tiene a peños, lo demas de velo pagar al que gela empeño. Otrosi dezimos, que si menos valiere, lo de menos, que gelo deve tomar aquel que empeño la cosa.

<sup>57</sup> (...) Otrosi dezimos que las vendidas de las entregas, e las prendas que son fechas por mandato de los iudgadores, se deuen fazer a aquel plazo e en aquella manera que es puesto en las leyes que son puestas en el título de los juyzios de como se deuen cumplir en la tercera partida deste nuestro libro que fhablan en esta razón.

<sup>58</sup> No es casual el paralelismo que se establece con cuanto hemos expuesto acerca de la *subhastaio* romana. Sobre la almoneda, cfr. las Leyes 31ª a 33ª del Título 26 de la Partida II. En particular, la Ley 32ª afirma que *Almoneda es dicha el mercado de las cosas, que son ganadas en guerra, e apreciadas, por*

*dineros, cada una quanto vale*. Esta Ley se extiende en consideraciones acerca de las razones que llevaron a los *antiguos* a establecer este sistema de valoración y enajenación, destacando las finalidades de obtener el mayor beneficio en metálico por la venta, y evitar los engaños propiciados por la falta de publicidad. El término *almoneda*, introducido en el castellano en el siglo XII, deriva del árabe *al-minada* (el pregón), por lo que tiene distintas connotaciones. Sin embargo, en la codificación se prefirió como sabemos el latinismo *subasta*.

<sup>59</sup> Esta Ley prohíbe al acreedor hacerse con la propiedad de la cosa pignorada, salvo que el propio deudor se la entregase en pago. A continuación, se dice que *si por aventura metiendo la cosa en el almoneda el que la touiesse a penos non fallasse comprador porque non gela quisiesse ninguno comprar, o non osasse por miedo del Señor della, o porque les ouiesse el rogado que no la comprassen, entonce puede demandar al juez del logar que le otorgue aquella cosa por suya. E el juez deve lo fazer, catando toda via quanto es el debito, e quanto podria valer la cosa. E si entendiere que mas uale lo cosa que el debito, deve mandar seguir albedrio al que tiene la cosa por penno quel torne lo demas al Señor della, e si fallare que non vale tanto, deve otorgar otrosi al otro quel finque en salvo su derecho, para poder demandar al que le empeno la cosa, aquello que entendiere que vale de menos.*

<sup>60</sup> Hemos transcrito la versión ofrecida por la edición facsímil hecha por Lex Nova, Valladolid, 1988, sobre la impresión realizada en Sevilla por Meynardo Lingus Alamano, y Lançalao Polo en 1491, con las adiciones del Dr. Montalvo. Se aprecia perfectamente su proximidad a los textos latinos que ya hemos comentado (compárese, v.g., el comienzo con D. XLII.5.35: *qui in possessionem missus sit*). Además, esta edición presenta una interesante variante frente a las ediciones posteriores (1807 y 1844), en las que aparece la forma singular del verbo *entendiere* (referida al propio juez), mientras que en la edición de 1491 parece referirse a unos sujetos distintos del juez (los *apreciadores*) cuya función era *avaluar* los bienes.

Las Partidas recogen el sistema tardorromano de ejecución mediante toma de prendas<sup>54</sup>: la Ley 1ª del Título 13 de la Partida V define la prenda judicial como aquella que se constituye por mandato del juez<sup>55</sup>. La Ley 41ª de los mismos Título y Partida ordena cómo debe venderse por el acreedor la cosa empeñada<sup>56</sup>; la siguiente Ley (la 42ª) remite a la regulación contenida en la Tercera Partida para la enajenación de las prendas tomadas por mandato judicial<sup>57</sup>.

El trámite de la enajenación debe sustanciarse en público; para ello se establece la almoneda, forma solemne de subasta pública prevista para la enajenación del botín de guerra, que los *corredores* habían de celebrar en torno a una lanza<sup>58</sup>. Si no se encuentra comprador en la almoneda el acreedor puede pedir que el juez le otorgue aquella cosa por suya, según recoge la Ley 44ª del Título 13 de la Partida V<sup>59</sup>. El régimen aquí previsto es prácticamente el mismo que se recoge en la Ley 6ª del Título 27 de la Partida III para la ejecución de la prenda judicial, ya que en ambas ha de operarse la traslación de la titularidad por designio del juez. El procedimiento de apremio queda condensado, pues, en este precepto:

*Entregado seyendo algun onbre en los bienes de los debdor por sentencia del juez, si el debdor non pagase lo que avia a dar puede meter en almoneda aquella cosa de que le entregaren con otorgamiento del iudgador, e almonedarla fasta veinte dias, e de si deve se vender al que mas diere dello de los veinte dias en adelante. Ca si por aventura mas valiese que la debda que avia a receber, lo demas deve lo dar al que era señor de la cosa. E si valiese menos devele el iudgador aun entregar en los bienes del vencido aquello que valia de menos. E si acaeçiere que en los veinte dias sobredichos no saliese comprador que la comprase por miedo o por amor del vencido o por otra razón, estonce deve el iudgador otorgar la al vencedor como en manera de compra por tanto quanto entendieren que vale la cosa<sup>60</sup>.*

#### 4. LA EVOLUCIÓN EN EL DERECHO MODERNO

La promulgación de la Nueva Recopilación de Castilla<sup>61</sup> relegó el valor de las leyes de Partidas al de mero Derecho supletorio. No obstante, en cuanto a la ejecución de sentencia continuó vigente el derecho común, perviviendo el sistema de toma de prendas<sup>62</sup>. El Título XVII del Libro V de la Nueva Recopilación, dedicado a las *prendas y repreneurías*, comienza diciendo, en su Ley 1ª, que *contra derecho, y contra razón es que los hombres hagan prendas por lo que les deuen por su autoridad, no les auiedo dado poder los deudores para los prender*. Otra cosa es que tales prendas se tomen por la autoridad el Rey, los alcaldes y los jueces.

En la actividad de apremio aparecerá un nuevo fenómeno distorsionador de la regulación tradicional de la toma de prendas. Se trata de las especialidades que exige la ejecución por la vía procesal civil de las cantidades debidas al Rey en concepto de *pechos y derechos*. A los privilegios reales (propios de un momento histórico en que aún no se ha consolidado un sistema recaudatorio especial y diferenciado) se añadirá una especial preocupación por la obtención de dinero metálico, rehuendo la adjudicación a la Corona de los bienes de sus deudores. Observamos entonces el nacimiento (y posterior extinción) de una nueva forma de apremio, verdadera adjudicación forzosa de los bienes tomados en prenda, impuesta por la necesidad de obtener numerario en unos momentos en los que la moneda en circulación era especialmente escasa.

La Ley 20ª del Título VII del Libro IX de la Nueva Recopilación, que aparece como promulgada por el rey Alfonso XI, dice así<sup>63</sup>: *defendemos, que los cogedores de nuestros pechos y derechos reales no nombren compradores para que compren los bienes de los arrendadores, y de aquellos que deuen a nos los maravedís de las dichas rentas, sin un Alcalde ordinario del lugar; y la nominación que*

*una vez fijeren no se pueda variar: y si precio razonable no se fallare por los bienes de los deudores por almoneda pública, sean estimados y apreciados los bienes de los dichos deudores por apreciadores nombrados, y jurados por los oficiales del lugar, y segun el dicho apreciamiento, y estimación sean recibidos por los compradores. Y mandamos, que tal vención que se haze contra voluntad de los compradores, públicamente, y por apreciadores, no se pueda retraer aunque haya engaño en la mitad del justo precio. La vigencia de esta Ley se encuentra estudiada en un Auto de 1 de julio de 1714<sup>64</sup>, y es probable que cayera en desuso a finales del siglo XVIII, a juzgar por las disposiciones que fueron limitando su aplicación ocasionalmente, primero, y con carácter general, después<sup>65</sup>. En la Novísima Recopilación del año 1805 no figura ya esta privilegiada forma de apremio.*

Las prendas así tomadas debían enajenarse ante alcalde ordinario y mediante almoneda; ahora bien, en caso de no hallarse comprador se establece un remedio diferente del general de adjudicación al propio ejecutante, forzando a los personajes adinerados del lugar a adquirir los bienes entregando moneda, por un precio que, por definición, se considera justo. Esta forma de concluir el apremio proporcionaba indudables ventajas a la Corona, pero sólo podía justificarse en virtud de la especial condición del acreedor. Para la generalidad de los casos, pues, no parece existir una alternativa justa a la adjudicación de los bienes al propio ejecutante. La *adjudicación forzosa* de bienes a terceros en el procedimiento de apremio, pues, ya se encontraba en desuso antes de comenzar el período codificador<sup>66</sup>.

El contexto en el que se aplicó esta forma de apremio es bastante ilustrativo de su carácter privilegiado: mientras que la Ley 2ª del Título I del Libro X de la Novísima Recopilación contempla la posibilidad de rescindir incluso las ventas por almoneda si interviene lesión en más de la mitad del justo precio, exceptuando precisamente este supuesto<sup>67</sup>, la

<sup>61</sup> Promulgada por Pragmática de 14 de marzo de 1567 como *Recopilación de las leyes de estos reynos hecha por mandada de su magestad catholica el Rey don Philippe segundo*. Las disposiciones posteriores a esta fecha se fueron añadiendo en las ediciones que de la *Recopilación* se hicieron hasta 1723; desde este año, las disposiciones extravagantes se recogieron en un tomo independiente bajo el título de *Autos Acordados*. Sobre la legislación vigente en Castilla hasta 1812, vid. por todos MONTANOS FERRÍN-SÁNCHEZ ARCILLA: *op. cit.*, vol. 2, págs. 193-246.

<sup>62</sup> Y comenzaron a proliferar las prohibiciones de tomar prenda, con la consiguiente imposibilidad de enajenación y adjudicación, en los bienes de determinados deudores (Leyes 5ª y 7ª del Título XVII del Libro V). Este tratamiento privilegiado se ampliará con el tiempo, y sólo desaparecerá con la Ley de Enjuiciamiento de 1855, dejando lugar (según GÓMEZ DE LA SERNA: *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, págs. 178-179) a las prohibiciones de embargo que desde entonces figuran en nuestras leyes de Enjuiciamiento.

<sup>63</sup> Según la edición de Diego Díaz de la Carrera, publicada en facsímil por Lex Nova, Valladolid, 1982.

<sup>64</sup> *Autos Acordados*, Madrid, 1745, tomo tercero, págs. 426-427. Manejamos el facsímil de la edición de Pimentel, publicado por Lex Nova, Valladolid, 1982.

<sup>65</sup> Las disposiciones a que nos referimos son las siguientes: Real Resolución de 20 de octubre de 1777; Real Orden de 2 de noviembre de 1786 (Cédula de 11 de noviembre); Resolución de 23 de diciembre de 1793; Resolución de 5 de junio de 1794.

<sup>66</sup> Ya el Auto de 1 de julio de 1714 a que nos hemos referido ordenaba que sólo se recurriese a esta práctica como último medio de obtener

el pago, y de manera que no se agravase al comprador obligándole a mejorar la situación del deudor contumaz (cuando (...) llega el caso de practicar la adjudicación (...) es después de haber probado todos los medios, que son de menos perjuicio para el deudor (...); i en el caso preciso del remate no se hace con tal rigor, que quede agraviado el comprador en el valor de ellos, pues entonces ya en pena de la contumaz morosidad del deudor, i por practica inconcusa de estos Reinos esta recibida, i dispensada una gran moderación i prudencial arbitrio en la tassacion, i estimacion de los bienes, de forma que no reciba nueva razon de quexa en el exceso del valor). Las dificultades de aplicación del sistema contribuirían probablemente a su definitivo abandono.

<sup>67</sup> Dice la Ley: *salvo si la vendición de los tales bienes se hiciere contra voluntad del vendedor, y fuesen compeidos y apremiados compradores para la compra, y fueren vendidos por apreciadores públicamente.*

<sup>68</sup> Al parecer los jueces se limitaban, mediante estas prácticas, a obtener el dinero preciso para cubrir las cantidades a que tenían derecho por razón de la ejecución despachada.

<sup>69</sup> Nos referimos a la *Curia Philípica* (Lima, 1603) y el *Labyrintho de comercio terrestre y naval* (Lima, 1617), que desde 1644 se editan juntas. Su importancia radica en que contienen la colección más completa de normas, opiniones y costumbres vigentes en los tribunales del reino, en una época en que los estudiosos seguían apegados al Derecho romano, ignorando el derecho español vivo. Hevia influyó notablemente en los redactores de la LEC de 1855: cit. MONTERO AROCA: *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., págs. 32-37; y "La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855"... cit., págs. 203-210, y 237-243.

<sup>70</sup> HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philípica*, Madrid, 1797, tomo I, parte 2,

folios 152-159. Manejamos la edición facsímil publicada por Lex Nova, Valladolid, 1989.

<sup>71</sup> *Ibid.*, párrafos 17, 21, 22 y 23.

<sup>72</sup> *Ibid.*, párrafos 14 y 23.

<sup>73</sup> *Ibid.*, párrafo 16.

Ley 7ª del Título XII del mismo Libro declara nulas las ventas realizadas como resultado de las presiones que algunos jueces solían ejercer sobre mercaderes y demás personas solventes con el fin de obtener numerario<sup>68</sup>.

Sobre la práctica habitual del procedimiento de apremio nos proporciona valiosos datos la obra de Hevia Bolaños<sup>69</sup>. Bajo la rúbrica *Remate*<sup>70</sup>, este autor nos expone el desarrollo de la almoneda y las principales cuestiones que se suscitaban en ella. Son constantes las referencias a las Partidas y a la Glosa de Gregorio López; también se manifiestan las numerosas especialidades de que gozaba la ejecución de créditos de la Corona. Sigue vigente la ejecución mediante toma de prendas, con una creciente preocupación por establecer un sistema de tasación, y una fuerte intervención del juez en la almoneda. Aumenta por lo demás la interferencia entre el régimen jurídico de la compraventa civil (por ejemplo, en lo relativo a la nulidad de la enajenación y su rescisión, y a la restitución de la cosa con sus frutos<sup>71</sup>) y las normas de Derecho público.

El ejecutante no podía adquirir los bienes en la almoneda sin consentimiento de su propietario, pero si no había otro comprador podía pedir que se le entregasen *por orden del juez por suyos en venta, por precio de lo que valieren*<sup>72</sup>. Existía también una verdadera adjudicación forzosa en favor del ejecutante, que éste no podía evitar si se daban ciertos requisitos: *el primero, que el deudor no tenga pecunia para pagar. El segundo, que el acreedor elija de los mejores bienes del deudor. El tercero, que el deudor quede obligado al saneamiento. El cuarto, que no se halle comprador a los bienes, y entendiéndose no hallarse, cuando aunque le haya no da el justo precio por ellos*<sup>73</sup>.

## 5. LA ACTIVIDAD DE APREMIO EN EL PERÍODO DE LA CODIFICACIÓN

### 5.1. Hasta la promulgación de la LEC de 1881

La ejecución mediante toma de prendas es sustituida por el embargo y su garantía ya con anterioridad a la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio<sup>74</sup>. En este texto legal aparece documentado por vez primera el nuevo sistema de afectación de bienes: el art. 315 establece que *procediendo la ejecución (...) se librará mandamiento cometido a los alguaciles del Tribunal para que requieran al deudor en persona a que haga el pago en el acto, y en defecto de verificarlo le embarguen bienes en cantidad suficiente para cubrir la deuda y costas, y los depositen en persona de conocida responsabilidad, dejando trabada en ellos la ejecución*. El Título IX (arts. 364 y siguientes) regula los que denomina *embargos provisionales*.

En la Ley de 1830 se encuentran ya acabados, pues, los conceptos y términos que servirán de base a la codificación del derecho de la ejecución forzosa<sup>75</sup>, aunque en todo este período será notoria la ausencia de una expresa definición legal del embargo. En realidad los artífices de la codificación no llegaron a concebir un embargo que no fuera seguido del depósito de los bienes, que habrían de confiarse siempre a un depositario que los mantuviera a disposición del juez ejecutor hasta el momento mismo de la enajenación<sup>76</sup>. Y en consecuencia tampoco fueron capaces de superar la mezcla de conceptos, términos y preceptos de carácter iusprivatista que habrían de regular esta enajenación, dado que los bienes embargados lo eran en un modo todavía muy similar a la constitución de prenda en favor del ejecutante, por mucho que la posesión se confiriere a un tercero depositario<sup>77</sup>.

El sistema contemplado en la LEC de 1855 es ya el embrión del procedimiento de apremio hoy vigente, basado en esencia en la combinación de subasta y eventual adjudicación de los bienes al ejecutante, y al que se añadirán leves retoques exigidos por la evolución de la realidad jurídica y económica<sup>78</sup>.

Como consecuencia del Real Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868, so-

<sup>74</sup> El proceso evolutivo por el que se llega a esta solución es expuesto con detalle por RIFÁ SOLER: *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983, págs. 43-75; y SARMIENTO RAMOS: *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993, págs. 24-75. En síntesis, supone el abandono de la prenda o hipoteca judicial hispánica por influencia de una serie de factores, entre los que SARMIENTO RAMOS (págs. 36-56) destaca la importación de la hipoteca judicial francesa (muy similar a la prenda en la que no hay entrega de la posesión, y que intentó introducirse en el proyecto de Código Civil de 1836 y anteproyecto de 1848), la progresiva espiritualización de la prenda judicial (que atenúa en la práctica la necesidad de posesión directa por el ejecutante de los bienes dados en prenda) y la creciente dilatación del tiempo que transcurría entre la constitución de la prenda y la enajenación.

<sup>75</sup> Compárese con el art. 1442 de la LEC de 1881, vigente hoy con ligeras modificaciones y un párrafo nuevo añadido por la Ley 38/84, de 6 de agosto.

<sup>76</sup> El art. 948 de la LEC de 1855 ordenaba genéricamente el depósito de los bienes embargados, de manera similar a como lo hace (aunque con alguna excepción, derivada de la clase de bienes de que se trate) el art. 1442 de la LEC de 1881. El art. 1509 de este último cuerpo legal ilustra acerca de la preocupación del legislador por mantener los bienes depositados hasta el fin de la ejecución.

<sup>77</sup> SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 55, afirma incluso que "hasta bien avanzado el proceso codificador persistía la consideración del *pignus judicial* como una afectación prevalentemente ejecutiva que implicaba la indisponibilidad para el deudor del bien trabado".

<sup>78</sup> *Viz* FAIRÉN GUILLÉN: "Estudio histórico externo de la LEC de 1855", en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, t. I, págs. 21-111; y MONTERO AROCA: "La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855", *cit.*, págs. 169-275.

<sup>79</sup> El Decreto de 5 de febrero de 1869 estableció en sus arts. 16 a 22 un procedimiento especial de ejecución hipotecaria destinado a servir de cauce para las ejecuciones de las garantías hipotecarias constituidas en favor de una Entidad de Crédito territorial. La aplicación de dicho procedimiento no llegó a ser efectiva, pues la Ley de 2 de diciembre de 1872 volvió a regular (en sus arts. 33 a 36) un procedimiento de ejecución especial, exclusivo para las hipotecas constituidas en favor del Banco Hipotecario de España (que gozó del privilegio de exclusividad en su actividad de préstamo con hipoteca), vigente hasta que la sentencia del Tribunal Constitucional 128/94, de 5 de mayo, declaró su nulidad. Esta Ley de 1872 será complementada por normas posteriores reguladoras del privilegio del Banco Hipotecario en su actividad de crédito territorial, así como por los sucesivos estatutos de la entidad. No existió un procedimiento de ejecución especial para los demás acreedores con garantía hipotecaria (excepción hecha de las previsiones contenidas en la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval) hasta la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909, y tal procedimiento se inspiraría directamente en la Ley Hipotecaria de Ultramar, de 14 de julio de 1893, e indirectamente en las normas mencionadas sobre Entidades de Crédito territorial.

Acerca de la ejecución hipotecaria especial en favor del Banco Hipotecario, cfr. LAPUERTA JORGE: "El procedimiento de ejecución hipotecaria de la Ley de 2-XII-1872: su virtualidad y eficacia", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, *Los procesos hipotecarios*, Madrid, 1993, págs. 349-379; SANCHIS FERNÁNDEZ-MENSAQUE: "El procedimiento sumario de ejecución de hipotecas con garantía sobre el Banco Hipotecario"; en el mismo volumen citado, págs. 247-277; y ROBLES GARZÓN-SENÉS MOTILLA: "Inconstitucionalidad del procedimiento judicial sumario establecido en favor del Banco Hipotecario de España", en *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 3706, 31 enero 1995.

<sup>80</sup> En sus arts. 979-994.

<sup>81</sup> VICENTE Y CARAVANTES: *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1858, t. III, pág. 357.

<sup>82</sup> Según GÓMEZ DE LA SERNA: *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, pág. 182.

<sup>83</sup> *Ibid.*, pág. 183. Las dos terceras partes del avalúo de los bienes es la cantidad mínima que se exige a las posturas para ser admitidas en los remates, según dición del art. 985.

<sup>84</sup> Cuyo tenor literal es el siguiente: "No habiendo postores quedará al arbitrio del actor pedir nueva subasta, previa retasa por los mismos peñeros, ó por otros nuevos, si alguna de las partes lo exigiere, ó su adjudicación en las referidas dos terceras partes".

bre Unificación de Fueros, será preciso integrar en el ámbito de aplicación de la LEC la ejecución de las sentencias dictadas en asuntos de Comercio; además, desde la promulgación del Decreto de 5 de febrero de 1869, sobre Instituciones de crédito que tengan por objeto operaciones de préstamos hipotecarios o de crédito territorial, y en la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario de España, comenzará a existir una regulación especial de la ejecución de la garantía hipotecaria, que habrá de tener importantes consecuencias en el apremio de los bienes inmuebles en general<sup>79</sup>. En la LEC de 1881 precipitarán necesariamente todos estos componentes.

La LEC de 1855 ya regula bajo la rúbrica específica *del procedimiento de apremio*<sup>80</sup> los trámites para la enajenación de los bienes embargados al ejecutado, o, en expresión de Vicente y Caravantes, para llevar a cabo las breves y rápidas diligencias que tiene por objeto ejecutar la sentencia de remate, ó cualquier otra definitiva consentida ó ejecutoriada<sup>81</sup>, y ello conservando las reglas establecidas por nuestro derecho y por la práctica, si bien evitando traslados y dilaciones innecesarias<sup>82</sup>. Según Gómez de la Serna, era posible la adjudicación al ejecutante de los bienes embargados después de una segunda subasta sin que hubiera postores, y por el valor de las cuatro quintas partes de la tasación. El legislador consideró que dicha situación podía resultar inícua, pues el ejecutante quedaba en peor condición que los eventuales compradores de los bienes subastados, y además se obligaba a repetir la subasta indefinidamente, lo que a la larga suponía una considerable depreciación de los bienes.

En consecuencia, se introdujo la posibilidad de que el acreedor optase, una vez fracasada la primera subasta, entre pedir nueva subasta, previa retasa de los bienes, o entre la adjudicación de éstos por las dos terceras partes de su valor de tasación<sup>83</sup>. Este será el origen del art. 986 de la LEC de 1855<sup>84</sup>.

El estudio más detallado de esta solución del procedimiento de apremio se halla en el *Tratado* de Vicente y Caravantes<sup>85</sup>, que recopila y comenta las normas relativas a la adjudicación de los bienes, y las opiniones más autorizadas de otros comentaristas. Después de elogiar la reforma por lo que de beneficiosa tiene para el deudor, el autor distingue entre una adjudicación de los bienes al ejecutante en pago (o *in solutum*) y una adjudicación *en pretoria*.

En el primero de los casos se confiere al acreedor la propiedad de los bienes en pago de lo que debía el deudor. Siguiendo a Gregorio López, entendiéndose posible el autor que la adjudicación se haga *á justa tasación*, es decir, por precio cierto (subsistiendo la deuda en cuanto no fuera cubierta por el valor de tasación, o debiendo el ejecutante satisfacer el exceso si el bien adjudicado poseía un valor superior a la deuda); o por el contrario sin determinación de precio, entendiéndose en este caso que los bienes se adjudican por toda la deuda, dándose el acreedor por definitivamente pagado<sup>86</sup>.

Los bienes se adjudican *en pretoria* cuando se entrega su posesión al acreedor para que vaya cobrándose su crédito con sus productos o rentas. Esta modalidad de adjudicación se estima procedente cuando la deuda es de poca monta, y el valor de los bienes excede con mucho su importe<sup>87</sup>. Puede observarse la similitud existente entre esta forma de apremio y la práctica de entregar los bienes al ejecutante por tiempo indefinido como consecuencia de constituirse una garantía prendaria *iussu iudicis*, percibiendo éste sus frutos o rentas hasta ser totalmente satisfecho. Las ventajas del sistema de ejecución mediante toma de prendas, pues, habrían de subsistir aunque se introdujese en la Ley el nuevo sistema de embargo.

El régimen de la enajenación en el procedimiento de apremio se encontraba impregnado de conceptos propios de la compraventa civil, razón por la que en los comentarios de los autores se en-

cuentran continuas remisiones a las Partidas<sup>88</sup>; en esencia, el ejecutado quedaba respecto de los bienes en una posición idéntica a la del vendedor en la compraventa, obligándose al saneamiento, y con derecho a obtener la rescisión en algunas circunstancias. La enajenación de bienes inmuebles, por ejemplo, debía realizarse mediante escritura pública que otorgaría el juez en caso de negarse a ello el propio ejecutado<sup>89</sup>. Este fenómeno, muestra paradigmática de confusión entre enajenación forzosa y compraventa civil, perdurará en el art. 1514 de la LEC de 1881, hasta su supresión por la Ley 10/92, de 30 de abril.

Todas estas cuestiones se observan también, con interesantes peculiaridades, a lo largo del desarrollo legislativo que por entonces originaría el nacimiento de la ejecución especial hipotecaria, que aporta aún interesantes datos para constatar la transición entre la enajenación de la garantía prendaria y la concepción actual del procedimiento de apremio como consecuencia lógica del embargo.

Así, es característica de la ejecución hipotecaria en favor de las Entidades de Crédito Territorial la institución que se conoce como secuestro y entrega al acreedor, por el juez, de la posesión interina de la finca hipotecada, con el fin de lograr tanto la conservación de su valor como la satisfacción directa del ejecutante con el producto que éste pudiera obtener mediante la explotación del inmueble<sup>90</sup>. Salta a la vista la semejanza de esta figura con la adjudicación que se denominaba *en pretoria*; y no es extraño, ya que la ejecución hipotecaria que se regula es heredera directa de la ejecución de la garantía prendaria pactada entre particulares.

En Derecho romano no se diferenciaba entre prenda sobre bienes muebles e inmuebles. Con el término *hypotheca* se designó posteriormente al *pignus conventum*, o aquél que se constituía por el mero consentimiento de las partes, sin necesidad de desplazamiento de la posesión, sin que ello supusiera en modo alguno un tratamiento normativo especial<sup>91</sup>.

<sup>85</sup> VICENTE Y CARAVANTES, *op. cit.*, págs. 359-365.

<sup>86</sup> *Ibid.*, págs. 359-360.

<sup>87</sup> *Ibid.*, pág. 360. La denominación y definición de esta modalidad de adjudicación se encuentran también en ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Práctica General Forense*, Madrid, 1861, tomo II, págs. 130-131: "si aquellos (los bienes) son de cuantioso valor comparado con el importe del crédito, la adjudicación debe pedirse *en pretoria*, esto es, no en propiedad, sino sólo en usufructo, para ir cobrándose el acreedor con los productos o rentas que reditúan (...); si no hay mucha desproporción entre su valor y el principal y las costas, se entiende la adjudicación *in solutum*, o lo que es lo mismo en propiedad, como si el acreedor comprase los bienes".

<sup>88</sup> VICENTE Y CARAVANTES, *op. cit.*, t. III, págs. 360-365.

<sup>89</sup> Las dos formas mediante las que era posible la enajenación de inmuebles (esto es, la subasta y, eventualmente, la adjudicación al actor) debían resolverse de idéntica manera, a juicio de VICENTE Y CARAVANTES (*op. cit.*, pág. 365): "cuando se hiciera pago al acreedor, consignándole los bienes (...) ha de otorgarse á su favor (...) la correspondiente escritura de adjudicación, equivalente en sus fórmulas y firmeza á la de venta, con solo la diferencia en la introducción que dice: *adjudicado en pago, en vez de vendido*".

<sup>90</sup> La institución se regula en los arts. 16 del Decreto de 5 de febrero de 1869, y 33 de la Ley de 2 de diciembre de 1872. Sobre las previsiones actuales de los arts. 131.6<sup>o</sup> y 133 LH, ligeramente diferentes de las que comentamos, *vid.* MARISCAL MUÑOZ: "La administración judicial y posesión interina en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria", en *Estudios sobre Derecho Procesal* (dirs. Díez-PICAZO GIMÉNEZ - MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ), Madrid, 1996, págs. 2887-2899.

<sup>91</sup> Marciano (*D. XX. 1.5.1*) afirma que "entre la prenda y la hipote-

ca la diferencia es sólo nominal"; cfr. CHURRUCA, *op. cit.*, y GARCÍA GARRIDO, *Diccionario...*, cit., voz *Hypotheca*.

<sup>92</sup> Arts. 17 del Decreto de 5 de febrero de 1869, y 33 y 34 de la Ley de 2 de diciembre de 1872. En el precepto citado en primer lugar el procedimiento de enajenación es "la forma establecida para las subastas voluntarias, pero con sujeción a lo que dispone la Sección 2ª, tit. XX, parte 1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al justiprecio, retasa y adjudicación de los bienes embargados, posturas admisibles en el remate, aprobación judicial de éste, entrega de títulos, otorgamiento de escritura y liquidación del precio abonado por el comprador". Nuevamente observamos la tradicional mezcla de conceptos contractuales y iuspublicistas.

<sup>93</sup> Art. 35, II de la Ley de 2 de diciembre de 1872: "Vendida la finca, el comprador pagará al Banco dentro de ocho días todo lo que se le deba por razón de su préstamo, y el sobrante que resulte del precio quedará á disposición de los Tribunales para que lo distribuyan con arreglo á derecho. Este pago al Banco se entenderá sin perjuicio de la acción que pueda corresponder al deudor ó al tercero perjudicado, si lo hubiere, la cual podrá ejercitarse en el juicio correspondiente".

<sup>94</sup> Tomamos estos datos de LASO GAYTE: *Crónica de la Codificación Española*, vol. 2, *Procedimiento Civil*, Madrid, 1972, págs. 129-156.

<sup>95</sup> La transcripción de estas Bases nos permite completar el panorama del procedimiento de apremio en el momento de promulgarse la LEC de 1881: "Base 12: Suprimir la retasa de bienes en las ventas judiciales sustituyéndola con la rebaja del 25 por 100 de la primera tasación para la segunda subasta; y si tampoco en ésta hubiese postor, celebrar la tercera sin sujeción a tipo, concediendo en este caso al deudor un breve plazo para mejorar la postura y salvo siempre el derecho del acreedor para pedir la adjudicación de los bienes por las

Si la posesión interina no bastaba a la satisfacción del ejecutante siempre podía éste solicitar del juez la rescisión del préstamo y la enajenación en pública subasta de la finca hipotecada<sup>92</sup>. Y tampoco ha de sorprender que la Ley ordene entonces al rematante entregar directamente al acreedor (siempre el Banco Hipotecario) la parte del precio correspondiente al crédito por el que se ejecuta, consignando ante el órgano jurisdiccional sólo la cantidad sobrante del valor de remate<sup>93</sup>. Este modo de proceder cuasiprivado pervivirá hasta la Ley Hipotecaria de 1909, introductora del nuevo procedimiento de ejecución hipotecaria, que obligará finalmente a que todas las cantidades se entreguen al juez, reforzando el carácter jurisdiccional de la actividad de apremio.

## 5.2. La regulación de la LEC de 1881

En definitiva, a la entrada en vigor de la LEC de 1881 se encontraban ya definidas las formas de apremio que podríamos considerar clásicas: la enajenación mediante subasta pública (es decir, la oferta de los bienes a terceros por un valor mínimo, para que los adquiriese quien ofreciese la cantidad más elevada de dinero), la adjudicación de los bienes al ejecutante por un valor cierto o por todo su crédito, si nadie ofrecía esa cantidad mínima, y la posibilidad de que este mismo ejecutante recibiese la posesión de los bienes fructíferos para ir cobrándose con su producto. Además, el Decreto de Unificación de Fueros había introducido en el art. 979 de la LEC de 1855 las especialidades que habrían de observarse en la enajenación a terceros de los valores de comercio endosables y títulos al portador.

En los años 1879 y 1880 existía ya la convicción generalizada de que era necesario promulgar una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez descartada la conveniencia de limitarse a la compilación de las trascendentes reformas que se habían producido desde 1855<sup>94</sup>. La urgencia lleva a la promulgación de la Ley de Bases de 21 de junio de 1880, que en sus bases 12ª y 13ª se refiere a

las modificaciones que ha de experimentar la regulación del procedimiento de apremio<sup>95</sup>. Se trata esencialmente de sistematizar las formas de apremio contempladas por la LEC de 1855 y normas posteriores, introduciendo ciertas mejoras que aconsejaba la experiencia.

Así, el art. 979 de la LEC de 1855 se convirtió, conservando casi íntegramente su tenor literal, en los arts. 1481 y 1482 de la nueva LEC; pretendiendo un mejor desarrollo de las escuetas previsiones que contenía la LEC de 1855 al respecto (arts. 979 *in fine* a 982), la nueva LEC diferencia el tratamiento que ha de darse al avalúo y preparación de la subasta en función de que los bienes sean muebles o inmuebles (arts. 1483 a 1487 y 1489 a 1494). Estos preceptos reflejan de manera especialmente clara la necesidad de acoger las innovaciones exigidas por la legislación hipotecaria, aunque el resultado (en cuanto a precisión y sistemática) no será precisamente el apetecido.

La subasta se regula con un mayor detalle en los arts. 1488 (para los bienes muebles) y 1495 a 1514 (para bienes inmuebles y disposiciones comunes), extendiéndose la LEC al tratar de sus consecuencias (arts. 1515 a 1519). En cuanto a la subasta, coexisten normas transcritas de la LEC de 1855 (los arts. 1498, 1520. I y 1520. II se corresponden respectivamente con los arts. 984, 993 y 994 de la LEC de 1855) con otras que desarrollan o innovan las previsiones preexistentes.

De esta manera se introduce el mecanismo de depreciación automática que hoy conocemos, en sustitución de la retasa del art. 986 de la LEC de 1855. En el nuevo art. 1504 la retasa previa a la segunda subasta se sustituye por la rebaja del 25 por 100 de la tasación, subsistiendo la alternativa de solicitar la adjudicación por las dos terceras partes del avalúo. Si esta segunda subasta también fracasa el actor podrá optar entre la adjudicación en pago (por las dos terceras partes del nuevo tipo, esto es, por la mitad del avalúo), la administración de los bie-

nes (antigua adjudicación *en pretoria*) o una última subasta sin sujeción a tipo<sup>96</sup>. La incertidumbre y los gastos causados por la posibilidad de un número indeterminado de subastas se atenúan mediante la fijación (de manera un tanto crítica) de la mitad del valor de avalúo como precio justo en la enajenación forzosa<sup>97</sup>. Opta así el legislador por el criterio matemático que garantiza un menor error en la valoración de los bienes<sup>98</sup>, retomando la solución justinianea para la determinación de la *laesio enormis*. La inexistencia de posturas por ese valor permite acceder a una subasta sin sujeción a tipo, pero en la que existe un último mecanismo capaz de evitar esta *laesio ultra dimidium* (y con ello el despojo del ejecutado): la enajenación por valor inferior a la mitad del avalúo sólo es posible después de superado el filtro que supone la suspensión de la aprobación del remate para dar ocasión al pago o a la *subastilla* previstos por el art. 1506. Es decir, sólo entonces admitirá la Ley que el valor fijado por los peritos no se corresponde con el valor real de mercado de los bienes, y que ni siquiera la mitad de dicho valor podía considerarse como *precio justo*.

Se introduce también expresamente (por medio del art. 1499.II) la admisibilidad de posturas a calidad de *ceder el remate a tercero*. Son conocidos los orígenes y justificación de esta institución<sup>99</sup>, procedente de Francia, e introducida para preservar el anonimato del adquirente definitivo de los bienes desamortizados (especialmente, los eclesiásticos) en las subastas administrativas. Pese a lo poco deseable que ha probado ser esta cesión de remate, al cabo de cien años de pervivencia en la LEC ha tenido un éxito cuando menos insospechado.

A la vista de los abusos e injusticias que propiciaba, en beneficio exclusivo de los profesionales de la subasta y en perjuicio de las partes en la ejecución, y en no pocas ocasiones de terceros (pues se favorecía el malbaratamiento de los bienes, en favor del beneficio posterior que obtenía el adjudicatario en la reventa, generando pagos en *dinero negro* por el definitivo adquirente, y eludiendo el pago

del impuesto correspondiente por una de las dos transmisiones realmente operadas), la Ley 10/1992, de 30 de abril, en la nueva redacción del art. 1499.III, optó por permitir sólo al ejecutante la cesión de remate en las subastas sustanciadas con arreglo a la LEC. Olvidando modificar en igual sentido la legislación especial hipotecaria, por lo que en las subastas tramitadas con arreglo al art. 131 LH sigue siendo posible la cesión de remate por cualquier postor<sup>100</sup>.

Y no sólo eso: pese a la reiterada constatación de sus inconvenientes, la criticada institución se ha visto enriquecida con una aportación debida a *usus fori* y sancionada por el Tribunal Supremo: la invención de la *cesión de la adjudicación a tercero* por el propio ejecutante<sup>101</sup>.

También incluye la LEC de manera explícita algunas diferencias entre la situación del rematante en la subasta y la del ejecutante adjudicatario de los bienes en pago. Especialmente significativa es la exigencia de que se otorgue escritura pública para la transmisión de los bienes subastados, mientras que por el contrario al actor adjudicatario le bastaba testimonio del auto de adjudicación para acceder al Registro de la Propiedad y hacerse dueño de los bienes<sup>102</sup>. Esta diferencia de trato encubría una diferencia de conceptos propiciada por el apego al régimen contractualista (de la compraventa) que caracterizó a la regulación de la subasta. El régimen sólo será unificado por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que dio nueva redacción a los arts. 1514 y 1515 LEC, suprimiendo la exigencia de otorgamiento de escritura de compraventa para las enajenaciones en subasta. Con ello mostraba el legislador una mayor coherencia con el carácter iuspublicista de la enajenación forzosa, alejándose cada vez más de sus originarias *contaminaciones* iusprivatistas.

El art. 1500 de la LEC estableció como requisito previo para participar en la subasta la consignación en la mesa del Juzgado de una cantidad igual o superior al 10 por 100 del tipo. La finalidad deseada por el legislador fue evitar

dos terceras partes del precio en que hubieran sido anunciados en la segunda subasta, o simplemente su administración, si prefiere destinar sus productos al pago de intereses y extinción del capital.<sup>103</sup>

*Base 13:* Establecer el procedimiento conveniente en la vía de apremio a fin de poner al acreedor en posesión de los bienes especialmente hipotecados, para su administración, antes de verificarse la venta y en tanto que ésta se celebra, cuando sea pacto expreso del contrato, exigiendo siempre garantías a los licitadores para tomar parte en las subastas, con términos precisos para que las ejecutorias se lleven a debido efecto después del recurso de casación.<sup>104</sup>

<sup>96</sup> Según las previsiones del art. 1506. Entendemos que éstas deben entenderse en estrecha relación con la novedad introducida por el art. 1501, permitiendo al actor participar en las subastas como licitador sin necesidad de consignar cantidad alguna.

<sup>97</sup> Dado que el art. 1499 prohíbe admitir posturas que no cubran los dos tercios del avalúo, resulta que las dos terceras partes del tipo de la segunda subasta a que se refieren los arts. 1505 y 1506 equivalen a los dos tercios del 75 por 100 del avalúo, o sea, a la mitad de éste. La propia existencia de un artificioso concepto de tipo para la segunda subasta diferente del avalúo parece responder a una función de enmascaramiento del simple criterio de evitación de la lesión por *ultra dimidium*.

<sup>98</sup> Existe en efecto una justificación matemática para tomar la mitad del valor de avalúo como criterio de valoración: se trata de la cantidad que garantiza la menor desviación entre el valor estimado por los peritos o las partes y un hipotético valor de mercado de los bienes.

<sup>99</sup> *Vid.*, por todos, BALLESTER GINER: "Cesión de remate", en *Revista de Derecho Privado*, 1988, págs. 347-352; y ROBLEDO VILLAR: *La subasta judicial: el remate*, Barcelona, 1998, págs. 117-137.

<sup>100</sup> *Ibid.*, págs. 137-141, y 251-256. El efecto inmediato ha sido el previsible: el ejecutante convertido en revendedor privilegiado de los bienes de su deudor, y los subasteros desplazados a las ejecuciones hipotecarias. Nos preguntamos: ¿Es cierto que la Ley 10/92 trataba de erradicar las prácticas de los subasteros, y se ha olvidado de las ejecuciones hipotecarias? ¿O es más certero pensar que el legislador se ha convencido definitivamente de que sin subasteros -y su cesión de remate- muy pocas subastas concluyen con la venta de los bienes?. Un interesante tema de reflexión relativo a la verdadera eficacia del procedimiento de apremio, con vistas al diseño de nuevas formas de enajenación.

<sup>101</sup> La justificación que ofrece la STS (1ª) de 18 de abril de 1987 (RAJ 2714), en su FD 4º, no puede ser más clara: "la declaración de nulidad que se postula (nulidad del auto de adjudicación y del auto de aprobación de la cesión) peligraría un gran número de adjudicaciones cedidas a tercero y efectuadas en procedimientos ejecutivos ya consumados". Por lo que "no es prudente censurar y excluir esta práctica, introducida pacíficamente y sin contradicción de nadie, máxime que no se descubre una razón determinante para ello (...). La acogida jurisprudencial de la práctica permisiva favorecerá la difusión que ya venía observándose por la vía de la analogía y, generalizada, unificará o aproximará al menos los procedimientos ejecutivos, eliminando las divergencias de criterio". Acoge este criterio un Auto de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 4ª) de 27 de octubre de 1992 (RGD 1993, pág. 7986), pero en sentido opuesto se pronuncia un Auto de la A.P. de Huesca de 18 de octubre de 1995 (RGD 1996, pág. 2019); realmente, para que necesita el actor ceder la adjudicación, si puede concurrir a la subasta como licitador y ceder el remate, que es lo legalmente previsto?. Nos extendemos en esta crítica en SANTOS REQUENA, *op. cit.*, págs. 177-186 y 203-210.

<sup>102</sup> Interpretación de los arts. 1514 y 1515 LEC acogida por resoluciones de la Dirección General de los Registros de 18 de diciembre de 1883, de 18 de abril de 1899 y de 12 de febrero de 1916.

<sup>103</sup> Más adelante, la Ley 10/1992, de 30 de abril, designó como lugar de consignación del depósito *el establecimiento destinado al efecto*, en sustitución de la mesa del Juzgado.

<sup>104</sup> La reforma podría orientarse a una reducción del depósito previo, combinada con la posibilidad de que éste depósito se sustituyera por aval bancario si el licitador fuera persona física (dado que muchos subasteros ya han constituido sociedades mercantiles para concurrir habitualmente a las licitaciones). Estas medidas no expulsarían a dichos profesionales, pero al menos favorecerían la concurrencia de más postores dispuestos efectivamente a comprar, sin que se propiciase por ello la quiebra de la subasta.

la quiebra de la subasta, causada por el rematante que no llegaba a entregar la cantidad resultante de la liquidación de cargas (arts. 1512 y 1513). La función de este depósito previo era, pues, garantizar el pago del resto del valor de remate, sirviendo para extinguir la responsabilidad del ejecutado en caso de quiebra de la subasta. Pero con el tiempo se pensó que este depósito podría también disuadir a los licitadores profesionales, encareciendo su participación, y evitando algunas de sus prácticas fraudulentas, mediante las cuales conseguían expulsar de la puja a otros posibles postores y hacerse con los bienes por precio irrisorio. Así, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, elevó la cuantía mínima del depósito al 20 por 100 del tipo<sup>103</sup>. Y quizá con ello se avanzó en la prevención de la quiebra de la subasta; pero también se produjo un efecto no deseado, que hoy día parece ir en aumento. Al tratarse de una consignación en metálico, sólo quienes poseen suficiente dinero en efectivo pueden concurrir a la subasta. Lo que cierra el paso a numerosos posibles compradores que han de acudir al crédito hipotecario para financiar la compra de inmuebles, y a los que por tanto resultará extremadamente complicado (cuando no imposible) cumplir con la exigencia de consignación.

Esta realidad, unida a las virtudes de la cesión de remate, parece conducir al resultado opuesto al pretendido por la Ley y sus sucesivas reformas: son los particulares (nada habituados a concurrir a las subastas, y que pocas veces disponen de fuertes sumas de dinero para depositar en tanto se aprueba el remate) quienes más difícil tienen acceder a la puja. En cambio, los profesionales de la subasta, que siempre disponen de dinero metálico (y además, de un dinero que elude tributar), encuentran fácil colocarlo en distintos juzgados a la espera de que se apruebe el remate (en su favor o en favor de otro), o de que deban hacer frente a un pago en metálico por haberse aprobado un remate a su favor. De confirmarse esta tendencia, sería necesario reflexionar acerca de la oportunidad de este tipo de previsiones<sup>104</sup>.

Las modificaciones y aclaraciones introducidas en la subasta sirven también para dar cabida (art. 1505) a una regulación expresa de la que hoy conocemos como administración para pago de los bienes embargados, y que es descendiente directa de aquella adjudicación *en pretoria* que los autores venían contemplando, derivada de la toma de prendas sobre bienes fructíferos. A la vista de cuanto llevamos expuesto, pues, parece claro el origen de los arts. 1521 a 1529 de la LEC de 1881.

La legislación hipotecaria provoca por su parte la inclusión en el art. 1530 de la posibilidad de que el acreedor administre los bienes especialmente hipotecados en tanto éstos salen a subasta, con arreglo a los requisitos establecidos en los citados arts. 1521 y siguientes. Pero tampoco coinciden estas previsiones con las que regulaban (y han regulado hasta hace muy poco) la posesión interina y administración de las fincas hipotecadas por el Banco Hipotecario de España según la Ley de 2 de diciembre de 1872 y sus normas de desarrollo.

Desde entonces, en general, será constante la duplicidad de previsiones acerca del apremio de bienes inmuebles, debido a que nunca se preocupará el legislador de aclarar en qué medida la regulación y reformas introducidas por la legislación hipotecaria habían de interpretarse como especiales respecto de las normas contenidas en la LEC, o por el contrario como innovaciones que, en calidad de *lex posterior*, serían de aplicación a todo procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles. Son ejemplo de este fenómeno el caso ya abordado de la cesión de remate, y el que quizá más inseguridad y perplejidad ha causado en el foro y entre la doctrina: nos referimos a las vicisitudes de la regulación de la liquidación de cargas.

La LEC contemplaba la cuestión de la subsistencia de cargas después de la enajenación forzosa en sus arts. 1511, 1516, 1517, 1518 (respecto de la subasta) y 1519 (respecto de la adjudicación al ejecutante en pago). Distinguía entre

cargas perpetuas (que subsistían a la ejecución, subrogándose en ellas el adquirente de los bienes una vez deducido su valor de la cantidad por la que se había aprobado el remate) y temporales (que se cancelaban). El dinero obtenido en la enajenación podía no obstante destinarse a satisfacer a sus titulares en distinta medida, según la clase de cargas de que se tratase. Así, los titulares de cargas preferentes al crédito del actor percibirían siempre su importe; si las cargas eran de igual rango que las del ejecutante, había de prorratearse entre todos estos acreedores la cantidad obtenida mediante la enajenación; los titulares de cargas posteriores al crédito ejecutado sólo percibirían la cantidad sobrante después de satisfecho el actor por el principal, intereses y costas. Pieza clave de este sistema era la liquidación de cargas que debía practicar el secretario y aprobar el juez, para determinar la cantidad que habría de consignar el rematante para que se otorgase escritura y pudiera tomar posesión de la finca (arts. 1511-1512).

El sistema originario en la LEC no resultó plenamente satisfactorio, por lo que la Ley Hipotecaria de 1909, en su art. 131.6<sup>o</sup>, modificó el régimen de subsistencia de cargas, estableciendo que las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes al crédito del actor continuarían subsistiendo, entendiéndose que el rematante los acepta y se subroga en la correspondiente responsabilidad. Aunque el art. 133.II LH extendía este nuevo régimen a toda ejecución forzosa de bienes inmuebles, la polémica sobre la vigencia de los arts. 1511 a 1519 LEC sólo concluyó con la Ley 10/1992, de 30 de abril, que transcribió en el art. 1512.I la regla 8<sup>a</sup> del art. 131 LH<sup>105</sup>. Claro que a cambio de la resolución de esta duda la Ley 10/1992 sembró una nueva, derogando el art. 1511 LEC (es decir, eliminando la liquidación de cargas practicada por el secretario) sin especificar cómo debía tratarse la valoración de las cargas que subsistirían a la ejecución.

Esta circunstancia avala la opinión de que la LEC, aunque no lo diga ex-

<sup>105</sup> Acerca de la evolución del régimen de subsistencia de cargas, cfr. FRANCO ARIAS (*op. cit.*, págs. 192-237); y FERNÁNDEZ LÓPEZ (*Derecho Procesal Civil*, cit., t. III, págs. 299-308). Ilustran sobre la polémica los trabajos de MARTÍNEZ MORA: "El sistema de liquidación de cargas y la Ley Hipotecaria", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1929, págs. 273-278; BLÁZQUEZ: "El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles", en la misma *RCDI*, año 1944, núms. 191-196, págs. 227-240, 289-302, 362-368, 450-458, 508-519 y 553-567; y GUASP: "En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles", también en *RCDI*, año 1945, n.º 202, págs. 153-167 (replacando al anterior, y que desarrollaría después en *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951).

<sup>106</sup> Vid., por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. et loc. cit.*

<sup>107</sup> El CCom de 1885 contemplaba en sus arts. 320-324 un régimen especial para la constitución y eventual realización de préstamos con garantía de efectos o valores. La Ley 24/1988, de 28 de julio, reformó estas previsiones, denominando *procedimiento ejecutivo especial* al contenido del art. 322 CCom. La Ley 37/1998, de 16 de noviembre, en su DA 6ª, va aún más allá en cuanto a facilitar la ejecución de ciertas garantías constituidas en los mercados secundarios oficiales. Aunque la pervivencia de todo ello puede quedar ahora amenazada, a tenor de la sentencia del TS de 4 de mayo de 1998, a la que nos referimos *infra*.

<sup>108</sup> La enajenación de estos efectos admitidos a cotización fue regulada por los Reglamentos de las Bolsas de Comercio, de 30 de junio de 1967 (D. 1506/67), y de los Bolsines de Comercio, de 6 de junio de 1969 (D. 1194/69).

<sup>109</sup> Vid., por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ (con DE LA OLIVA): *De-recho Procesal Civil*, cit. t. III, págs. 272-273.

presamente, contempla la aplicación del denominado *principio de cobertura* (*Deckungsprinzip*) en la valoración de los bienes embargados<sup>106</sup>. Es decir, la deducción inicial del avalúo de las cargas que han de subsistir, permitiendo la fijación de unas cantidades de depósito previo y postura mínima admisible más acordes con el valor real de los bienes, y propiciando una actividad de apremio más eficiente.

En definitiva, la dición actual de los citados preceptos de la LEC, después de una azarosa evolución, ha quedado al menos simplificada, y unificada con las previsiones de la LH. También se ha aproximado la situación del rematante de la subasta con la del actor adjudicatario de los bienes en pago. Pero no se ha conseguido aún una regulación lo suficientemente clara, capaz de dotar de la deseada eficiencia al apremio sobre bienes inmuebles gravados con cargas anteriores o preferentes al crédito por el que se ejecuta.

Los arts. 1544 a 1559 de la LEC de 1881 se limitan, por lo demás, a transcribir con muy ligeros retoques el procedimiento de apremio (en realidad, un juicio ejecutivo especial) contenido en los arts. 350 a 363 de la Ley de 1830.

## 6. ÚLTIMAS INNOVACIONES EN LAS FORMAS DE APREMIO

Ya hemos tratado los rasgos más significativos de la evolución de las formas de apremio clásicas tal como quedaron definidas en el período de la codificación, comprobando cuán próximas se encuentran aún a sus orígenes tardo-romanos y medievales. Resta ahora tan sólo detenernos en la recepción y relativa modernización experimentadas por las formas previstas para el apremio de determinados bienes embargados. En particular, merece la pena considerar la razón de ser del art. 1482 LEC y la amenaza que hoy se cierne sobre la subsistencia de los procedimientos de ejecución extrajudiciales.

### 6.1. El apremio de valores y efectos mercantiles

El apremio de títulos valores y efectos mercantiles siempre ha requerido una regulación específica<sup>107</sup>. Ya el art. 979 de la LEC de 1855, después del Decreto de Unificación de Fueros, prevenía que "respecto á los efectos que se coticen en la Bolsa, la elección del Juez deberá recaer en uno de sus agentes, y donde no lo hubiere, en un Corredor de Comercio". Expresión que fue transcrita en el párrafo segundo del art. 1482 de la LEC de 1881<sup>108</sup>. La Ley 24/1988, de 28 de julio, de regulación del mercado de valores, en su DA 5ª, dio a este art. 1482 la redacción que hoy conocemos, redacción que pese a su aparente sencillez no deja de suscitar algunas dudas, debidas a su imprecisión<sup>109</sup>. En todo caso, ha de subrayarse el carácter jurisdiccional de esta enajenación, pues la actividad desarrollada por el *organismo rector* lo es en cuanto ordenada por el Juez, y por tanto sujeta al mandamiento que se dicte. Esta consideración posee especial trascendencia a efectos de la impugnación de la enajenación (que gozará al menos de las mismas garantías que cualquier otra forma de apremio verificada completamente ante el órgano jurisdiccional) y del tratamiento que hayan de recibir los eventuales errores o incidencias que pudieran producirse. En realidad, la enajenación a través de mercado secundario oficial participa de la misma estructura que la subasta, en cuanto forma de apremio, e incluso cabe entender que encarna la perfección de la enajenación por un precio justo: el mercado (con suficientes mecanismos para garantizar la imparcialidad), por el más libre juego de la oferta y la demanda, determina un valor de enajenación y a la vez proporciona el dinero con que habrá de pagarse al actor. *A priori*, no cabe alterar de las condiciones de este mercado, ni la posibilidad de que el producto obtenido de la enajenación se pierda.

Sin embargo, y pese a lo que podría suponerse (e incluso parece suponer la LEC), estas circunstancias no concurren

en la enajenación de los demás valores y efectos mercantiles, supuesto en el que más bien ocurre todo lo contrario. La escueta previsión del art. 1482.II más que facilitar el apremio sobre esta clase de bienes por la flexibilidad que permite crea una indeterminación que acaba convirtiéndose en un semillero de problemas, motivados tanto por los posibles abusos a que se ve tentado el actor, como por las continuas oportunidades de indefensión que propicia.

Numerosas cuestiones que vienen resueltas para las demás formas de apremio quedan en este caso huérfanas de previsión legal: primeramente, no se nos aclara si estos valores pueden subastarse como bienes muebles, ni siquiera si la enajenación debe realizarse mediante alguna forma de subasta o no. De lo que derivan importantes consecuencias, relativas, por ejemplo, a la posibilidad de adjudicación de los valores al propio ejecutante (posibilidad que no nos parece admisible), y a la forma de concluir la ejecución<sup>109</sup>. En caso extremo, cabe incluso poner en duda el carácter jurisdiccional de esta forma de apremio, con las graves consecuencias que de ello se derivarían<sup>111</sup>.

Para la comprensión del sentido que hoy puede otorgarse al art. 1482.II LEC es imprescindible el estudio de sus orígenes y de las razones a las que obedeció su implantación. Constatando que hoy la reforma es inaplazable, ya que la justificación que en su día existió ha desaparecido, sin ser reemplazada por otra capaz de sustentar estas previsiones.

La LEC de 1855 exigía en su art. 979, después del Decreto de Unificación de Fueros, que los valores de comercio endosables o títulos al portador se vendiesen por el corredor que el juez designase, acreditando haberse hecho *al cambio corriente en el día* de la venta. La misma previsión contenía el art. 1482.I LEC 1881 en su primitiva redacción. El corredor designado por el juez rendía cuentas de su gestión presentando nota o certificación de haber enajenado los valores por un precio no inferior al que el mercado les atribuía.

La reforma operada por la Ley 24/1988, de 28 de julio, dejó sin especificar qué cometido debía cumplir el Notario o Corredor, más que por un afán de simplificar, por el cambio de las circunstancias generales en que se producía ya la transmisión de valores. Aunque omitió precisar qué concreta función deberían desempeñar ahora estos profesionales, y en qué medida debían ceñirse a las instrucciones del Juez ejecutor. Creemos que no es infundado pensar que, mientras que las Leyes de 1855 y 1881 se referían al Corredor en cuanto intermediario en la enajenación de valores, la Ley de 1988 ya lo contempla como fedatario mercantil. De ahí que a éste último no se le exija rendir cuentas de su gestión, ni siquiera se prevea que deba realizar gestión alguna.

La razón de la presencia de Notario y Corredor de comercio en el apremio de valores no cotizados en Bolsa se encuentra más bien en la exigencia de intervención de fedatario público en la transmisión y negociación de valores públicos, industriales y mercantiles<sup>112</sup>. Fueron precisamente las Disposiciones Adicionales 3ª y 9ª de la citada Ley 24/1988 las que implantaron un nuevo régimen, reduciendo la intervención de fedatario a la transmisión de los valores contenidos en títulos al portador que no cotizasen en mercado secundario oficial y se transmitiesen sin la participación o mediación de una Sociedad o Agencia de Valores<sup>113</sup>. Por lo que fácilmente cabe deducir que la previsión del nuevo art. 1442.II no se dirige a establecer una nueva forma de apremio, sino a exigir la fe pública sobre las transmisiones de estos valores producidas en el procedimiento de apremio. La confusión que así se genera es mayúscula, puesto que se exige a una enajenación forzosa (jurisdiccional) un requisito propio de la enajenación entre particulares, olvidando, entre otras cuestiones de mayor calado, que de las enajenaciones que se producen en el procedimiento de apremio ya da fe el Secretario Judicial.

Como el fenómeno descrito era y es difícil de percibir (y de creer) ha dado

<sup>109</sup> Sobre esta cuestión tratamos *in extenso* en SANTOS REQUENA, *op. cit.*, págs. 131-142.

<sup>110</sup> Máxime después de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, sobre la que volveremos.

<sup>111</sup> Tal exigencia se implantó por un Decreto de 19 de septiembre de 1936, y se reafirmó por una Ley de 23 de febrero de 1940 y un Decreto de 14 de diciembre de 1951. Si en un principio se justificó por la necesidad de evitar el expolio a que podía someterse a los transmisores de estos valores en situaciones de guerra y de posguerra, se mantuvo después por razones de control fiscal. La exigencia inicial comprendía como fedatarios a los Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio, Notarios y Corredores intérpretes de buques. *Vid.*, sobre todo ello BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1991, págs. 599-600.

<sup>112</sup> Esta DA 3ª ha recibido nueva redacción por el art. 8 de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, clarificando en suma cuanto exponemos: "La suscripción o transmisión de valores sólo requerirá para su validez la intervención de fedatario público cuando, no estando admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, estén representados mediante títulos al portador y dicha suscripción o transmisión no se efectúe con la participación o mediación de una sociedad o agencia de valores, o de una entidad de crédito". Nos permitimos llamar la atención sobre la relevancia de este último tipo de entidades.

<sup>114</sup> Y que por lo demás viene a ser lo que preveían la LEC de 1855 y la de 1881, antes de la reforma de 1988.

<sup>115</sup> Paradigma de esta situación, nada deseable, es la sentencia de 20 de octubre de 1995 de la Audiencia Provincial de Málaga (AC 493), que estableció las normas por las que debía regirse la enajenación forzosa de unas acciones no admitidas a cotización en mercado secundario oficial. El ejecutado recurrió alegando que estas acciones no podían enajenarse por Corredor de Comercio privadamente, y mucho menos adjudicarse en pago al ejecutado (que ya había adquirido otras acciones de otros socios a un precio notoriamente mayor que el valor de adjudicación fijado por el fedatario). La Audiencia le da la razón en cuanto a lo incorrecto de la forma de enajenación seguida, pero trata de diseñar un procedimiento de enajenación ante Notario o Corredor que resulta un híbrido de la ejecución hipotecaria extrajudicial y la enajenación de valores admitidos en mercado secundario oficial. Constatando (como parece inevitable) que estos valores no pueden someterse sin más a la subasta de bienes muebles.

<sup>116</sup> Sobre la oposición entre concepciones iusprivatistas e iuspublicistas de la enajenación forzosa, cfr. el fundamental estudio de GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *La enajenación forzosa*, Pamplona, 1966.

lugar a la siguiente disyuntiva en su interpretación: como el apremio de los valores no admitidos a cotización necesita de un tratamiento especial y el art. 1482 remite a una enajenación mediante Notario o Corredor de Comercio, este precepto ha de referirse a una forma de apremio específica. Pero como la LEC nada dice acerca de esta forma de apremio, es posible entender tanto que remite a la subasta extrajudicial prevista en el Reglamento Notarial, como que deja un amplio margen a la iniciativa de los profesionales que menciona para lograr las mejores condiciones de venta.

En realidad, la LEC reconoce la conveniencia de una forma de apremio específica para esta clase de bienes. Pero simplemente se olvida de regularla. Que el art. 1482.H remita a una enajenación extrajudicial ha de descartarse por numerosas razones, entre las que se encuentra el carácter exclusivamente jurisdiccional del procedimiento de apremio y podríamos ya incluir, a la vista de la STS de 4 de mayo de 1988, la difícil subsistencia de cualquier procedimiento extrajudicial de enajenación forzosa. Sólo queda, entonces, la posibilidad de que obligue a la enajenación ante Notario o Corredor, pero siempre bajo estricta vigilancia del órgano judicial, a modo de lo que ocurre con la enajenación de valores a través del organismo rector de un mercado secundario oficial<sup>114</sup>, y sin que sea posible evitar un procedimiento enormemente análogo con la subasta.

En definitiva, la forma de apremio correspondiente a los valores no admitidos a negociación en mercado secundario oficial será la que cada juzgado (o en su defecto, Audiencia Provincial) vaya estableciendo (*inventando*) a medida que resulta necesario, procurando siempre combinar la necesaria eficiencia de la enajenación con la ineludible garantía de los derechos del ejecutado<sup>115</sup>. Parece obvio que esta situación requiere de una urgente reforma, que al menos especifique el alcance de la intervención de Notario y Corredor en la enajenación, y los trámites que han de seguirse.

A falta de que la propia ley ofrezca una forma de apremio específica y adecuada (lo que no parece fácil), habría que sugerir la inclusión de esta clase de valores en la subasta de bienes muebles, quizá con alguna especialidad, pero sin duda bastando para su enajenación la fe pública judicial que hoy día otorga el Secretario.

## 6.2. La subsistencia de los procedimientos de ejecución extrajudiciales

Ya hemos tenido ocasión de observar cómo la concepción actual de la enajenación forzosa, clave del procedimiento de apremio, procede de una dilatada evolución de la forma de realización de la garantía prendaria romana. En sus orígenes se trataba de una actividad desarrollada por el propio ejecutado que en muy poco se diferenciaba de la compraventa entre particulares, reduciéndose la intervención del juez ejecutor a los actos coactivos que en ningún caso podrían realizar por sí mismos los ciudadanos. De la ejecución mediante toma de prendas se pasó al embargo, seguido del depósito judicial imprescindible para asegurar el éxito del procedimiento de apremio. Y hemos constatado la presencia de una fuerte impronta iusprivatista, heredera de aquellos términos y conceptos acogidos por la LEC en 1881, deudores de sus orígenes contractualistas. Actualmente no cabe dudar del carácter iuspublicista del procedimiento de apremio, y muy especialmente de la enajenación forzosa, que sólo puede justificarse como resultado del ejercicio legítimo de la potestad jurisdiccional<sup>116</sup>.

En este contexto ha de entenderse la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, que consideró inconstitucional y derogado el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria previsto por los arts. 129 LH y 234 y ss. RH. Esta sentencia supone, además de una cierta inseguridad jurídica (que esperamos se atenúe pronto con sucesivos pronunciamientos), una concreta amenaza de extinción para todos los que se ha dado en llamar *procedimientos de apremio extrajudiciales*, dado que los fundamentos

de esta sentencia son fácilmente extensibles a los numerosos procedimientos extrajudiciales de realización subsistentes en nuestro ordenamiento<sup>117</sup>.

En síntesis, y partiendo de la premisa de que el procedimiento derogado es un verdadero procedimiento de ejecución forzosa, y no un mero procedimiento privado de realización de bienes<sup>118</sup>, la decisión del Tribunal Supremo se fundamenta en que la existencia de un procedimiento de apremio sustanciado ante Notario infringe el monopolio jurisdiccional de la ejecución forzosa establecido por el art. 117 de la Constitución, además de contravenir el art. 24 de nuestra Carta Magna. Planteada en estos términos la cuestión, parece evidente la inconstitucionalidad de cualquier ejecución extrajudicial (expresión que ya entraña, bien mirado, una *contradictio in terminis*). Aunque en rigor el problema no es tan sencillo<sup>119</sup>. Llevando este planteamiento al extremo, podría también aplicarse al art. 1482.II LEC (que acabamos de comentar), e incluso amenazar la futura introducción en nuestro ordenamiento de nuevas formas de apremio basadas en una fuerte colaboración de ciertos sujetos particulares con el juez ejecutor. Pues, en efecto, toda actuación en la enajenación de los bienes embargados que aparente producirse sin la inmediata presencia del Juez corre serio peligro de ser impugnada con fundamento en la vulneración del monopolio jurisdiccional de la actividad de apremio, y la consiguiente indefensión del ejecutado (y quizá también del ejecutante).

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN: HACIA DÓNDE EVOLUCIONA NUESTRO PROCEDIMIENTO DE APREMIO

A la vista de cuanto se ha expuesto y de las observaciones críticas que hemos venido realizando ha quedado de manifiesto que nuestra LEC vigente contiene una regulación poco eficaz del procedimiento de apremio. Las paredes maestras de éste proceden no ya del año

1881, sino de tiempos remotos en los que el peso de la ejecución recaía intensamente en el propio ejecutante, y se aplicaban al proceso -quizá sin excesivo rigor- conceptos y términos tomados del derecho privado. La lenta evolución experimentada por las formas de apremio ha sido completada recientemente con reformas parciales que más que responder a un estudio detenido y sistemático de la situación han supuesto sucesivos *remiendos* casi siempre discordantes con el conjunto del cuerpo legal.

Es claro que en todo procedimiento de apremio ha de favorecerse la obtención del mayor beneficio económico para el ejecutante, a costa del menor perjuicio para el ejecutado, evitando las actuaciones superfluas y el exceso de trámites. Es decir, el procedimiento de apremio debe ser eficiente y rápido, a la vez que respetuoso con los derechos de las partes y de terceros, derechos que deben quedar garantizados por el monopolio jurisdiccional de la actividad de ejecución. La estructura de las formas de apremio responderá a este conjunto de exigencias y condicionamientos.

No parece posible prescindir de algunas enseñanzas reiteradamente proporcionadas por la Historia: los bienes embargados que en sí mismos posean valor liberatorio han de entregarse sin más trámites al ejecutante, y por el valor que representen. Para el resto de los bienes, es preciso determinar un valor mínimo (o precio justo) por el que sean ofrecidos a un mercado lo más abierto y transparente que resulte posible, y que proporcione a cambio el medio de pago (moneda) con el que será satisfecho el ejecutante. En caso extremo, se determinará al menos el importe por el que los bienes sean entregados al ejecutante en pago de su derecho. Y todo ello sin perjuicio de que cierta clase de elementos patrimoniales merezca un tratamiento especial en atención a sus características, que permita obtener de ellos un mejor aprovechamiento.

El panorama que ofrece hoy la LEC dista mucho de parecerse a este *deside-*

<sup>117</sup> Por ejemplo, arts. 86, 94 y 95 LHMPSPD; 1872 CC; 320-324 CCom; y 6 de la Ley catalana 22/91, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble. Especial mención merecen las novedades introducidas por la DA 6ª de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, que no sólo prevé una realización extrajudicial de ciertas garantías, sino que además, al permitir la ejecución *por simple compensación* de la garantía consistente en depósitos de efectivo, con o sin mandato de gestión, nos transporta de nuevo al mundo romano en que se pretendía la erradicación del *pacto comissario* por tratarse de una forma de apremio absolutamente al margen del control jurisdiccional.

<sup>118</sup> Es expresión que tomamos de Díez-Picazo Giménez: "Sobre la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1998, que considera inconstitucional el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria", en *Tribunales de Justicia*, 1998/8-9, pág. 819.

<sup>119</sup> *Ibid.*, págs. 820-822.

<sup>120</sup> DELA OLIVA SANTOS: "El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 26 de diciembre de 1997, y la protección del crédito", en *Tribunales de Justicia*, 1998/8-9, pág. 826, señala que "me parece atinado que, en este punto, el Anteproyecto se limite a abrir un marco amplio y no embarque a los Poderes Públicos y a todos en en aventuras, muy dudosas desde muchos puntos de vista, para la realización *más empresarial* de los bienes embargados. (...) Uno o varios *hiper*, estatales o autonómicos, para la venta de bienes muebles embargados no me parece, en realidad, una idea sensata".

<sup>121</sup> Cfr. los arts. 640 ALEC y PLEC.

*ratum*, por lo demás exigencia de una razonable interpretación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Se ha olvidado el sentido de muchas de las previsiones legales, reduciéndose su aplicación a un mero ritual casi siempre contraproducente. Se han introducido múltiples reformas que, por incidir en un conjunto obsoleto y mal comprendido (cuando no ignorado), no han cumplido la finalidad para la que fueron destinadas. Por referirnos a un solo ejemplo concreto, merece una seria reflexión el fenómeno de que hoy día la institución más eficaz de nuestro procedimiento de apremio, y por ello en expansión incontrolada, sea la cesión de remate, en todas sus variedades: se abandona *de facto* la enajenación forzosa en manos de oscuros intermediarios, y se renuncia a inquirir los vericuetos por los que acaba lográndose la conversión de los bienes en dinero, casi siempre su malbaratamiento.

Es frecuente encontrar manifestaciones en favor de la introducción de nuevas formas de apremio, nunca del todo definidas, cuyo advenimiento habrá de acabar de manera eficaz con los males de la ejecución forzosa. Algún amago de modernización ha existido ya: la DA 3ª de la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido aprobado por RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril, prevé que "el Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, podrá autorizar a entidades públicas o privadas, que reúnan las garantías que se establezcan, la realización de las actuaciones materiales relativas al depósito, conservación, transporte, administración, publicidad y venta de los bienes judicialmente embargados". Planea sobre estas previsiones, seguramente, el deseo de obtener algún día la enajenación forzosa de los bienes embargados por el juez de un modo similar a como actualmente se está procediendo para la enajenación de bienes pertenecientes a las entidades gestoras de la Seguridad Social, o embargados por éstas. Pero parecen escasas las similitudes que cabe encontrar entre estas enajenaciones (generalmente masivas) y las exigencias del

procedimiento de apremio. Y es que, en efecto, la confianza en la venta por empresas parece imponerse como alternativa a la tradicional subasta judicial.

No obstante, ha de exigirse un riguroso realismo a cualquier nueva tentativa de reforma, de la que resultarán nuevas formas de apremio que en último extremo deberán participar de la estructura que, según hemos visto, ha demostrado ser esencial.

El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (publicado por el Ministerio de Justicia en diciembre de 1997) ya reflejaba las circunstancias a que nos referimos, modernizando las formas de apremio clásicas y acogiendo algunos mecanismos nuevos<sup>120</sup>. Estas previsiones han pasado (con escasa variación, aunque son sensibles las mejoras producidas en lo que se refiere a la adjudicación de bienes al ejecutante) al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 13 de noviembre de 1998, que inicia así su tramitación parlamentaria.

En el PLEC, lógicamente, se mantienen y especifican con mayor claridad (art. 637) los supuestos en que procede la entrega directa de los bienes embargados al ejecutante, por tener éstos un valor liberatorio intrínseco o por admitir el actor el pago por un valor cierto y no controvertido. Muestra también una mayor comprensión del sentido de la correspondiente forma de apremio el art. 638, al ordenar que siempre que exista un *mercado reglado* o con *precio oficial* al que puedan acceder los bienes embargados el juez ordene su enajenación a través de éste, y con arreglo a sus normas rectoras.

No obstante, parece aún insuficiente la previsión del art. 639 PLEC en relación con los valores mercantiles que no tengan acceso a estos mercados reglados. No se llega a diseñar una forma de apremio específica, y nuevamente parece excluir esta clase de bienes de la subasta (y del previo avalúo<sup>121</sup>). El problema puede paliarse en algunos supuestos (por ejem-

plo, si los estatutos de una sociedad mercantil prevén todo un procedimiento para la enajenación forzosa de las acciones o participaciones), pero seguramente no quedará resuelto en numerosos casos. La introducción de un párrafo segundo en el texto del PLEC, remitiendo a la enajenación mediante Notario o Corredor de Comercio en caso de previsión expresa, tampoco avanza respecto de la situación actual, comentada *supra*.

Por lo demás, la modernización de la subasta es evidente<sup>122</sup>: para la subasta de bienes muebles y derechos, el art. 643 PLEC acoge expresamente una formulación del principio de cobertura, que evitará la sustanciación de subastas antieconómicas y perjudiciales para todos los sujetos de la ejecución (fomentando incluso la formación de lotes cuando suponga una ventaja, aspecto que no menciona la LEC de 1881); la publicidad es también más racional; y se sistematizan los requisitos y condiciones para tomar parte en la licitación. Pero lo más destacado es que el sistema de subastas y depreciación de los bienes de la LEC de 1881 se ve reducido a su esencia (y, por tanto, a su forma más eficiente). Los arts. 649 y 650 PLEC condensan en un solo acto (que para su plena efectividad precisa de la asistencia del ejecutante) las actuaciones que en la LEC vigente exigen tres subastas<sup>123</sup>. Manteniendo el *justo precio* de los bienes en la mitad del valor de tasación, es posible su enajenación a tercero por cantidad inferior en el mismo acto de la subasta, siempre que el ejecutante no prefiera la adjudicación por ese valor mínimo.

La relevancia de la participación del actor en este nuevo procedimiento de apremio es más clara que en la LEC de 1881, y en realidad más trascendente. Si a estas facultades (que vienen a convertir al ejecutante en una especie de *arbitr* de la enajenación) se une la subsistencia de la cesión de remate (art. 647.3) como privilegio suyo, observaremos hasta qué extremo dependerá de su diligencia el éxito de la ejecución forzosa<sup>124</sup>. No podemos dejar de señalar la previsión de los arts. 650.4 y 651,

recuperando la posibilidad de que se adjudiquen los bienes subastados pero no enajenados al ejecutante *pro quantitate certa* o *pro toto debito*, según distintos supuestos. Acerca de los orígenes tardorromanos y medievales de este tipo de previsiones (cuya actualidad sigue siendo manifiesta), nos remitimos a cuanto hemos tratado *supra*.

Aunque esta tónica se mantiene en general para la subasta de bienes inmuebles, existen relevantes diferencias. Además de las que exigen las características de los bienes subastados, la preocupación por rodear de mayores garantías la enajenación de esta clase de bienes (quizá por considerarlos de mayor interés económico, lo que no siempre ocurrirá) lleva a imponer unas condiciones de licitación más gravosas: depósito previo del treinta por ciento del avalúo (bienintencionada previsión, pero que puede resultar contraproducente) y valor mínimo de enajenación del setenta por ciento del avalúo<sup>125</sup>.

Los arts. 679 a 683 PLEC contienen una regulación de la administración de los bienes embargados para pago, que puede ahora instarse en cualquier momento (previsión más lógica que la de la LEC de 1881, y que pretende una mayor eficacia, alejándose ya de las características impuestas por su originaria concepción como una forma de adjudicación, *en pretoría*, ligada al fracaso de la subasta).

Lo hasta ahora expuesto muestra en qué medida (y como era inevitable) han de subsistir, modernizadas, las formas clásicas de apremio. El PLEC aporta, además, dos interesantes innovaciones: en primer lugar, la posibilidad de que ejecutante y ejecutado formalicen ante el Juez un acuerdo para la mejor enajenación de los bienes, evitando la subasta (art. 676). En segundo término, el art. 677 prevé que se acuda a intermediarios legalmente establecidos, y que actúen con arreglo a una normativa específica, para la enajenación de los bienes para los que esta fórmula sea la más conveniente. Pensamos que merece la

<sup>122</sup> Es aportación del PLEC la unificación de los regímenes de realización de las garantías reales (arts. 684 a 701), procurando en lo posible su similitud con las demás formas de apremio, pero sin perjuicio de sus particularidades. No obstante, habremos de aguardar aún para conocer las relaciones que se establezcan entre las formas de apremio recogidas en el PLEC y las enajenaciones extrajudiciales que pudieran subsistir, máxime después de la entrada en vigor de la Ley 37/1998, que ya hemos comentado.

<sup>123</sup> No obstante, dado que la subasta única es presidida por el Secretario, no queda claro cómo se aprobará el remate, acto que debe ser competencia exclusiva del Juez, quien al concluir la licitación sólo conocerá sus condiciones si ha estado presente.

<sup>124</sup> Ya hemos expresado nuestras reticencias respecto de la cesión de remate, por tratarse de una institución que prevista en origen para otra finalidad, actualmente se ha convertido en un instrumento opaco para la venta de los bienes adquiridos en la enajenación forzosa. Quizá hubiera sido más adecuado introducir en su lugar la figura de un intermediario cuya actuación, reglada, fuera transparente para las partes y el juez ejecutor, y concluyese con una rendición de cuentas. En suma, una intervención similar a la de tantos profesionales que, percibiendo sus derechos u honorarios, colaboran con la Justicia en el proceso. El posible encarecimiento de la ejecución se vería probablemente compensado con las mejores condiciones en que se produciría la enajenación. Manteniendo la cesión de remate, en cambio, persiste el peligro de que el juez no pueda controlar las condiciones en que el ejecutante revende los bienes, favoreciéndose el perjuicio del ejecutado e incluso de terceros, al actuar el actor como un *subastero aficionado*.

<sup>125</sup> Arts. 669 y 670 PLEC, respectivamente. Nos remitimos a cuanto hemos expuesto *supra*, acerca de otras posibles medidas tendientes a facilitar el acceso a la subasta de po-

tenciales adquirentes de inmuebles mediante préstamo, y que por tanto disponen de escasa liquidez en el momento de acudir a la licitación.

pena avanzar por este camino, que el PLEC sólo apunta, y que quizá sería conveniente desarrollar con un mayor detalle, evitando eventuales dudas que dificulten su implantación. Se trataría entonces de asegurar mediante mecanismos específicos el control jurisdiccional de la actuación del intermediario, reservando en todo caso al Juez executor la aprobación (previa verificación de su legalidad y justicia, respecto de las partes y de terceros) de la enajenación, que mantendría así su carácter de *adjudicación*, en el sentido etimológico que exige nuestra concepción constitucional de la actividad de apremio.

## 8. NOTA BIBLIOGRÁFICA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: "Acieros terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico", en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México D.F., 1974.

ARAGONESES MARTÍNEZ: *Las "astreintes" (su aplicación en el proceso español)*, Madrid, 1985.

BALLESTER GINER: "Cesión de Remate", en *Revista de Derecho Privado*, 1988.

BETTI: voz *Processo civile (Diritto Romano)*, en *Novissimo Digesto Italiano*.

BLÁZQUEZ: "El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1944.

BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1991.

CHURRUCÁ: "Pignus", en *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (coord. PARICIO), Madrid, 1994.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: "Sobre la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1998, que considera inconstitucional el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria", en *Tribunales de Justicia*, 1998/8-9.

FAIRÉN GUILLÉN: "Estudio histórico externo de la LEC de 1855", en *Temas del Ordenamiento Procesal*, Madrid, 1969.

FERNÁNDEZ BARRERO-PARICIO: *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ LÓPEZ: *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982.

FERNÁNDEZ LÓPEZ y DE LA OLIVA SANTOS: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1995, tomo III.

FRANCO ARIAS: *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987.

GARCÍA GALLO: *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1971.

GARCÍA GARRIDO: *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid, 1986.

GÓMEZ DE LA SERNA: *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857.

- "¿Sería conveniente restablecer el apremio personal por deudas civiles?", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1861.

GUASP: "En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1945.

- *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951.

HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philippica*, Madrid, 1797 (ed. facsímil publicada por Lex Nova, Valladolid, 1989).

IGLESIAS: *Derecho Romano*, Madrid, 1988.

KASER: *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1966.

- LAPUERTA JORGE: "El procedimiento de ejecución hipotecaria de la Ley de 2-XII-1872: su virtualidad y eficacia", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, *Los procesos hipotecarios*, Madrid, 1993.
- LASO GAYTE: *Crónica de la Codificación Española*, vol. 2, *Procedimiento Civil*, Madrid, 1972.
- MANRESA Y NAVARRO - REUS Y GARCÍA: *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, Madrid, 1858.
- MARISCAL MUÑOA: "La administración judicial y posesión interina en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria", en *Estudios sobre Derecho Procesal* (dirs. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ - MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ), Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ MORA: "El sistema de liquidación de cargas y la Ley Hipotecaria", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1929.
- MIGUEL Y ALONSO: *Soluciones españolas a la insolvencia del deudor en la ejecución singular*, Salamanca, 1967.
- MIGUEL Y ROMERO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, 1917.
- MONTANOS FERRÍN - SÁNCHEZ ARCILLA: *Introducción a la Historia del Derecho*, Madrid, 1988.
- MONTERO AROCA: *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982.
- "La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, La consolidación del proceso común", en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1996.
- MURGA GENER: *Derecho romano clásico*, vol. II, *el Proceso*, Zaragoza, 1983.
- "La *addictio* del Gobernador en los litigios provinciales", *Revue internationale des Droits de l'Antiquité*, 3me série, t. XXX, Bruxelles, 1983.
- DE LA OLIVA SANTOS (con FERNÁNDEZ LÓPEZ): *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1995.
- "El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 26 de diciembre de 1997, y la protección del crédito", en *Tribunales de Justicia*, 1998/8-9.
- D'ORS: *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1991.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Práctica General Forense*, Madrid, 1861.
- PARICIO: *Historia y fuentes del Derecho Romano*, Madrid, 1992.
- PRIETO CASTRO: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1985.
- REYES MONTERREAL: *El llamado juicio ejecutivo en la LEC española*, Barcelona, 1963.
- RIFÁ SOLER: *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983.
- ROBLEDO VILLAR: *La subasta judicial: el remate*, Barcelona, 1998.
- ROBLES GARZÓN - SENÉS MOTILLA: "Inconstitucionalidad del procedimiento judicial sumario establecido en favor del Banco Hipotecario de España", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 3706, 31 de enero de 1995.
- ROMANO: voz *Addictio*, en *Novissimo Digesto Italiano*.
- SANCHÍS FERNÁNDEZ-MENSAQUE: "El procedimiento sumario de ejecución de hipotecas concertadas con el Banco Hipotecario", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, *los procesos hipotecarios*, Madrid, 1993.
- SANTOS REQUENA: *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedi-*

*miento de apremio*, Granada, 1998.

SARMIENTO RAMOS: *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993.

TALAMANCA: *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990.

VICENTE Y CARAVANTES: *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1858.