



TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO

**ANÁLISIS DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL TRAS LA LEY 1/2013, DE
PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO, REESTRUCTURACIÓN DE
DEUDA Y ALQUILER SOCIAL**

Vanesa León Arguedas

DIRECTOR

María Luisa Arcos Vieira

Pamplona

4 de junio de 2014

RESUMEN

Según la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de protección del deudor hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler social, una de las principales finalidades que se persiguen con su promulgación es la disminución de las consecuencias de la crisis del mercado inmobiliario para los deudores hipotecarios. Entre sus medidas destaca la nueva regulación de la venta extrajudicial del bien hipotecado en el artículo 129.2 LH. Se trata de una medida que ha sido bien acogida por algunos sectores doctrinales, pero las dudas que existían en torno a la regulación anterior de la ejecución hipotecaria extrajudicial y la falta de aplicación práctica actual parecen amenazar la nueva regulación.

PALABRAS CLAVE:

Venta extrajudicial. Ejecución hipotecaria. Notario. Procedimiento. Constitucionalidad.

ÍNDICE

RELACIÓN DE ABREVIATURAS	7
I. INTRODUCCIÓN	9
II. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EXTRAJUDICIAL O VENTA EXTRAJUDICIAL	10
1. Antecedentes y regulación actual	11
2. Constitucionalidad del procedimiento	14
3. El artículo 129 de la Ley Hipotecaria	21
3.1. <i>Las posibilidades del acreedor hipotecario</i>	21
3.2. <i>Requisitos y formalidades de la venta extrajudicial</i>	24
4. Características de la venta extrajudicial	27
4.1. <i>Diferencias con la ejecución hipotecaria judicial</i>	27
4.2. <i>El Proyecto de reforma del Reglamento Hipotecario</i>	30
III. RECAPITULACIÓN	33
IV. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA	35
V. BIBLIOGRAFÍA	37
VI. ANEXO	39

RELACIÓN DE ABREVIATURAS

art. /arts.	Artículo/artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DF	Disposición Final
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EM	Exposición de Motivos
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LH	Ley Hipotecaria
núm.	Número
pág. /págs.	Página/páginas
RD	Real Decreto
RJ	Repertorio Jurisprudencial
RDGRN/RRDGRN	Resolución/Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDL	Real Decreto Ley
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS/SSTS	Sentencia/sentencias del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 3 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de protección del deudor hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler social, ha modificado el artículo 129 de la Ley Hipotecaria regulando la venta extrajudicial del bien hipotecado. El presente trabajo pretende analizar tanto los problemas como las ventajas de esta nueva regulación de la venta extrajudicial en un contexto social que anima a pensar en soluciones alternativas a las ejecuciones hipotecarias judiciales.

Antes de entrar en el estudio de la venta extrajudicial conviene tener en cuenta el marco legislativo en que esta ley se ha promulgado. La crisis económica en general, y la crisis del mercado hipotecario en particular desencadenada en España en los últimos años han supuesto un cambio de perspectiva de la legislación sobre créditos y préstamos hipotecarios en España, especialmente en relación con los instrumentos de protección del deudor hipotecario.

Como refleja ALCALÁ DÍAZ, muestra de este cambio sustancial de perspectiva son las dos etapas diferenciadas que pueden observarse en la política legislativa de nuestro país: por una parte, el conjunto de normas dictadas hasta 2011, en las que el objetivo del legislador es la dinamización y flexibilización del mercado hipotecario; y por otra, la segunda etapa marcada por la crisis económica, etapa que se inicia a partir de 2011, en la que las reformas legales refuerzan la transparencia e información, incrementan las vías que eviten la ejecución hipotecaria, la protección del deudor cuando esta ya se ha iniciado y, su suspensión en los casos de deudores sin recursos.

Sin embargo, las medidas legales promulgadas en 2012 (RDL 6/2012 y RDL 27/2012) dirigidas a la protección de los deudores hipotecarios sin recursos y con objetivo de suspender o evitar los desahucios han resultado claramente ineficaces. A esto cabe añadir la STJUE de 14/03/2013, que declaró la incompatibilidad de la legislación hipotecaria española en materia de ejecución con la normativa comunitaria (Directiva 93/13/CE) sobre protección de los consumidores. Así las cosas, se promulga la Ley

1/2013 modificando tanto las anteriores medidas de protección del deudor hipotecario, como la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aras de cumplir con la normativa comunitaria.

Todo ello muestra que el proceso legislativo ha sido desordenado y descoordinado, como evidencian la convivencia y la superposición de normas legales. Se han producido numerosas intervenciones normativas en pocos meses, con carácter de urgencia y contenido parcial, que han sido sucesivamente modificadas. Sin terminar esto aquí, pues la Ley 1/2013 ya ha sido objeto de modificación por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas¹.

Existen países como Estados Unidos que admiten formas de realización de valor del bien al margen de la vía judicial. En los *judicial states* solo se admite la venta judicial, sin embargo en los *power of sale states* se permite que el acreedor proceda a la enajenación siendo revisada la venta por el juez para asegurar su legalidad. Estudios demuestran que esta alternativa resulta mucho más eficiente y rápida que la venta judicial: en los *judicial states*, transcurrido un año desde el incumplimiento del deudor, sólo se han subastado el 14% de los inmuebles, mientras que en los *power of sale states* la cifra asciende al 35%².

II. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EXTRAJUDICIAL O VENTA EXTRAJUDICIAL

La venta extrajudicial del bien hipotecado se encuentra regulada en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, pero este instrumento también está reconocido en el Código Civil, pues el artículo 1858 CC, en sede de los derechos reales de garantía, advierte de que “es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor”. Sin embargo, la venta extrajudicial no ha tenido casi aplicación práctica en nuestro panorama jurídico. Es ahora, con la grave crisis económica que ha afectado al mercado inmobiliario,

¹ ALCALÁ DÍAZ, M. “La protección del deudor hipotecario. La insuficiencia de la reforma para la defensa del deudor-consumidor”, en *La Notaría* núm. 2/2013, págs. 6 – 15.

² MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales”, en *Indret* núm. 2/2014, pág. 18.

cuando comienza a ser considerada como una alternativa de ejecución más rápida y barata que la judicial³.

Dicho procedimiento puede constituir una verdadera vía de escape para disminuir la presión, tanto política como social, que el drama de las ejecuciones hipotecarias ha generado. A pesar de que se trata de un instrumento que puede suponer la satisfacción de los intereses tanto del acreedor hipotecario como del deudor, aumentando las posibilidades de realización del bien, la venta extrajudicial no ha recibido el tratamiento jurídico que necesita para su desarrollo.

1. Antecedentes y regulación actual

Los antecedentes de la venta extrajudicial, siguiendo las RRDGRN de 1 de julio de 1920 y 14 de junio 1933, se encuentran en el procedimiento de venta de la cosa dada en prenda recogido en las Partidas (Leyes 41 y siguientes del Título 13 de la Partida V)⁴. Posteriormente, el art. 1872 CC y el art. 201 RH de 1915, dieron lugar a la práctica notarial de pactar también la venta del inmueble hipotecado en un procedimiento similar al de la prenda, calificándolo como un “procedimiento ejecutivo extrajudicial”. Esta práctica fue reconocida en concreto por la RDGRN de 2 de junio de 1914 que la conceptúa como “un pacto bilateral y de garantía que los contratantes han podido válidamente establecer con arreglo a lo preceptuado en el artículo 1255 CC”. El principio de la autonomía de la voluntad se sitúa en la base de la venta extrajudicial, siendo este principio uno de los pilares del Derecho Privado y de los pactos entre particulares; sin perjuicio de otros principios que son necesarios por participar en el ámbito de la protección de los consumidores.

Más tarde, la Ley Hipotecaria de 1944 y su Texto Refundido, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, autorizaron expresamente en el artículo 129 LH, párrafo segundo, el procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer valer la acción hipotecaria con arreglo a los trámites fijados en el RH. Una de las características con que contaba este procedimiento ejecutivo extrajudicial era que el inicio del proceso declarativo por el que el deudor realizaba oposición a la venta extrajudicial, quedaría en suspenso si esta

³ NAVAS OLÓRIZ, J. “Venta extrajudicial de bienes hipotecados” en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1 (enero – marzo, 2014), pág. 121.

⁴ Calvache Martínez, J. “Artículo 129 LH” en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson Reuters Lex Nova, Madrid, 2013, págs. 766-767.

oposición se anotaba de manera preventiva en el Registro de la Propiedad antes de la celebración de la subasta extrajudicial⁵.

Los trámites a que debe ajustarse la venta extrajudicial se encontraban, y se encuentran, recogidos en los artículos 234 a 236 RH que fueron modificados por el RD 290/1992, de 27 marzo, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas, para, según su EM: “desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial” mediante un procedimiento que “constituye el ejercicio de un derecho privado – el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada – que puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado” pero siempre mediante el mecanismo de la subasta pública bajo la dirección y supervisión de una autoridad pública, el notario”⁶.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se produjeron pronunciamientos jurisprudenciales que dejaron constancia de la inconstitucionalidad del procedimiento en los procesos iniciados antes de la actual LEC⁷. Sin embargo, tras esta modificación, la ley rituaría introdujo en su Disposición Final novena, la reforma del artículo 129 LH y así confirmó la posibilidad de pactar en la escritura de constitución de la hipoteca la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme a lo previsto en el artículo 1858 CC, para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Tal venta se habría de realizar por medio de notario, con las formalidades establecidas en el RH.

Si bien parecía que la venta extrajudicial había quedado en el olvido para el legislador, tras la crisis económica y con la nueva etapa de modificaciones legislativas iniciada a partir de 2011 se le ha dado un nuevo impulso a este instrumento.

El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, modificó en su artículo 12 la realización del bien inmueble en la venta extrajudicial cuando el procedimiento se sigue contra la vivienda habitual del deudor. Entre sus aspectos más relevantes cabe destacar que antes de su aprobación se seguía el sistema de tres subastas, celebrándose la última sin sujeción a

⁵ PÉREZ DAUDÍ, V. “La defensa del deudor hipotecario en la venta extrajudicial”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* núm. 130/2013, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 2013.

⁶ Calvache Martínez, J. ob. cit. págs. 766-767.

⁷ Ver infra II. 2. Constitucionalidad del procedimiento.

tipo, y tras la misma se establece el sistema de única subasta con un porcentaje mínimo de adjudicación del 70% del valor de tasación cuando se trata de la vivienda habitual⁸.

En la Disposición Final tercera de este RDL 6/2012 se menciona, por primera vez, la posibilidad de incluir la subasta electrónica con el fin de simplificar el procedimiento de la venta extrajudicial. Esta posibilidad de introducir medios telemáticos que puedan facilitar la publicidad y la realización de todas las subastas previstas ya venía pidiéndose tanto por parte de los notarios como de los jueces.

En este sentido, cabe destacar, primero, las Jornadas del ciclo “Crisis económica y Derechos Humanos”, organizadas por la Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, sobre “Alternativas al desahucio de deudores hipotecarios”⁹. Y segundo, el Informe del Defensor del Pueblo sobre “Crisis Económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo”¹⁰.

Tras estas propuestas el CGPJ¹¹ se hizo eco de las mismas designando un grupo de trabajo con el fin de elaborar medidas en materia de sobreendeudamiento familiar y medidas de protección del deudor frente a las consecuencias de la ejecución hipotecaria. Muchas de estas medidas coinciden con las propuestas en los dos textos anteriores, así, la letra l) de este anexo al informe contiene “la potenciación y centralización de las subastas electrónicas por internet para ampliar el número de interesados y mejorar el tipo de adjudicación de la subasta, poniendo al servicio de los Juzgados los medios telemáticos necesarios”. En la misma línea, PÉREZ HEREZA¹², hace referencia a que el régimen de publicidad contenido en la venta extrajudicial es preferible al del procedimiento judicial, pero aun así, teniendo en cuenta el desarrollo tecnológico actual, resulta inadecuado e insuficiente. Señala este autor la necesidad de reformar en ambos procedimientos la publicidad de la subasta creando un portal común a todas las ejecuciones en el que se de

⁸ Aún cabe mencionar otro antecedente contenido en el Real Decreto-Ley 8/2011 en el que se modifica el artículo 671 LEC elevando el porcentaje de adjudicación al 60%.

⁹ www.abogacia.es Último acceso: 4/06/2014.

¹⁰ www.defensordelpueblo.es Último acceso: 4/06/2014.

¹¹ Informe CGPJ 27/10/2012: “*Propuestas para la agilización y reforma de los procesos civiles*”. Anexo: “Propuestas en materia de sobreendeudamiento familiar y medidas de protección del deudor frente a las consecuencias de la ejecución hipotecaria (deuda, aval y pérdida de la vivienda)”. Accesible en: www.poderjudicial.es Último acceso: 4/06/2014.

¹² PÉREZ HEREZA, J. “Estudio doctrinal: procedimiento de ejecución notarial: nuevas perspectivas” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2154, mayo 2013, pág. 12.

publicidad telemática de todas las subastas previstas con información completa de la vivienda, de las cargas y del estado del procedimiento.

Todos estos textos fueron redactados tras la promulgación de los RDL 6/2012 y 27/2012, haciéndose patente la necesidad de actualizar la venta extrajudicial, necesidad que fue acogida por el legislador pero que, como se verá a continuación, sigue teniendo problemas en su aplicación práctica.

Finalmente, la reforma del artículo 129 LH efectuada por el artículo 3 de la Ley 1/2013 de protección del deudor hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler social, recoge la tan mencionada subasta única electrónica y eleva el porcentaje mínimo de adjudicación al 75% del valor de tasación del inmueble. De esta manera, se cumplieron las expectativas y peticiones de los notarios y del CGPJ, ya que según PRATS ALBENTOSA¹³, “un cambio en la legislación para actualizar el procedimiento de venta extrajudicial, incorporando las nuevas tecnologías, haría este procedimiento mucho más ágil en los trámites y en tiempos. Si bien, mientras no esté operativo este portal electrónico, la única subasta deberá hacerse de forma presencial, ajustándose a los tipos y condiciones fijados en la LEC, lo que ya venía ordenado por el artículo 12 del RDL 6/2012”.

La actual redacción del art. 129.2 LH hace pensar que las reformas legislativas en este sentido no han terminado, y sin duda, los perjudicados son los deudores hipotecarios afectados por reformas parciales que no dan solución a los conflictos actuales.

2. Constitucionalidad del procedimiento

Es preciso recordar que el todavía denominado en el RH “procedimiento ejecutivo extrajudicial”, contenido en el párrafo segundo del art. 129 LH de 1946, fue declarado afectado de inconstitucionalidad sobrevenida por la STS Sala de lo Civil¹⁴ núm. 402/1998 de 4/05/1998¹⁵. La constitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial ante notario de la finca hipotecada fue discutida, por contravenir la tutela judicial efectiva y el

¹³ “Jornadas sobre la venta extrajudicial ante notario del bien hipotecado como alternativa a la ejecución hipotecaria”, de 9 y 10 de mayo de 2011, Colegio Notarial de Canarias. Accesible en: www.notariado.org Último acceso: 4/06/2014.

¹⁴ En adelante, salvo que se indique lo contrario, las citas de las Sentencias del Tribunal Supremo deben entenderse hechas a la Sala de lo Civil.

¹⁵ (RJ\1998\3464).

monopolio de la función jurisdiccional que corresponde a jueces y tribunales (artículos 14 y 117 de la Constitución Española). Diversas sentencias del Tribunal Supremo (núm. 324/1999 de 20/04/1999¹⁶, núm. 1075/2007 de 10/10/2007¹⁷ y núm. 703/2008 de 14/07/2008¹⁸) así lo afirman; la totalidad de estas sentencias declaran la nulidad de la venta extrajudicial realizada antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, que como se ha indicado con anterioridad, en su DF novena dio nueva redacción al art. 129 LH regulando la venta extrajudicial¹⁹.

Pero estas sentencias yerran en opinión de GÓMEZ GÁLLIGO²⁰ pues “la venta extrajudicial ante notario no es un proceso, sino mero desarrollo de un pacto en escritura pública de venta anticipada de la finca para el caso de impago de la obligación garantizada. Así lo confirmó la reforma del artículo 129 de la ley Hipotecaria por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000. Y lo ha venido a reafirmar, con mayor intensidad, el legislador en la nueva redacción del citado artículo 129 en la reciente Ley 1/2013, de 14 de mayo, dictada para acoger en el ordenamiento jurídico español los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Marzo de 2013, sobre adecuación de nuestro marco hipotecario a la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas, al distinguir claramente el ejercicio de la acción hipotecaria por vía del procedimiento judicial de ejecución directa sobre bienes hipotecados y la venta extrajudicial ante notario”.

En el texto actual del artículo 129 LH, tras la modificación operada por la Disposición Final novena LEC 1/2000, ha desaparecido toda referencia al procedimiento ejecutivo extrajudicial sobre el que recaían las dudas de inconstitucionalidad y, en su lugar, habla de “venta extrajudicial del bien hipotecado” que “se podrá pactar conforme al artículo 1858 del Código Civil”.

A pesar de todas las modificaciones comentadas, parece que este instrumento jurídico no está todavía libre de las dudas que ha generado durante largo tiempo sobre su constitucionalidad.

¹⁶ (RJ\1999\2589).

¹⁷ (RJ\2007\6486).

¹⁸ (RJ\2008\3364).

¹⁹ PÉREZ DAUDÍ V., ob. cit.

²⁰ GÓMEZ GÁLLIGO, J. “La venta extrajudicial ante notario de la finca hipotecada: constitucionalidad y diferencias con la ejecución directa judicial” en *El Notario del siglo XXI*. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid núm. 51, octubre 2013. Accesible en: www.elnotario.es Último acceso: 4/06/2014.

El día 16 de agosto de 2013 hizo entrada en el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Socialista Obrero Español contra la Ley 1/2013, que en realidad fue elaborado por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca que tuvo que dirigirse a todos los partidos políticos con representación parlamentaria con el fin de solicitarles que se adhirieran a la propuesta de recurso de inconstitucionalidad ante la imposibilidad de presentarlo sin el aval de los sujetos legitimados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162.1 a) de la CE²¹.

El apartado décimo del recurso se titula “Inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 1/2013, en su apartado tres, por el que se modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria. Vulneración de los artículos 14, 24, 51.1 y 117.3 de la Constitución. Inconstitucionalidad de las referencias en otras disposiciones de la Ley sobre la ejecución o venta extrajudicial”. Los principales argumentos que se motivan en favor de la inconstitucionalidad de la venta extrajudicial son los siguientes:

- La venta extrajudicial tiene orígenes preconstitucionales, aunque con la reforma de la LEC 1/2000 se modificó la denominación del proceso (de “procedimiento ejecutivo extrajudicial” a “venta extrajudicial”) no se alteró sustancialmente el proceso (los trámites fijados en el RH siguen siendo los mismos que en 1992).
- El Tribunal Supremo ha declarado en repetidas ocasiones que la presencia de este sistema “no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato y en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho Público” (SSTS núm. 703/2008 de 14/07/2008²², núm. 402/1998 de 4/05/1998²³). A pesar de la denominación implica una verdadera ejecución del bien hipotecado cuya tramitación discurre al margen de los tribunales de justicia.
- El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso, presuponen la existencia de este. Por lo tanto, la ejecución de bienes hipotecados en ausencia de un proceso judicial defrauda el contenido del artículo 117.3 CE y al mismo

²¹ Recurso de inconstitucionalidad núm. 4985-2013 contra la Ley 1/2013, de protección del deudor hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler social. Págs. 63 a 70. Accesible en: www.boe.es Último acceso: 4/06/2014.

²² (RJ 2008/3364).

²³ (RJ 1998/3464).

tiempo incurre en una vulneración en sus propios términos de la tutela judicial efectiva.

- Mediante el reconocimiento al notario de las competencias del artículo 129 LH, se le otorgan funciones jurisdiccionales pertenecientes de forma exclusiva al Poder Judicial.
- Los deudores sobre los que se tramita una venta extrajudicial gozan de menores garantías procesales que aquellos sometidos a un procedimiento judicial, produciéndose una desigualdad ante la aplicación de la ley no justificada, con infracción del artículo 14 CE.
- Los tiempos, requisitos y formas de suspensión del procedimiento de la venta extrajudicial no se han regulado en la Ley 1/2013, remitiéndose a una eventual regulación por vía reglamentaria, lo que no es admisible para cuestiones atinentes a derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva.
- La cláusula de la escritura de préstamo hipotecario donde se recoge la posibilidad del acreedor de acudir a la ejecución extrajudicial responde a una práctica estandarizada en el caso de préstamos hipotecarios para vivienda concedidos por entidades financieras. Las entidades prestamistas incorporan estas condiciones en los contratos de préstamos hipotecarios sin negociación real con los consumidores. Se trata de una condición no negociada individualmente, suscrita unilateralmente por la entidad bancaria, que produce un desequilibrio no justificado en perjuicio del consumidor, debiendo ser suprimida del contrato a todos los efectos de ser nula de pleno derecho.

En la actualidad, hay opiniones muy variadas acerca de la constitucionalidad del procedimiento. Primero, trataré de exponer las opiniones de quienes creen que estamos ante un procedimiento inconstitucional y que sirven de base para la comprensión del recurso de inconstitucionalidad; para después, contrastar estas opiniones con las de quienes argumentan en sentido contrario.

Entre los autores que abogan por la inconstitucionalidad de la venta extrajudicial, PÉREZ DAUDÍ²⁴, entiende que su regulación, que debe entenderse derogada por la

²⁴ PÉREZ DAUDÍ, V. ob. cit.

Disposición Final primera de la CE, es inconstitucional por infringir el derecho a la tutela judicial efectiva.

Asimismo, el procedimiento de la venta extrajudicial es considerado un verdadero proceso de ejecución, y todas las actuaciones tendentes al mismo forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta naturaleza es reconocida por la calificación legal que el propio RH hace, pues en los arts. 234 y ss. lo denomina “procedimiento ejecutivo extrajudicial”, y el RD 290/1992 en su EM lo confirmó como ejecución hipotecaria²⁵. Estos argumentos encuentran apoyo en la jurisprudencia civil, pues ha declarado en la STS núm. 373/2009 de 25/05/2009²⁶ que nos hallamos ante un procedimiento de ejecución, sentencia en la que tras acoger el motivo del recurso y tachar de inconstitucional el procedimiento, la Sala considera que el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial resulta contrario a las exigencias y garantías previstas en los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 CE. Recuerdan la posición que ha mantenido el TS desde la STS núm. 402/1998 de 4/05/1998²⁷ de aseverar la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición contenida en el artículo 129.2 LH, al confirmar como fundamento del pronunciamiento que esta “norma autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial en un pronunciamiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional”.

En el lado contrario, podemos encontrar una referencia a la constitucionalidad de la venta extrajudicial en la STC núm. 41/1981 de 18/12/1981²⁸ que se dictó en un procedimiento de ejecución sumario, pero cuyos argumentos resultan aplicables al entonces denominado “procedimiento ejecutivo extrajudicial”. En esta sentencia se afirma que la ausencia de fase de cognición en el procedimiento extrajudicial, esencial en la ejecución hipotecaria, “conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud”. Por tanto, continúa la sentencia, “la ausencia de contradicción procesal no significa que se produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte anticonstitucional por ser contrario

²⁵ “Es preciso, por ello, desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial”.

²⁶ (RJ\2009\3041).

²⁷ (RJ 1998/3464).

²⁸ (RTC\1981\41).

al artículo 24 de la Constitución. La limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo. No se limitan, pues las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones”. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del art. 24 CE, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos ni privados de tutela.

De la misma manera, la constitucionalidad del procedimiento diseñado para la venta extrajudicial del inmueble fue reconocida por la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16/10/1995²⁹; esta resolución descartó que el mencionado procedimiento vulnerara los artículos 24 y 117 CE, al considerar que los argumentos dados por el TC para afirmar la constitucionalidad del procedimiento anteriormente regulado en el art. 131 LH (ya citada STC núm. 41/1981 de 18/12/1981), eran aplicables al entonces denominado “procedimiento ejecutivo extrajudicial”. Además, se entendió que este no vulneraba el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, ya que la tramitación ante el notario deriva de un pacto expreso entre las partes, quedando la posibilidad de acudir al juez ordinario cuando corresponda. Esta postura ha sido confirmada por la DGRN en su más reciente resolución al respecto de 17/01/2013: “La venta extrajudicial se limita a conceder al acreedor hipotecario, mediante pacto expreso con el hipotecante, la simple posibilidad de proceder por subasta ante Notario a la enajenación del bien objeto de la hipoteca, quedando expedita la vía judicial, en la cual vía judicial sí hay previstas otras formas de tener por legalmente efectuada el requerimiento que no se han previsto en el excepcional procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca”.

En cuanto a la “invasión” de las funciones jurisdiccionales reservadas al Poder Judicial por el artículo 117 CE, según el cual a los jueces está reservado “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, también se encuentran argumentos en contra. La CE no impide que las partes puedan pactar, al amparo de una regulación específica (art.129.2 LH), la venta del bien para con el precio obtenido hacerse pago al acreedor, siempre que este derecho este sometido a un control de un funcionario público, vinculado al cumplimiento de la ley³⁰.

²⁹ (RJ\1995\7064).

³⁰ GARCÍA VILA, J. “La venta extrajudicial del bien hipotecado tras la ley 1/2013” en *La Notaría*, núm. 2/2013, pág. 21.

Teniendo en cuenta todas las opiniones anteriores, creo que cabe entender que la regulación de la venta extrajudicial no es inconstitucional con su redacción actual. El problema que existe en torno a la venta extrajudicial no es un problema jurídico sino un problema legislativo. No es acertada la política de reformas parciales que parece otorgan una solución satisfactoria en su redacción, pero que su aplicación práctica queda pospuesta a la posterior modificación de otra norma, en este caso de rango reglamentario, que determinará el procedimiento. En tanto no se produzca tal modificación del Reglamento Hipotecario en los artículos 234 y ss., el procedimiento de la venta extrajudicial queda sometido en su aplicación al sistema anterior, lo que impide que los procedimientos se desarrollen con éxito.

En este sentido, es importante señalar la opinión de NAVAS OLÓRIZ, quien en su artículo expresa lo siguiente: “Nada se ha legislado para dar eficacia práctica a lo ordenado en los epígrafes d) y e) del art. 129.2 LH. Nada se ha dicho o hecho a este respecto, por lo que el notario requerido para la venta extrajudicial se encontrará ante el dilema de proceder como hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y celebrar la subasta en la notaría; o paralizar el procedimiento hasta que la subasta electrónica sea regulada. En el supuesto de optar por la primera, se plantea la duda consistente en responder a la pregunta de ¿serían objetables esas subastas por defecto de forma? ¿No habría lesión en los derechos económicos del ejecutado? Además, en caso de no celebrarse ¿se devengarían intereses de demora? O, en caso de devengarse intereses, ¿deberían ser satisfechos por el ejecutado o por la Administración? Esto último parece que sería la solución más acorde con la justicia, ya que el mal funcionamiento de un departamento de aquella no puede resultar perjudicial para una sola de las partes: el ejecutado. Tal vez sea la disminución de la presión popular, pero nuevamente la realidad sustituye a la necesidad, poniendo de relieve uno de los principales problemas de las democracias mediterráneas: la política de aparente respuesta a los problemas sociales mediante, lo que vengo en llamar, normas de maquillaje”³¹.

Estas líneas, redactadas por quien debe asegurar el procedimiento de la venta extrajudicial, son muestra de las dificultades prácticas que en el momento actual tendrán todos los notarios. Sin embargo, este mismo autor expresa que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el procedimiento de la venta extrajudicial ha recibido un nuevo impulso,

³¹ NAVAS OLÓRIZ, J. ob. cit. pág. 123.

al elevarse de rango las disposiciones que lo regulan y fortaleciendo la legalidad del procedimiento. Por tanto, el legislador está en el buen camino con este instrumento, pero la falta de aplicación práctica, transcurrido ya un año desde que entró en vigor la ley, hace que surjan dudas sobre la utilidad del mismo.

A modo de conclusión de este apartado quiero mencionar la opinión de PÉREZ HEREZA³², quien considera que la regulación de la venta extrajudicial, en cuanto procedimiento de ejecución, es imperativa y debe atribuir al deudor la posibilidad de una participación que asegure su derecho de defensa. La constitucionalidad del procedimiento extrajudicial debiera centrarse, no tanto en la exclusividad jurisdiccional, sino en la efectividad del derecho de defensa. El procedimiento notarial, por tanto, debe ser igual o más garantista que el judicial y esto solo puede conseguirse con un procedimiento que regule de manera adecuada la venta extrajudicial, garantizado por la intervención del notario.

3. El artículo 129 de la Ley Hipotecaria

3.1. Las posibilidades del acreedor hipotecario

La Disposición Final novena LEC 1/2000 dio nueva redacción, entre otros preceptos de la LH, a sus artículos 129 a 135. La reforma pretendía resolver las dudas antes planteadas sobre la constitucionalidad de la venta extrajudicial, y en todo caso implica como ley posterior a la CE que a partir de ahora aquella solo podrá ser juzgada por el TC³³. En los últimos años, la crisis económica ha traído consigo un aumento extraordinario del número de ejecuciones³⁴, lo que explica que las entidades bancarias quieran optar por este procedimiento extrajudicial aprovechando las ventajas que ofrece frente al judicial (mayor rapidez y menores costes) en una manifestación más del proceso de huida de la colapsada Administración de Justicia.

Por parte de los notarios³⁵ se han destacado las lagunas e incoherencias de la regulación anterior a la reforma de la Ley 1/2013, así como su preocupación por dejar

³² PÉREZ HEREZA J. ob cit. pág. 10.

³³ Toribios Fuentes, F. “Artículo 129 LH” en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson Reuters Lex Nova, Madrid, 2013, págs. 764-765.

³⁴ Según los datos de la Asociación Hipotecaria Española (AHE), desde 2007 ha habido casi 400.000 ejecuciones hipotecarias, paso previo al desahucio. www.expansion.com Consulta realizada el 20/05/2014.

³⁵ PÉREZ HEREZA, J. ob. cit., pág. 5

claro que estos profesionales son los primeros interesados en que el procedimiento esté libre de toda sospecha de indefensión para el deudor y, por tanto de inconstitucionalidad, y por procurar que el procedimiento concilie adecuadamente los intereses de todas las partes. A pesar de la reforma, el procedimiento no parece otorgar seguridad jurídica en tanto en cuanto no sea aprobada la modificación del RH en sus artículos 234 y ss., puesto que los notarios no sabrán a qué regulación deben ajustar su actuación³⁶.

La redacción actual del apartado primero del art. 129 LH³⁷, solo alude a dos vías procedimentales para la satisfacción del derecho del acreedor hipotecario: la prevista en los artículos 681-698 LEC (proceso de ejecución dineraria especial) y, en caso de haberse pactado, la venta extrajudicial notarial³⁸.

La ejecución dineraria especial debe tener una particular mención porque sin duda es la vía más aconsejable para el acreedor hipotecario, ya que le otorga una tutela crediticia especialmente privilegiada. Junto a la extraordinaria fuerza ejecutiva del título, se produce una paralela disminución de las facultades defensivas del deudor, lo que ha provocado que siempre se hayan planteado dudas sobre su constitucionalidad, especialmente por la posible vulneración del derecho de defensa, si bien el TC se pronunció en sentido opuesto en la ya citada STC núm. 41/1981 de 18/12/1981³⁹.

En opinión de GARCÍA VILA y por el tenor literal del artículo 129 LH parece que “la venta extrajudicial del bien hipotecado es un supuesto un supuesto de acción directa de la acción hipotecaria que depende, para su existencia, de su pacto en lo que se denomina

³⁶ ANTUÑA PLAZA, C.J., notario de Almería, recoge en este sentido la siguiente opinión en su *artículo “El nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria. Impresiones y anotaciones apresuradas”*: “No ha sido así y lo más probable es que no se inicien procedimientos extrajudiciales hasta la modificación del RH ante la inseguridad jurídica que la situación comporta. ¿Y si algún acreedor atrevido instase un procedimiento extrajudicial en estas circunstancias?”.

³⁷ Art. 129.1 LH: “1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse: a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V. b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada”.

³⁸ Sin embargo, las posibilidades del acreedor que tiene su crédito garantizado con hipoteca no se restringen al uso de una de esas dos vías reflejadas en el artículo 129 LH, ya que tiene a su disposición diversos cauces de reclamación. Puede acudir a un proceso declarativo plenario (juicio ordinario o verbal según la cuantía), aunque el acreedor preferirá valerse de otras posibilidades más privilegiadas: el proceso de ejecución dineraria común, que será útil cuando el acreedor pretenda trabar otros bienes además de los hipotecados por resultar el valor de realización insuficiente; incluso cabe acudir al proceso monitorio.

³⁹ Toribios Fuentes, F. ob. cit. págs. 764-765.

sistemáticamente a lo largo de la Ley “escritura de constitución de la hipoteca”. En sentido estricto, sin embargo, se trata de una escritura que contiene el pacto de constitución del derecho real de hipoteca, por cuanto este, en tanto no se modifique el Código Civil, nace con la inscripción en el Registro de la Propiedad. Que se trate del ejercicio directo de la acción hipotecaria supone un reiterado reconocimiento legal de que, por pacto, puede atribuirse al acreedor hipotecario el ejercicio extrajudicial del *ius vendendi*⁴⁰.

Toda la materia está en definitiva presidida por la prohibición de pacto comisorio, lo que da idea de las cautelas con las que nuestro ordenamiento jurídico contempla los pactos en los que se confieren facultades al acreedor en el momento de la formalización del préstamo. La prohibición del pacto comisorio, según CORDERO LOBATO⁴¹, pretende evitar que la concesión del préstamo esté condicionada a la aceptación de pactos de cuya realización resulte que el acreedor retenga en propiedad un bien de un valor notablemente superior al normal de la deuda, en perjuicio tanto del propio deudor como del resto de los acreedores.

Debe observarse que la ejecución no es más que la realización forzosa del *ius distrahendi*, que consiste en la facultad del acreedor de promover la venta del bien dado en garantía.

La necesidad de un procedimiento a través del cual se venda la finca hipotecada para luego entregar el producto de la venta al acreedor hipotecario está íntimamente ligado con la prohibición de pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 CC). La imperatividad de la norma impide que se pacten mecanismos de autotutela del derecho del acreedor que supongan una vulneración de tal prohibición. Dos ideas subyacen a esta prohibición: la constitución de la garantía no puede suponer una apropiación de la riqueza territorial para el acreedor, y la desigualdad que existe entre las partes en el momento de la concesión del préstamo impide que la autonomía de la voluntad pueda ser utilizada para que el deudor se empobrezca de manera excesiva en beneficio del acreedor.

La combinación de ambas ideas justifica, por una parte, la prohibición para el acreedor de apropiarse o disponer directamente de la cosa dada en garantía, incluso con

⁴⁰ GARCÍA VILA, J. ob. cit. pág. 20.

⁴¹ Cordero Lobato E. “Artículos 1858 y 1859”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 2416 y 2417.

el consentimiento del deudor en el momento de la concesión del préstamo. Y, por otra, que la facultad de realización de valor (*ius distrahendi*) solo puede ser ejercitada con sujeción a un procedimiento presidido por una autoridad pública, el notario. Con la salvedad del caso en que requerido el deudor para la enajenación tras el incumplimiento, aquel proceda a su venta voluntariamente⁴².

Por el contrario, sí resulta admisible el consentimiento del deudor posterior a la concesión del préstamo y al incumplimiento, en el que se otorgue al acreedor hipotecario el bien inmueble objeto de garantía quedando así extinguida la deuda, esto es, la dación en pago. Es por todos conocido que, aunque en nuestro ordenamiento jurídico el art. 1911 CC establece la responsabilidad patrimonial universal y que según el art. 105 LH la garantía hipotecaria no altera ese principio, cabe pactar la limitación de responsabilidad a la finca hipotecada conforme al art. 140 LH, artículo que en la práctica se ha aplicado muy poco puesto que no ofrece ventajas para los acreedores hipotecarios⁴³.

La dación en pago ha sido una de las peticiones recurrentes por parte de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca para los deudores hipotecarios sin recursos. A pesar del interés que pueda suscitar esta figura, el CC no la regula de manera expresa. Sí la contempla el Derecho navarro en la Ley 495 del Fuero Nuevo en el capítulo referido al cumplimiento y a las causas de extinción de las obligaciones⁴⁴.

3.2. Requisitos y formalidades de la venta extrajudicial

El apartado segundo del artículo 129 LH ha sido introducido por la Ley 1/2013. En él se recogen una serie de requisitos y formalidades necesarios para la realización de la venta extrajudicial. Muchos de ellos han venido a recoger las propuestas de diversos sectores, pero principalmente del notariado.

La nueva regulación dada a la venta extrajudicial en el art. 129.2 LH nos lleva a otro problema de aplicación práctica: la dispersión en diferentes cuerpos jurídicos

⁴² PÉREZ HEREZA, J. ob. cit. pág. 9

⁴³ PÉREZ GURREA, R. "Ejecución hipotecaria y protección del deudor hipotecario en el contexto de la crisis económica" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 2013, nº735, págs. 458 y 463.

⁴⁴ Ver ampliamente EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. "Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la ley 493 del Fuero Nuevo", en *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2011, nº51, págs. 37-87.

normativos. Primero, la LH contempla los nuevos requisitos y formalidades a que debe sujetarse la venta extrajudicial y su procedimiento. Seguidamente, la LH remite al RH para completar los aspectos procedimentales. Y finalmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplica de manera supletoria en todo aquello no regulado por la LH o el RH.

Recientemente este problema ha sido planteado por DELGADO RAMOS⁴⁵, quien considera que existe una probable derogación tácita del art. 12 RDL 6/2012 puesto que este artículo solo regula la venta extrajudicial en el caso de vivienda habitual. En este artículo se prevé una única subasta (no electrónica) con unos determinados tipos y condiciones que no son exactamente los mismos que prevé la LEC; remitiéndose expresamente al procedimiento previsto en los arts. 234 a 236 RH. En cambio, el nuevo art. 129.2 LH exige que la subasta única sea electrónica, en un portal de subastas que dispondrá la Agencia Estatal BOE, y que los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la LEC. En función del tenor literal del artículo, la remisión que se hace al RH en el apartado e)⁴⁶ no es al actual RH ya que no dice “a lo establecido en el RH”, sino “en el RH se determinará”. Con lo que deben considerarse íntegramente derogados los arts. 234 a 236 RH porque el art. 129.2 e) LH remite al futuro RH y no al actual.

Por tanto, para este autor puede entenderse íntegramente derogado el mencionado art. 12; cuestión no hubiera supuesto problema alguno si la Ley 1/2013 contuviera alguna Disposición Derogatoria, pero no contiene ninguna.

Así pues, continúa DELGADO RAMOS la única normativa vigente de modo indubitado es el art. 129 LH y la aplicación supletoria de la LEC pero, como el art. 129 LH exige subasta electrónica en un determinado portal que hoy todavía no existe, no hay posibilidad de tramitar y culminar este procedimiento.

Estas ideas deben ser unidas con las anteriormente expuestas de NAVAS OLÓRIZ, cuyas conclusiones considero más adecuadas. Existe la posibilidad de suspender el procedimiento en tanto se habiliten todos los mecanismos necesarios o la de aplicar la normativa reglamentaria anterior en lo que no contradiga a la nueva regulación del art.

⁴⁵ www.notariosyregistradores.com Último acceso: 4/06/2014.

⁴⁶ Art. 129.2 e) “En el Reglamento Hipotecario se determinará la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte de la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación”.

129.2 LH, en virtud del principio de jerarquía normativa. En este mismo sentido se expresa GARCÍA VILA⁴⁷ pues, en su opinión, el ejercicio de un derecho reconocido en la Ley no puede quedar supeditado a la actuación de un órgano de la Administración cuando ya existe un sistema para el desarrollo del procedimiento. Para este último autor Delgado no tiene en cuenta la aplicación supletoria de la LEC que se predica respecto del RH, y que permite cubrir el vacío normativo que en otro caso existiría. Defiende que el RH sigue vigente en todo aquello que no contradiga ni la Ley 1/2013 ni la LEC, y deberá ser interpretado conforme a los principios reguladores del procedimiento de la LEC.

La nueva redacción del art. 129 LH implica tres novedades que el pacto de venta extrajudicial debe contener⁴⁸:

- Primero, la ley da rango legal a las precisiones del art. 234.2 RH al imponer que el pacto conste en estipulación separada (art. 129.2 b) LH). Este carácter separado de la estipulación no es una mera formalidad, sino que atiende a los principios de la legislación de defensa de los consumidores (arts. 80 y 82 TRLGDCU). Se ha planteado si la cláusula por la que se introduce la venta extrajudicial en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor puede entenderse nula por abusiva si no se negocia individualmente, ya que supone un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor porque implica una merma en sus derechos frente a la ejecución en vía judicial⁴⁹.
- Segundo, se exige que se indique el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta; este tipo de subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75% del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de regulación del Mercado Hipotecario.

⁴⁷ GARCÍA VILA, J. ob. cit. pág. 24.

⁴⁸ GARCÍA VILA, J. ob. cit. págs. 21 y 22.

⁴⁹ En este sentido, recientemente la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 3/01/2014 ha declarado nula por abusiva la cláusula de sometimiento al procedimiento de ejecución extrajudicial en un contrato celebrado con consumidores.

También el CGPJ en su informe 23/07/2013: “Por otra parte, en el común de las ocasiones, el acuerdo entre las partes sobre la venta extrajudicial es fruto de la imposición de una cláusula predispuesta por el acreedor, lo cual, si bien es jurídicamente aceptable, salvo que se trate de una cláusula abusiva, incrementa las reticencias que suscita esta figura, cuya principal consecuencia es la de evitar que el procedimiento de ejecución hipotecaria se sustancia ante el órgano judicial”.

- Y tercero, el alcance de la reforma del RH que indica el art. 129.2 e) lleva a considerar plenamente vigente otra exigencia del art. 234 RH, que se contiene también en el art. 682.2.2ª LEC aplicable de manera supletoria, esto es, el domicilio para la práctica de notificaciones que también deberá ser el mismo que el que se hubiera establecido en la ejecución judicial.

El ámbito de aplicación de la venta extrajudicial establecido en el art. 129.2 c) LH⁵⁰ solo pueden ser las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el art. 114 LH. Estas limitaciones de los intereses de demora, artículo que también ha sido modificado por la Ley 1/2013, hacen referencia a que no se podrán reclamar intereses de demora por un importe superior a tres veces el interés legal del dinero, cuando se trate de préstamos para la adquisición de vivienda, sin posibilidad de capitalización. Además, la venta extrajudicial solamente cabe en caso de incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones principales que se derivan del préstamo: el impago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada (art. 129.1 b) in fine LH).

4. Características de la venta extrajudicial

4.1. Diferencias con la ejecución hipotecaria judicial

Conviene hacer una breve referencia a la naturaleza jurídica de ambos tipos de ejecución antes de realizar algunas comparaciones. Desde un principio, la venta extrajudicial se ha presentado como una alternativa a la ejecución hipotecaria judicial, por lo que las comparaciones con esta han sido inevitables. En la actualidad de forma

⁵⁰ Art. 129.2 c) LH: “La venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114. En el caso de que la cantidad prestada esté inicialmente determinada pero el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital, a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse un documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

En cualquier caso en que se hubieran pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial, se deberá acompañar el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca”.

unánime se concibe el proceso de ejecución hipotecaria como un proceso jurisdiccional, pero la discusión que hubo en cuanto a si se trataba de un proceso de jurisdicción voluntario, defendido por la doctrina hipotecarista, o si era un proceso de ejecución de carácter jurisdiccional, defendido por la doctrina procesalista, provocó que las dudas sobre la naturaleza se trasladasen a la venta extrajudicial. Sin embargo, las diferencias entre ambos llevan a determinar que son procedimientos de distinta naturaleza⁵¹.

A pesar de que las dos opciones que contempla el art. 129 LH para la acción hipotecaria se encuentran, *a priori*, bien diferenciadas por la remisión a la LEC para el procedimiento judicial sumario, y al CC y al RH para la venta extrajudicial, el hecho de que el RH no haya sido modificado desde 1992 hace que en este cuerpo normativo las referencias sean al “procedimiento de ejecución extrajudicial”, donde debe entenderse “venta extrajudicial”.

La venta extrajudicial es un acto de jurisdicción voluntaria. Han sido las partes quienes han decidido acordar la realización del bien para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

El acreedor no ejercita ninguna acción, sino que ejerce el *ius distrahendi*, que le atribuye la facultad de instar la venta del inmueble gravado a través de notario, quien controla la legalidad de la misma mediante el cumplimiento de las formalidades exigidas en el RH. En la venta extrajudicial no existe litigio. El art. 236.ñ) y o) RH contiene los supuestos en los que el acto devendrá contencioso y se suspenderá el procedimiento. Las partes prevén la solución del conflicto en caso de incumplirse la obligación, sin acudir a una tercera persona que lo dirima, puesto que el notario solo cumple y controla el cumplimiento de las formalidades necesarias. Dichas formalidades son normas de derecho necesario, y deben ser cumplidas rigurosamente como señala el art. 235.2 RH⁵². Se trata de proteger los intereses del deudor y de terceros⁵³.

Es ahora el momento de cuestionarse por qué este procedimiento no ha sido reformado tras devenir inconstitucional y cuánto tardará en darse la nueva redacción prometida a los arts. 234 a 236 RH, cuestión de capital importancia para asegurar la constitucionalidad del procedimiento. En principio, parece que esta reforma del RH está

⁵¹ PÉREZ DAUDÍ, V. ob. cit. pág. 6.

⁵² Art. 235.2 RH: “La ejecución extrajudicial se ajustará necesariamente a lo dispuesto en los artículos siguientes”.

⁵³ Calvache Martínez, J. ob. cit. págs. 766-767.

en marcha, puesto que el CGPJ emitió un informe el 23/07/2013 en este sentido, aunque todavía no se haya producido tal reforma⁵⁴.

La principal diferencia entre uno y otro procedimiento reside en que el procedimiento judicial, si bien está sujeto al principio de la cognición limitada y de restricción de las causas de oposición, no obstante permite la contradicción efectiva en el seno del propio proceso, permitiendo al deudor o al tercero afectado acudir al órgano judicial para la oposición a la ejecución. Por el contrario, en el procedimiento para la venta extrajudicial, no se pueden formular verdaderas causas de oposición puesto que no se prevé la posibilidad de hacer valer las causas del art. 695.1 LEC (extinción de la garantía, error en la determinación de la cantidad exigible y carácter abusivo de una cláusula contractual). Si ya el procedimiento de ejecución hipotecario contiene unas causas de oposición más restringidas que en el proceso de ejecución ordinario, esta restricción aún resulta mayor en la venta extrajudicial. En esta el deudor hipotecario solo puede acudir al procedimiento declarativo, o articular la oposición por la existencia de cláusulas abusivas ante el órgano jurisdiccional.

En su informe de 23 de julio de 2013, el CGPJ realiza un análisis sobre lo que denomina “venta forzosa extrajudicial” y, en este sentido señala: “Al margen de la controversia que pueda suscitar la determinación de la naturaleza jurídica de la referida venta extrajudicial, lo cierto es que el resultado final del procedimiento regulado en la LH y el RH es sustancialmente equivalente al previsto para la ejecución de bienes hipotecados en la LEC. Sobre la base del incumplimiento contractual y la existencia de un título que lleva aparejada ejecución, en ambos casos se desarrolla un proceso que, para el caso de impago tras el requerimiento, desencadena la venta del bien mediante subasta y la consiguiente adjudicación del inmueble por un tercero, con la correlativa pérdida de dominio por parte de su titular. Además, no debe pasar inadvertido que es el propio legislador quien en algunos pasajes de la Ley 1/2013 asocia el término “ejecución” a la venta extrajudicial, concretamente en el artículo 1.1 y el cuarto párrafo del artículo 129.2 f)”.

⁵⁴ Informe del CGPJ de 23/07/2013 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, en materia de venta forzosa extrajudicial. Pág. 12.

Otro de los aspectos relevantes de la venta extrajudicial es la función del notario y esta ha sido delimitada por la jurisprudencia. Así, la STS 9/03/2011 núm. 803/2011⁵⁵, indica que “la intervención notarial va dirigida a garantizar la regularidad formal de la enajenación, debiendo controlar la legalidad del proceso”. Por tanto, el notario no realiza ningún acto de coerción, sino que analiza la regularidad formal del título y la corrección del procedimiento previsto en el RH. Esto determina la naturaleza no jurisdiccional del procedimiento, por lo que no es incompatible con el art.117.3 CE. Este argumento lo refuerza la LEC al permitir en el art. 641 LEC que “el bien lo realice persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes” y que “el bien se enajene por medio de entidad especializada pública o privada”; con lo que el legislador admite que la venta no es una actividad jurisdiccional⁵⁶.

Puede considerarse que el art. 129 LH no atribuye al notario facultades cognitivas ni ejecutivas. Por una parte, no tiene facultades cognitivas porque el notario se limita a constatar el cumplimiento de unos requisitos, da fe de ello y se procede a la subasta. Y cualquier cuestión que se suscite, cualquier oposición que formule el deudor, ha de remitirse al proceso declarativo. Por otra parte, carece de facultades ejecutivas porque se trata de una venta paccionada, no forzosa. Por ello, debe admitirse en nuestro ordenamiento la posibilidad de venta extrajudicial del bien hipotecado, tal y como sucede con otras garantías reales como la prenda, superando la posición que limita la realización de valor de la hipoteca a la vía judicial.

4.2. El Proyecto de reforma del Reglamento Hipotecario

Se ha señalado que el CGPJ emitió un informe de fecha 23/07/2013 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, en materia de venta forzosa extrajudicial. Este es uno de los aspectos más importantes de la venta extrajudicial pues un procedimiento adecuado supone despejar las dudas acerca de la constitucionalidad del mismo. A continuación, se mencionan algunas de las principales medidas que esta modificación reglamentaria puede ocasionar. Hay que tener en cuenta que se trata de un proyecto y es

⁵⁵ (RJ\2012\4868).

⁵⁶ PÉREZ DAUDÍ, V. ob. cit. Pág. 7.

sabido que en muchas ocasiones, la reforma final no contendrá todos los aspectos previstos.

El artículo 234 RH mantiene el esquema actual, y conforme al mandato recogido en el art. 129.2 a) LH establece que el valor de referencia para la fijación del tipo de la subasta no podrá ser inferior al 75 por ciento del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Por otra parte, conforme a lo previsto en el art. 129.2 b) LH, en la escritura se deberá reflejar el eventual carácter de la vivienda habitual del inmueble objeto de la hipoteca, presumiéndose *iuris tantum* dicho carácter en el momento de la venta. Al margen de esta presunción, el Proyecto regula también el supuesto en que el inmueble adquiera de manera sobrevenida la condición de vivienda habitual, haciéndose constar por nota marginal en el Registro de la Propiedad. En este punto, señala el CGPJ que la nota marginal debe operar como un medio probatorio, sin que impida que la condición de vivienda habitual pueda acreditarse por otras formas dada la trascendencia que reviste el reconocimiento de tal condición (tipos de adjudicación más elevados, limitación de los intereses de demora...).

En el artículo 236 RH, conforme al Proyecto, se producen una serie de modificaciones que ponen de manifiesto el propósito del legislador de homologar la venta extrajudicial con el proceso de ejecución regulado en la LEC.

Especial consideración merece el número tres del art. 236 a) RH que recoge el mandato del art. 129.2 f) LH, así el notario ante la posible existencia de cláusulas abusivas lo pondrá en conocimiento del deudor, acreedor, avalista e hipotecante no deudor. En este punto, el CGPJ pone de manifiesto que la comunicación del notario no puede operar como requisito para que el interesado pueda plantear, ante el juez competente, el posible carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales ya que esto implicaría el riesgo de restringir el acceso a la tutela judicial efectiva del interesado.

El número cuatro del art. 236 c) RH prevé que si el notario no pudiera practicar el requerimiento al deudor en alguna de las formas indicadas, esta se practicará por medio de anuncios en el Tablón Edictal del BOE. En el precepto en vigor, si el notario no puede realizar el requerimiento, se da por terminada su actuación. Señala el CGPJ que esta modificación no debe realizarse pues la finalidad principal del actual precepto es garantizar que el desarrollo del procedimiento quede condicionado a que el deudor sea requerido al pago y, conozca que en caso de no pagar se procederá a la subasta de la finca.

Y ante el fracaso del requerimiento el acreedor, con la redacción actual, conserva la facultad de acceder a la vía judicial.

El artículo 236 f) RH, en los números uno a cinco, recoge las principales novedades en cuanto al inicio y la forma de realización de la subasta, con implantación del modelo electrónico y su anuncio en el “Portal Electrónico de Subastas del BOE”. Tanto el anuncio como la comunicación con el Colegio de Registradores y con el Registro correspondiente se realizarán de modo electrónico. Se cumple así el mandato recogido en el art. 129.2 d) y e) LH.

El apartado seis del art. 236 f) RH contempla la posibilidad de que el deudor pueda liberar la finca hipotecada que tenga carácter de vivienda habitual, incluso hasta el día señalado para la celebración de la subasta. Para ello es necesario que el deudor consigne la cantidad exacta (principal e intereses) que estuviera vencida a la fecha de requerimiento de pago, incrementada, en su caso, con los vencimientos impagados del préstamo y los intereses de demora. Se señala por parte del CGPJ que en lo sustancial esta modificación coincide con lo estipulado para la ejecución hipotecaria judicial en el art. 693.3 LEC. Sin embargo, estima que sería conveniente extender el ámbito de aplicación del art. 236 f) número seis a cualquier inmueble, con la salvedad de que si el mismo tuviera el carácter de vivienda habitual, la facultad de liberación que se reconoce al deudor debería operar con independencia del consentimiento del acreedor.

El número uno del art. 236 g) RH contiene una modificación importante, ya que prevé que la realización del valor del bien se llevará a cabo a través de una única subasta de carácter electrónico. Según el CGPJ, es evidente que un sistema basado en la centralización de un único portal ampliará el número potencial de postores, los cuales podrán intervenir desde cualquier lugar con una comunicación segura que permite conocer la evolución de la subasta en tiempo real. Y señala la conveniencia de trasladar al ámbito judicial este modelo dadas las ventajas que aporta.

En vista de lo anterior y de manera general, cabe una valoración positiva del proyecto de reforma del RH puesto que se contienen los principales aspectos que prevé el actual art. 129.2 LH. Es de esperar que el legislador recoja en su modificación las valoraciones del CGPJ y que la misma se produzca en un periodo breve de tiempo porque ha pasado más de un año desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013.

III. RECAPITULACIÓN

En primer lugar, es necesario destacar que a pesar de la imposibilidad práctica de llevar a cabo los procedimientos de venta extrajudicial por la inexistencia del tan mencionado portal de subastas electrónicas, el verdadero problema de la venta extrajudicial es la falta de un procedimiento que regule de manera adecuada e indubitada este instrumento. Sin un procedimiento que asegure los derechos del deudor y su intervención en el proceso, la venta extrajudicial seguirá planteando dudas acerca de su constitucionalidad puesto que se corre el peligro de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario. No se quiere decir con ello que no se pueda realizar la venta extrajudicial en la actualidad, sino que esta no se ajustará en todo a las previsiones de la Ley 1/2013. Por tanto, una reforma que parecía otorgar a los deudores hipotecarios una solución alternativa, ha quedado en el limbo.

De esta manera, el CGPJ en su informe de 23/07/2013 destaca que la trascendencia de esta materia lleva a la conclusión de que la Ley 1/2013 debería haber abordado esta regulación con una perspectiva diferente, y en vez de relegar su contenido a lo que la normativa de carácter secundario establezca, habría sido más adecuado recoger en la ley los aspectos sustanciales, reservando al ámbito reglamentario cuestiones auxiliares y complementarias.

En segundo lugar, se debe valorar de manera positiva la intención del legislador de establecer una regulación uniforme entre la venta extrajudicial y el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria puesto que muchos de los aspectos de los artículos 234 a 236 RH que esperan ser modificados próximamente, guardan cierta semejanza con sus equivalentes en la LEC. Merece también valoración positiva el empeño en conseguir que el procedimiento de subasta sea más ágil y eficaz. Es por ello que el CGPJ en su informe de 23/07/2013 recomienda trasladar al contexto judicial este modelo de subasta electrónica, con las adaptaciones que sean necesarias en relación a las características propias del proceso de ejecución contemplado en la LEC.

Finalmente, la venta extrajudicial puede considerarse un instrumento satisfactorio para la realización del bien hipotecado en caso de impago, especialmente en estos momentos de crisis en los que tanto al acreedor como al deudor interesa obtener el mayor valor de realización posible. En la mayoría de escrituras de constitución de hipotecas se contienen cláusulas para someter la realización del bien a la venta extrajudicial, y a pesar de ello, este método no es elegido por el acreedor hipotecario por los problemas de aplicación práctica que se han planteado.

IV. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 41/1981 de 18/12/1981 (RTC\1981\41).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16/08/1995 (RJ\1995\7064).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 402/1998 de 4/05/1998 (RJ 1998/3464).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 324/1999 de 20/04/1999 (RJ\1999\2589).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 1075/2007 de 10/10/2007 (RJ\2007\6486).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 703/2008 de 14/07/2008 (RJ 2008/3364).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 373/2009 de 25/05/2009 (RJ\2009\3041).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 803/2011 de 9/03/2011 (RJ\2012\4868).
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, núm. 3/2014 de 3/1/2014 (AC\2014\310).

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ DÍAZ, M. “La protección del deudor hipotecario. La insuficiencia de la reforma para la defensa del deudor-consumidor”, en *La Notaría* núm. 2/2013, págs. 6 – 15.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Manual de Derecho Civil, Derecho Reales*. Bercal, Madrid, 2013.
- BERROCAL LANZAROT, A. “La protección del deudor hipotecario a propósito de la sentencia del tribunal de justicia de la Unión Europea”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2013, BIB 2013\890.
- Calvache Martínez, J. “Artículo 129 LH” en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson Reuters Lex Nova, Madrid, 2013, págs. 766-767.
- Cordero Lobato E. “Artículos 1858 y 1859”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 2416 y 2417.
- GARCÍA DE PABLOS, J. “La nueva protección a los deudores hipotecarios” en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 865/2013, BIB 2013\1399.
- GARCÍA VILA, J. “La venta extrajudicial del bien hipotecado tras la ley 1/2013” en *La Notaría*, núm. 2/2013, págs. 20 – 27.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. “La venta extrajudicial ante notario de la finca hipotecada: constitucionalidad y diferencias con la ejecución directa judicial” en *El Notario del siglo XXI*. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid núm. 51, octubre 2013. Accesible en: www.elnotario.es
- Informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL de 27 de octubre de 2012: “*Propuestas para la agilización y reforma de los procesos civiles*”. Anexo: “Propuestas en materia de sobreendeudamiento familiar y medidas de protección del deudor frente a las consecuencias de la ejecución hipotecaria (deuda, aval y pérdida de la vivienda)”. Accesible en: www.poderjudicial.es

- Informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL de 23 de julio de 2013 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, en materia de venta forzosa extrajudicial. Accesible en: www.poderjudicial.es
- MARTÍN PASTOR, J. “La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, en *Diario La Ley* núm. 8085 ISSN 1138-9907, 2013.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales”, en *Indret* núm. 2/2014, pág. 18.
- NAVAS MARQUÉS, J. “¿Incumple la Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios el Derecho de la UE?” en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 868/2013. BIB 2013\1639.
- NAVAS OLÓRIZ, J. “Venta extrajudicial de bienes hipotecados” en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1 (enero – marzo, 2014), pág. 121.
- PÉREZ DAUDÍ, V. “La defensa del deudor hipotecario en la venta extrajudicial”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* núm. 130/2013, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 2013.
- PÉREZ GURREA, R. “Ejecución hipotecaria y protección del deudor hipotecario en el contexto de la crisis económica” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 2013, nº735, págs. 458 y 463.
- PÉREZ HERESA, J. “Estudio doctrinal: procedimiento de ejecución notarial: nuevas perspectivas” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2154, mayo 2013, págs. 4 - 12. Accesible en: www.mjusticia.es/bmj
- Recurso de inconstitucionalidad núm. 4985-2013 contra la Ley 1/2013, de protección del deudor hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler social. Págs. 63 a 70. Accesible en: www.boe.es
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. “La Ley 1/2013, de protección a deudores hipotecarios y las cuestiones de constitucionalidad y prejudicialidad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2013, BIB 2013\2693.
- Toribios Fuentes, F. “Artículo 129 LH” en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson Reuters Lex Nova, Madrid, 2013, págs. 764-765.

VI. ANEXO

Artículo 129 LH

1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse:

a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.

b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.

2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes:

a) El valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

b) La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución.

c) La venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114.

En el caso de que la cantidad prestada esté inicialmente determinada pero el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital, a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse un documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

En cualquier caso en que se hubieran pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial, se deberá acompañar el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

d) La venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

e) En el Reglamento Hipotecario se determinará la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación.

f) Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.

g) Una vez concluido el procedimiento, el Notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, todo ello con aplicación de las reglas de imputación contenidas en el artículo 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en juicio verbal.

h) La Ley de Enjuiciamiento Civil tendrá carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 234 RH

1. La tramitación de la ejecución extrajudicial prevista por el artículo 129 de la Ley requerirá que en la escritura de constitución de la hipoteca se haya estipulado la sujeción de los otorgantes a este procedimiento y que consten las siguientes circunstancias:

1.ª El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta. Dicho valor no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento judicial sumario.

2.ª El domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. La determinación del domicilio, que no podrá ser distinto del fijado para el procedimiento judicial sumario, podrá modificarse posteriormente con sujeción a lo previsto en el artículo 130 de la Ley.

3.ª La persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante. A tal efecto podrá designarse al propio acreedor.

2. La estipulación en virtud de la cual los otorgantes hayan pactado la sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura.

Artículo 235 RH

1. La ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236 k.

2. La ejecución extrajudicial se ajustará necesariamente a lo dispuesto en los artículos siguientes.

Artículo 236 RH

1. La realización extrajudicial de la hipoteca se llevará a cabo ante el Notario hábil para actuar en el lugar donde radique la finca hipotecada y, si hubiese más de uno, ante el que corresponda con arreglo a turno.

Cuando sean varias las fincas hipotecadas y radiquen en lugares diferentes, podrá establecerse en la escritura de constitución cuál de ellas determinará la competencia notarial. En su defecto, ésta vendrá determinada por la que haya sido tasada a efectos de subasta con un mayor valor.

2. La enajenación del bien hipotecado se formalizará en escritura pública después de haberse consignado en acta notarial el cumplimiento de los trámites y diligencias previstos en los artículos siguientes.

3. El acta a que se refiere el apartado anterior no requiere unidad de acto ni de contexto y se incorporará al protocolo en la fecha y bajo el número que corresponda al momento de su terminación o, en su caso, de su suspensión, sin perjuicio de que, en este último supuesto, pueda reanudarse y concluirse en fecha y bajo número posterior.

Artículo 236 a) RH

1. El procedimiento se iniciará mediante requerimiento dirigido al Notario, expresando las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de la reclamación en el momento del requerimiento, especificando el importe de cada uno de los conceptos.

2. El requirente entregará al Notario los siguientes documentos:

a) La escritura de constitución de la hipoteca con nota de haberse inscrito. Si no pudiese presentarse la escritura inscrita, deberá acompañarse con la que se presente nota simple del Registro de la Propiedad que refleje la inscripción.

b) El documento o documentos que permitan determinar con exactitud el interés, ya sea directamente, ya mediante simples operaciones aritméticas, en los casos de hipoteca en garantía de créditos con interés variable.

Artículo 236 b) RH

1. El Notario examinará el requerimiento y los documentos que lo acompañan y, si estima cumplidos todos los requisitos, solicitará del Registro de la Propiedad certificación comprensiva de los siguientes extremos:

- 1.º Inserción literal de la última inscripción de dominio que se haya practicado y continúe vigente.
- 2.º Inserción literal de la inscripción de la hipoteca en los términos en que esté vigente.
- 3.º Relación de todos los censos, hipotecas, gravámenes y derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes.

2. El Registrador hará constar por nota al margen de la inscripción de hipoteca que ha expedido la mencionada certificación, indicando su fecha, la iniciación de la ejecución, el Notario ante el que se sigue y la circunstancia de que aquélla no se entenderá con los que posteriormente inscriban o anoten cualquier derecho sobre la misma finca.

3. La presentación en el Registro del título de cancelación de la hipoteca realizada con posterioridad al asiento a que se refiere el apartado anterior deberá ser inmediatamente comunicada por el Registrador al Notario ante el que se sigue la ejecución.

Artículo 236 c) RH

1. Si de la certificación registral no resultan obstáculos a la realización hipotecaria solicitada, el Notario practicará un requerimiento de pago al deudor indicándole la causa y fecha del vencimiento del crédito y la cantidad reclamada por cada concepto y advirtiéndole que de no pagar en el término de diez días se procederá a la ejecución de los bienes hipotecados siendo de su cargo los gastos que ello ocasione.

2. El requerimiento tendrá lugar en el domicilio que, a efectos de aquél, resulte del Registro y se practicará por el Notario, bien personalmente, si se encontrase en él el deudor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallasen en el mismo y, si no se encontrase nadie en él, al portero o a uno de los vecinos más próximos.

3. Si el Notario no fuera competente por razón del lugar practicará el requerimiento por medio de otro Notario que sea territorialmente competente.

4. Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el Notario dará por terminada su actuación y por conclusa el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda.

Artículo 236 d) RH

1. Transcurridos diez días desde el requerimiento sin que éste hubiere sido atendido, el Notario procederá a notificar la iniciación de las actuaciones a la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio, si fuese distinta del deudor, así como a los titulares de cargas, gravámenes y asientos posteriores a la hipoteca que se ejecuta, para que puedan, si les conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y gastos en la parte asegurada por la hipoteca.

2. Dichas notificaciones se efectuarán en los domicilios de los interesados que figuren en el Registro de la Propiedad y en la forma prevenida por la legislación notarial.

Si los domicilios fueran desconocidos, si no resultase posible la notificación por cédula o por correo con acuse de recibo, o si el Notario dudase de la efectiva recepción de aquélla, se procederá a la notificación por medio de anuncios, que se fijarán en el tablón del Ayuntamiento y en el Registro de la Propiedad y se insertarán, cuando el valor de la finca, a efectos de la subasta, exceda de 5.000.000 de pesetas, en el «Boletín Oficial» de la provincia o de la Comunidad Autónoma correspondiente.

3. A efectos de lo dispuesto en el presente artículo, cualquier adquirente de un derecho real, carga o gravamen que recaiga sobre un bien hipotecado podrá hacer constar en el Registro un domicilio en territorio nacional en el que desee ser notificado en caso de ejecución. Esta circunstancia se hará constar por nota al margen de la inscripción del derecho real, carga o gravamen del que sea titular.

Artículo 236 e) RH

1. Si el tercer poseedor paga el importe reclamado en la parte que esté garantizado con la hipoteca, el Notario dará por terminada su actuación y por conclusa el acta con la diligencia de haberse efectuado el pago. Dicha acta podrá servir, en su caso, para la cancelación de la hipoteca.

2. Si el pago fuese verificado por uno de los titulares de las cargas, gravámenes o derechos consignados en el Registro con posterioridad a la hipoteca, el Notario le requerirá para que manifieste si desea proseguir o no las actuaciones.

En caso afirmativo, se continuarán éstas, ocupando el que pagó la posición jurídica que correspondía al acreedor satisfecho.

En otro caso, se darán por terminadas las actuaciones y por concluida el acta con la diligencia de haberse efectuado el pago. Dicha acta será título bastante para la consignación en el Registro de la subrogación del pagador en todos los derechos del acreedor satisfecho.

Artículo 236 f) RH

1. Cumplido lo dispuesto en los artículos precedentes y transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago y las últimas notificaciones antes expresadas, se procederá a la subasta de la finca ante el Notario.

2. La subasta se anunciará con una antelación de, al menos, veinte días respecto de aquél en que haya de celebrarse.

3. Los anuncios se fijarán en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y del Registro de la Propiedad y se insertarán en el «Boletín Oficial» de la provincia o de la Comunidad Autónoma en que se practique la ejecución y en el de aquélla o aquéllas en que radiquen las fincas, si el valor que sirve de tipo para la subasta excede de 5.000.000 de pesetas. Si el valor excede de 12.000.000 de pesetas, se publicarán, además, en el «Boletín Oficial del Estado». Asimismo, a petición y a costa del interesado que lo solicite, podrá publicarse en cualquier otro medio.

4. En los anuncios se expresará, de forma concisa, la identificación de la finca, el lugar, día y hora en que haya de celebrarse la subasta, el tipo que servirá de base a la misma y las circunstancias siguientes: Que la documentación y certificación del Registro a que se refieren los artículos 236 a) y 236 b) pueden consultarse en la Notaría; que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación; y que las cargas, gravámenes y asientos anteriores a la hipoteca que se ejecute continuarán subsistentes.

En prevención de que no hubiere postor en la primera subasta, o de que ésta resultare fallida, se indicará lugar, día y hora para la celebración de la segunda, por otro término de veinte días. De igual forma se anunciará la tercera subasta.

5. El Notario comunicará por correo certificado al titular de la última inscripción de dominio el lugar, día y hora fijados para las subastas.

Artículo 236 g) RH

1. Las subastas se celebrarán en la Notaría donde se sigan las actuaciones o en local señalado por el Notario al efecto. Cuando hubiere varias Notarías en el lugar de radicación de la finca, la Junta Directiva del Colegio Notarial podrá facilitar un local donde puedan efectuarse las subastas.

2. En la primera subasta el tipo será el pactado en la escritura de constitución de hipoteca. No se admitirá postura alguna que sea inferior a dicho tipo.

3. Si no hubiere postura admisible en la primera subasta, el acreedor podrá pedir, dentro del término de cinco días, la adjudicación de la finca o fincas en pago de su crédito, por el tipo de aquélla, aceptando la subsistencia de las cargas anteriores. La adjudicación podrá solicitarse para sí o en calidad de ceder a un tercero.

4. Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se celebrará la segunda subasta cuyo tipo será el 75 por 100 del correspondiente a la primera, y sin que pueda admitirse postura inferior al mismo.

5. Si en la segunda subasta tampoco hubiere postura admisible, el acreedor podrá pedir, dentro del término de cinco días, la adjudicación por el tipo de la segunda subasta en las condiciones previstas en el apartado tercero.

6. Si el acreedor tampoco hiciese uso de este derecho, se celebrará la tercera subasta, sin sujeción a tipo.

7. Celebrada la tercera subasta, si la postura fuese inferior al tipo de la segunda, el acreedor que no hubiese sido rematante, el dueño de la finca o un tercero autorizado por ellos podrán mejorar la postura en el término de cinco días. Si en este plazo no se formula ninguna petición, la finca quedará adjudicada al rematante.

Cuando pidan la mejora, deberá consignar cada uno de aquéllos, excepto el acreedor, el 50 por 100 de la cantidad que sirvió de tipo para la segunda subasta, y el Notario, seguidamente, abrirá nueva licitación entre estos postores y quedará la finca adjudicada al que hiciese la proposición más ventajosa. La licitación se realizará el día señalado por el Notario dentro de los cinco siguientes a aquel en que se hubiera mejorado la postura. Si el primer postor, en vista de la mejora hecha por el segundo, manifestare que renuncia, se prescindirá de la licitación y la finca quedará rematada a favor del segundo.

Artículo 236 h) RH

1. El acreedor podrá concurrir como postor a todas las subastas y no necesitará consignar cantidad alguna para tomar parte en la licitación.

2. Los demás postores, sin excepción, para tomar parte en la primera o en la segunda subasta, deberán consignar en la Notaría o en el establecimiento destinado al efecto una cantidad equivalente al 30 por 100

del tipo que corresponda. En la tercera subasta, el depósito consistirá en un 20 por 100 del tipo de la segunda.

3. En las subastas, desde el anuncio hasta su celebración, podrán hacerse posturas por escrito en pliego cerrado, acompañando el justificante del depósito previo. Los pliegos se conservarán cerrados por el Notario y serán abiertos al comienzo del acto de licitación, no admitiéndose ya posturas verbales inferiores a la mayor de aquéllas.

4. Solo la adjudicación a favor del ejecutante o el remate a favor del mismo o de un acreedor posterior podrá hacerse a calidad de ceder a un tercero. El rematante que ejercitare esta facultad habrá de verificar dicha cesión mediante comparecencia ante el Notario ante el que se celebró la subasta, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago del resto de precio del remate.

Artículo 236 i) RH

1. En los ocho días siguientes al del remate, consignará el adquirente la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta y el total del precio.

2. En el mismo plazo deberá aceptar la adjudicación el rematante que hubiere hecho la postura por escrito y, en su caso, efectuarse la cesión del remate.

3. Si el rematante fuera el mismo acreedor, sólo consignará la diferencia entre el importe del remate y la cantidad a que ascienda el crédito y los intereses asegurados por la hipoteca, sin perjuicio de que, cuando se practique la liquidación de los gastos de la ejecución, se reintegre al acreedor, con lo que haya consignado, del importe de los originados, hasta la cantidad asegurada por la hipoteca.

4. Del mismo modo se procederá cuando el acreedor hubiera pedido que se le adjudique la finca o fincas y el importe asegurado por la hipoteca sea inferior al fijado como tipo para la subasta.

Artículo 236 j) RH

1. Las consignaciones de los postores, que no soliciten la devolución y hayan cubierto el tipo de la subasta, se reservarán a fin de que, si el rematante no cumpliera la obligación, pueda rematarse en favor de los que le sigan por el orden de sus respectivas posturas, si así lo consienten. Las cantidades consignadas por éstos se devolverán una vez cumplida la obligación por el adjudicatario.

2. Si en el plazo fijado no consignase el rematante el complemento del precio, se considerará sin efecto el remate principal y se estimará realizado en favor del postor que le hubiese seguido en el orden de su postura, siempre que se hubiese producido la reserva y la aceptación prevista en el apartado anterior y que la cantidad ofrecida por éste, sumada a las consignaciones perdidas por los rematantes anteriores, alcancen el importe del remate principal fallido.

3. El remate se hará saber al postor a los fines previstos en el apartado primero del artículo anterior. Si no hubiesen tenido lugar la reserva y la aceptación o si el segundo o sucesivos postores no cumplen su obligación, se reproducirá la subasta celebrada, salvo que con los depósitos constituidos puedan satisfacerse el crédito y los intereses asegurados con la hipoteca y los gastos de la ejecución.

4. Los depósitos constituidos por el rematante y, en su caso, por los postores a que se refiere el apartado anterior se destinarán, en primer término a satisfacer los gastos que origine la subasta o subastas posteriores y el resto, si lo hubiere, al pago del crédito, intereses y demás gastos de la ejecución.

5. En el caso de ser el propio acreedor ejecutante el rematante o adjudicatario, y de no consignar la diferencia entre el precio del remate o de la adjudicación y el importe del crédito o de los intereses asegurados con la hipoteca en el término de ocho días, contados desde que se le notifique la liquidación de esta diferencia, se declarará también sin efecto, el remate, pero responderá el acreedor de cuantos gastos originen la subasta o subastas posteriores que sea preciso celebrar y no tendrá derecho a percibir intereses de su crédito durante el tiempo que se emplee en verificarlas.

Artículo 236 k) RH

1. El precio del remate se destinará sin dilación al pago del acreedor que haya instado su ejecución en la medida garantizada por la hipoteca.

2. El sobrante, si hubiere acreedores posteriores, se consignará en el oportuno establecimiento público quedando afecto a las resultas de dichos créditos. Esta circunstancia se hará constar en el Registro por nota marginal.

Si no hubiere acreedores posteriores, el sobrante se entregará al dueño de la finca.

3. El Notario practicará la liquidación de gastos considerando exclusivamente los honorarios de su actuación y los derivados de los distintos trámites seguidos.

Artículo 236 l) RH

1. Verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se procederá a la protocolización del acta y al otorgamiento de la escritura pública por el rematante o el adjudicatario y el dueño de la finca o la persona designada conforme al artículo 234.

2. En la escritura se harán constar los trámites y diligencias esenciales practicados en cumplimiento de lo establecido en los artículos anteriores y, en particular, que se practicaron las notificaciones prevenidas en los artículos 236 c) y 236 d); que el importe de la venta o adjudicación fue igual o inferior al importe total garantizado por la hipoteca y, en caso de haberlo superado, que se consignó el sobrante en la forma prevista en el apartado segundo del artículo 236 k).

3. La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca.

Artículo 236 m) RH

El adjudicatario podrá pedir la posesión de los bienes adquiridos al Juez de Primera Instancia del lugar donde radiquen.

Artículo 236 n) RH

Si quedaren desiertas las subastas celebradas y el acreedor no hiciere uso del derecho de adjudicarse los bienes ejecutados, el Notario dará por terminada la ejecución y cerrará y protocolizará el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda.

Artículo 236 ñ) RH

1. El Notario sólo suspenderá las actuaciones cuando se acredite documentalmente la tramitación de un procedimiento criminal, por falsedad del título hipotecario en virtud del cual se proceda, en que se haya admitido querrela, dictado auto de procesamiento o formulado escrito de acusación, o cuando se reciba la comunicación del Registrador de la Propiedad a que se refiere el apartado tercero del artículo 236 b).

2. Verificada alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior, el Notario acordará la suspensión de la ejecución hasta que, respectivamente, terminen el procedimiento registral. La ejecución se reanudará, a instancia del ejecutante, si no se declarase la falsedad o no se inscribiese la cancelación de la hipoteca.

Artículo 236 o) RH

En cuanto a las demás reclamaciones que puedan formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados se estará a lo dispuesto, en cuanto sea de aplicación, en los cinco últimos párrafos del artículo 132 de la Ley Hipotecaria.