



SOBRE LA FUERZA EJECUTIVA DE LA ESCRITURA PÚBLICA Y EL NUEVO SISTEMA DE EXPEDICIÓN DE COPIAS: CUESTIONES SURGIDAS EN LA JURISPRUDENCIA ACTUAL*

José María Martín Faba
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado colegiado en el ICA de Toledo

Fecha de publicación: 11 de octubre del 2016

1. Introducción

El artículo 685.2 de la LEC, asentado en la regulación de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, dispone que a la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que la Ley procesal exige para el despacho de ejecución. En conexión con aquel, el artículo 517.2.4º de la LEC establece que tendrán aparejada ejecución las escrituras públicas, con tal que sea primera copia, o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.

Es notorio que la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, introdujo cambios en la forma de presentación de las escrituras públicas en relación con su posible ejecución judicial, modificando el artículo 17.4 de la LON, cuya redacción vigente reza que "*(e)s primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. A los efectos del artículo 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Expedida dicha copia el Notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la solicitó*". En consonancia con la modificación operada en el artículo 17.4 de la LON por la Ley 36/2006, mediante Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, se modificó el artículo 233 del RON que quedó con el siguiente tenor: "*(a) los efectos del artículo 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo*

* Trabajo realizado en el marco de la beca de colaboración con referencia 2016-BCL-5999 para el Proyecto «Grupo de investigación del profesor Ángel Carrasco» cuyo director e investigador responsable es el Prof. Dr. Ángel Carrasco Perera, de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).



aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter. Expedida dicha copia el Notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la pidió. En todo caso, en la copia de toda escritura que contenga obligación exigible en juicio, deberá hacerse constar si se expide o no con eficacia ejecutiva y, en su caso y de tener este carácter, que con anterioridad no se le ha expedido copia con eficacia ejecutiva."

Se intuye que por un error de técnica legislativa la Ley 36/2006 no llegó a modificar expresamente el artículo 517.2.4º de la LEC para armonizarlo con la modificación del artículo 17.4 de la LON. No obstante, la jurisprudencia mayoritaria entiende que el citado precepto no tiene solo un alcance notarial, sino procesal, y que el artículo 517.2.4º de la LEC debe entenderse integrado en el texto reformado de los artículos 17.4 de la LON y 233 del RON [por todos, AAP de Córdoba (Sección 1ª) núm. 316/2015 de 23 junio (JUR\2015\193181)].

Con ocasión de la reforma el Ilustre Colegio Notarial de Madrid emitió Nota Informativa 3/2010, de 22 de febrero, donde se destacó que la modificación del artículo 17.4 de la LON (y su desarrollo reglamentario constituido por el también citado art. 233 del RON) desvinculó los conceptos de "primera copia" y "título ejecutivo", estando ahora el concepto de primera copia (aquella que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes) referido únicamente al carácter cronológico de la misma, viniendo determinado el carácter ejecutivo de las copias no por su condición de primera o segunda copia, sino por haber sido expedida con tal carácter de ejecutivo, de forma que la copia que lleva aparejada ejecución ("*a los efectos del art. 517.2.4 de la LEC*", dice el art. 17.4 de la LON) es la que el interesado solicita que se le expida con eficacia ejecutiva.

2. Problemas detectados en el procedimiento de ejecución hipotecaria a raíz del cambio normativo

2.1. Problemas de derecho transitorio

Como veremos a continuación, la transmutación del régimen legal de copias de las escrituras que llevan aparejada ejecución, unido a la ausencia de previsiones específicas de Derecho transitorio ha originado una controversia jurisprudencial que se mantiene vigente en la actualidad en torno a la determinación del régimen aplicable a las copias de las escrituras (que contengan obligación exigible en juicio ejecutivo) otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/2006, pero cuya ejecución es instada con posterioridad a ella. Ante todo decir que conforme a la legislación anterior lo habitual era que los acreedores



presentaran con la demanda de ejecución hipotecaria la “primera copia” de la escritura que se consideraba título ejecutivo hasta el momento que entró en vigor la reforma. Pues bien, en estos casos algunos tribunales no han admitido como título ejecutivo la “primera copia” (con la consecuencia de no despachar ejecución a favor de los acreedores) de una escritura expedida antes de la entrada en vigor de la Ley 36/2006 por no incorporar la mención expresa del carácter ejecutivo y por no decirse en ella que no había sido expedida antes otra con eficacia ejecutiva (es decir, lo que ahora exige los artículos 17.4 LON y 233 RON). Con todo:

- (i) La postura dominante ¹ entiende que la exigencia de que conste expresamente en la copia de la escritura que se expide con carácter ejecutivo y que no se ha expedido otra con tal carácter, solo es aplicable a aquellas primeras copias que se libren a partir del día 1 de diciembre de 2.006, fecha de entrada en vigor de la Ley, no siéndolo por el contrario a las primeras copias anteriores las cuales tienen fuerza ejecutiva sin necesidad de cumplir ese requisito. A juicio de estas Audiencias no cabe aplicar con carácter retroactivo la reforma debido al principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 2.3 del CC. Asimismo, dicen estas Audiencias que no puede aplicarse retroactivamente la reforma pues la finalidad de la anterior y de la nueva normativa no difiere, a saber, que no puedan proliferar copias de la escritura con fuerza ejecutiva que permitan una multiplicidad de ejecuciones de una misma deuda y contra un mismo deudor basadas en un mismo título. Para estos tribunales lo único que ha cambiado es la forma en que se provee a esta finalidad, por lo que no creen que la modificación legal y reglamentaria operada haya pretendido dejar sin posibilidad de ejecución a las primeras copias expedidas con anterioridad a la reforma, que ya tienen fuerza ejecutiva conforme a la normativa precedente. Además, consideran que se perjudicaría injustificadamente al ejecutante si se le exigiese obtener una nueva copia, que normalmente ya no sería la primera, pues tendría que ir al engorroso procedimiento previsto en el art. 517.2.4º de la LEC en el que necesita el consentimiento de los deudores. Asimismo, recogen como criterio que ni las disposiciones transitorias de la Ley 36/2006, ni las del RD 45/2007, hacen referencia a que sus modificaciones deban afectar a las copias expedidas con anterioridad a su entrada en vigor. También

¹ AP de Las Palmas (Sección 5ª) Auto núm. 117/2016 de 18 marzo (JUR\2016\135844) y Auto núm. 218/2016 de 20 abril (JUR\2016\158970); AP de Almería (Sección 1ª) Auto núm. 99/2015 de 10 marzo (JUR\2015\172006) y Auto núm. 160/2015 de 30 abril (JUR\2015\172010); AP de Sevilla (Sección 5ª) Auto núm. 124/2016 de 26 abril (JUR\2016\195968), (Sección 6ª) Auto núm. 54/2016 de 3 de marzo (JUR 2016/153511) y Auto núm. 67/2016 de 28 marzo (JUR\2016\153095); AP de Girona (Sección 2ª) Auto núm. 12/2015 de 13 enero (JUR\2015\120917) y Auto núm. 134/2015 de 25 marzo (JUR\2015\166019), entre otros.



manifiestan que como lo que se ejecuta es una hipoteca de constitución Registral, solicitada por el Letrado de la Administración de Justicia la certificación de cargas conforme al artículo 688 de la LEC se hace constar en el Registro que la hipoteca se está ejecutando, por lo que aclaran que es imposible que se ejecute dos veces una misma hipoteca. Además, estos tribunales citan la Nota Informativa nº 3/2010 del Colegio Notarial de Madrid, en la que se declaró que es el *“sistema anterior el que ha de ser mantenido y considerado vigente con respecto a las escrituras otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/2006”*. Por tanto, entienden las Audiencias favorables a esta postura que para los títulos con eficacia ejecutiva ya emitidos antes de su entrada en vigor, no es necesario hacer acudir a los acreedores a un mecanismo de obtención de segunda copia conforme a la LEC, pues ya están en posesión de la primera con eficacia ejecutiva.

- (ii) Al contrario, un grupo minoritario de Audiencias² entienden que la nueva exigencia relativa a que el título presentado para promover la ejecución hipotecaria sea copia en la que conste que se ha expedido con carácter ejecutivo y que no se ha expedido otra con eficacia ejecutiva, es también exigible a las copias libradas antes de la entrada en vigor de la reforma. A juicio de estos tribunales no cabe considerar que si se opta por esta postura se produzca una aplicación retroactiva de la reforma, pues el artículo 2 de la LEC consagra el principio de que las normas procesales son aplicables desde el momento en que entran en vigor. Citan en este sentido el contenido de la STS de 27 de noviembre de 1999, que dispuso que respecto de la temporalidad de las normas procesales es aplicable la DT 4ª del CC, conforme a la cual *“las acciones y derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente”*, (...) *pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer a lo dispuesto en este Código*”. Añaden que las SSTS de 8 de noviembre de 1995 y 31 de julio de 1997 establecieron la distinción entre el derecho en sí, y el ejercicio de este derecho, quedando fijado el primero en su existencia y términos con arreglo a la legislación que le vio nacer, mientras que, por el contrario, su ejercicio se atemperará al momento en que haya de tener lugar, y al derecho adjetivo que entonces rija. Se trata, dicen estas Audiencias, de una mutabilidad en el ejercicio de los derechos frente a la invariabilidad del

² AP de Castellón (Sección 3ª) Auto núm. 88/2016 de 10 marzo (JUR\2016\154425), Auto núm. 91/2015 de 5 mayo (AC\2015\1196), Auto núm. 136/2015 de 18 junio (AC\2015\1421), Auto núm. 178/2016 de 31 marzo (JUR\2016\153896), Auto núm. 250/2015 de 12 noviembre (JUR\2016\128952) y AP de Córdoba (Sección 1ª) Auto núm. 316/2015 de 23 junio (JUR\2015\193181), entre otros.



derecho subjetivo, que puede entenderse como una excepción al principio general de la irretroactividad de la norma. A mayor abundamiento consideran los tribunales partidarios de esta postura que es aplicable la DT5^a de la LEC, la cual establece que "(c)ualquiera que sea el título en que se funden, los juicios ejecutivos pendientes a la entrada en vigor de la presente Ley se seguirán tramitando conforme a la anterior, pero, si las actuaciones no hubieren llegado al procedimiento de apremio, se aplicará en su momento esta Ley en lo relativo a dicho procedimiento". Además, normalmente, estas Audiencias consideran que la omisión de los nuevos requisitos exigidos en la legislación notarial es subsanable fácilmente, mediante la diligencia notarial de subsanación de conformidad con el artículo 153 del RON. En definitiva, para estos órganos judiciales la normativa procesal vigente tras la reforma operada por la Ley 36/2006 resulta de aplicación a los procedimientos de ejecución iniciados tras la entrada en vigor de dicha reforma, con independencia que el título ejecutivo sea de fecha anterior.

2.2. Hay un grupo de Audiencias que entienden que la copia de la escritura no debe cumplir con los requisitos de los artículos 17.4 LON y 233 RON vigentes, aun habiendo sido aquella librada con posterioridad a la reforma, por aplicación del artículo 685.4 LEC

En estos litigios los acreedores presentan como título ejecutivo una primera copia de la escritura expedida o bien antes –que es lo habitual–, o bien después de la entrada en vigor de la reforma, pero que no contempla los requisitos fijados en los artículos 17.4 LON y 233 RON (normalmente en estos supuestos la copia de la escritura refiere que se trata de primera copia, pero sin mencionar el expresado carácter ejecutivo, o mencionando este pero sin indicar que no se ha expedido otra copia con eficacia ejecutiva).

En estos casos un gran número de Audiencias³ permite que la falta de ejecutividad de la copia de la escritura quede suplida con la certificación del Registro de la

³ AP de Barcelona (Sección 1^a) Auto núm. 178/2016 de 9 mayo (JUR\2016\173861), Auto núm. 98/2016 de 18 marzo (JUR\2016\122049); (Sección 16^a) Auto núm. 241/2016 de 9 junio (JUR\2016\197371), Auto núm. 149/2016 de 20 abril (JUR\2016\132772), Auto núm. 150/2016 de 21 abril JUR\2016\132333) y Auto núm. 32/2016 de 3 febrero (JUR\2016\70912); (Sección 13^a) Auto núm. 60/2016 de 25 febrero (JUR\2016\101844); AP de Sevilla (Sección 6^a) Auto núm. 47/2016 de 25 febrero (JUR\2016\114459), Auto núm. 67/2016 de 28 marzo (JUR\2016\153095) y Auto núm. 54/2016 de 3 marzo (JUR\2016\153511) ; AP de Girona (Sección 2^a) Auto numo. 137/2016 de 23 mayo (JUR\2016\181844) y Auto núm. 51/2016 de 22 febrero (JUR\2016\200542); AP de Tarragona (Sección 3^a) Auto núm. 51/2016 de 8 marzo (JUR\2016\134966); AP de Granada (Sección 3^a) Auto núm. 217/2015 de 18 diciembre (JUR\2016\113615).



Propiedad al amparo de lo previsto en el artículo 685.4 LEC, conforme al cual "*(p)ara la ejecución de las hipotecas sobre bienes inmuebles constituidas a favor de una entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Dicha certificación se complementará con cualquier copia autorizada de la hipoteca, que podrá ser parcial comprendiendo tan solo la finca o fincas objeto de la ejecución*".

Estos tribunales entienden que la interpretación que resulta del artículo 685.4 de la LEC, referente a la ejecución de las hipotecas sobre bienes inmuebles constituidas a favor de una de las entidades que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias, ha de ser favorable a considerar que no es necesario que el título presentado por estas entidades reúna las cautelas de los artículos 17.4 LON y 233 del RON.

En suma, a juicio de estas Audiencias si el acreedor es una entidad a las que se refiere el artículo 2 LRMH, y acompaña a cualquier copia de la escritura certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca, entienden que debe despacharse ejecución a su favor a pesar de no revestir la copia de la escritura los nuevos requisitos para llevar aparejada ejecución que establece la legislación notarial.

Por tanto, estas Audiencias no despachan ejecución a instancia del acreedor si – por no revestir la copia de la escritura los actuales requisitos que establece la legislación notarial– este no acompaña a la demanda certificación registral acreditativa de la subsistencia de la hipoteca en el momento de presentación de la demanda [*cf.* AP de Barcelona (Sección 17ª) Auto núm. 112/2016 de 7 abril (JUR\2016\178610), Auto núm. 107/2016 de 6 abril (JUR 2016\178760), Auto núm. 4/2016 de 13 enero (JUR\2016\102242) y AP de Madrid (Sección 9ª) Auto núm. 249/2016 de 10 junio (JUR\2016\183742)].

Incluso, el título presentado a ejecución puede incumplir parcialmente lo establecido en los artículos 17.4 LON y 233 RH, como en los casos proyectados en los AAAP de Barcelona (Sección 1ª) núm. 170/2016 de 2 de mayo (JUR 2016/173934), núm. 88/2016 de 14 marzo (JUR 2016\122496), (Sección 11ª) núm. 13/2016 de 12 enero (JUR\2016\46689) y AP de Valencia (Sección 9ª) Auto núm. 380/2016 de 14 marzo (JUR 2016\143775). En los supuestos a los que se refieren estas resoluciones el notario expidió la copia haciendo mención a su carácter ejecutivo, pero no indicó que con anterioridad no se había expedido otra



copia con eficacia ejecutiva. Con todo, estas Audiencias afirman que no es correcta la decisión del Juzgado de inadmitir la demanda de ejecución ya que el notario no se limita a señalar que se trata de primera copia, sino que añade que tal copia tiene eficacia ejecutiva, de modo que ensambladas ambas manifestaciones resulta debidamente cumplida la exigencia legal, pues al reseñar que se trata de una primera copia está indicando que no hubo una anterior, y al indicar que tiene eficacia ejecutiva impide que pueda emitirse otra posterior con igual carácter ejecutivo.

2.3. Por el contrario, otras Audiencias entienden que si el título no cumple con los requisitos de los artículos 17.4 LON y 233 RON vigentes, no puede aplicarse el artículo 685.4 LEC y por tanto no debe despacharse ejecución a instancia del acreedor

En estos pleitos los ejecutantes aportan junto con su demanda copia de la escritura sin que conste haberse expedido en la forma ordenada por la actual legislación notarial. A juicio de estas Audiencias⁴ *“la insuficiencia constatada de los títulos presentados a despacho no puede suplirse mediante la certificación registral aportada (...) con la demanda ejecutiva (...), pues aunque desde un punto de vista subjetivo la ejecutante reúna la condición prevista en el art. 685.4 LEC conforme al art. 2.c) de la LRMH, la aplicación de este precepto -que recordemos supone una excepción al régimen impuesto a todo acreedor hipotecario- únicamente tiene justificación desde un punto de vista objetivo -por la dificultad de aportar el título constitutivo del derecho real que se ejecuta revestido de las formalidades exigidas- cuando la ejecución se funde en cédulas hipotecarias, lo que no es el caso que nos ocupa”*. Para estas Audiencias la interpretación que hacen algunos tribunales del artículo 685.4 LEC parece sacada de su propio contexto, *“por cuanto se hace abstracción de que se enmarca en el contexto de entidades de ahorro emisoras de cédulas hipotecarias y por tanto, el supuesto natural del precepto no parece ser otro que el de una ejecución hipotecaria basada en dichas cédulas.”*

⁴ AP de Valencia (Sección 6ª) Auto núm. 6/2016 de 13 enero (JUR\2016\145891), Auto núm. 305/2015 de 13 diciembre (JUR\2016\166741) y Auto núm. 264/2015 de 9 noviembre (JUR 2016\134593); (Sección 9ª) Auto núm. 601/2015 de 29 septiembre (JUR 2015\272694), Auto núm. 612/2015 de 5 octubre (JUR 2016\12605) y Auto núm. 394/2015 de 9 junio (JUR 2015\227351), entre otros (postura refrendada en jornada de unificación de criterios de la AP de Valencia); AP de Barcelona (Sección 11ª) Auto núm. 100/2016 de 25 febrero (JUR 2016\72324) y núm. 240/2013 de 14 noviembre (JUR\2014\293057); AP de Castellón (Sección 3ª) Auto núm. 88/2016 de 10 marzo (JUR\2016\154425) y Auto núm. 91/2015 de 5 mayo (AC 2015\1196), entre otros; y a *sensu contrario* AP de Madrid (Sección 12ª) Auto núm. 32/2015 de 30 enero (JUR 2015\98249).



2.4. Para algunas Audiencias si la escritura acompañada con la demanda es primera copia debe despacharse ejecución a instancia del acreedor en base al todavía vigente artículo 517.1.4º LEC

Es el caso planteado en el AAP de Madrid (Sección 25ª) núm. 113/2016 de 28 abril (JUR\2016\151065) y en los AAAP de Málaga (Sección 5ª) núm. 256/2015 de 2 octubre (JUR 2016\13515) y núm. 259/2015 de 8 octubre (JUR 2016\13416). En estos litigios el ejecutante presentó primera copia de escritura pública notarial, por lo que según estos órganos judiciales el acreedor dispone de acción ejecutiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 517.2 4º LEC, sin que deba exigirse ningún otro requisito adicional. Para estos tribunales las exigencias comprendidas en los artículos 17.4 LON y 233 RON se refieren a la segunda copia, no a la primera, entregada por traslado de la escritura matriz como consecuencia de un derecho nacido con el acto de otorgamiento que no precisa solicitud alguna para producir efectos ejecutivos.

3. Comentario

Los tribunales no deben rechazar como título ejecutivo la “primera copia” de una escritura expedida antes de la entrada en vigor de la Ley 36/2006 por no incorporar la mención expresa del carácter ejecutivo y por no decirse en ella que no había sido expedida antes otra con tal carácter, con la consecuencia de no despachar ejecución al acreedor. En primer lugar, es evidente que esas menciones no pudieron haber sido incorporadas a copias expedidas antes de la entrada en vigor de la reforma. Pero es que, además, tales menciones no eran necesarias conforme al sistema anterior porque en él el carácter de “primera copia” suponía que no podía existir otra copia ejecutiva en poder del acreedor. Y además no se podían expedir “segundas o posteriores copias” que tuvieran tal carácter ejecutivo, salvo consentimiento expreso de los interesados. Y si se expedían sin el citado consentimiento era necesario que el notario hiciera constar que la copia carecía de efectos ejecutivos, pues así lo decía expresamente el antiguo artículo 233 del RON.

Además, carecería de sentido obligar a los acreedores a solicitar una nueva copia con las menciones de la actual legislación notarial si existe una “primera copia” librada con anterioridad a la reforma, porque esta “segunda copia” no podrá tener carácter ejecutivo, pues el notario ya expidió una con eficacia ejecutiva. Por tanto, cuando el notario expida esta copia, que no es primera, tendrá que indicar que no tiene carácter ejecutivo y hacer constar en ella cuándo, cómo y a instancia de quién se expidió la anterior, y que fue esa anterior la única que tenía carácter ejecutivo. Por esta razón, si los jueces no admiten como título ejecutivo la primera copia expedida conforme a la



legislación anterior, los acreedores tendrán imposible acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria ya que la segunda copia que presenten tampoco tendrá carácter ejecutivo.

Con todo, como son habituales las cláusulas dispuestas en las escrituras públicas que posibilitan la obtención por parte del acreedor de segundas copias con carácter ejecutivo sin consentimiento del deudor, los notarios siempre podrán expedir copias con tal carácter haciendo constar que la expedición se hace amparándose en la cláusula de la escritura que lo permite. Sin embargo, como estas cláusulas no son válidas para ciertos tribunales, podrán estos declararlas nulas teniendo como efecto que el acreedor siga sin poder instar el procedimiento de ejecución hipotecaria.