

EJECUCIONES HIPOTECARIAS. SOLUCIONES JURÍDICAS A UN DRAMA SOCIAL.

INTRODUCCIÓN

El título de estas jornadas “Ejecuciones hipotecarias. Soluciones jurídicas a un drama social” anuncia una materia de gran amplitud en la que la realización del derecho real de hipoteca es sólo un acto más del drama. El estallido de la burbuja inmobiliaria con el desplome del valor de los inmuebles y una práctica desaparición de la demanda de compra justo después de un período en el que se inflaron las tasaciones bajo la errónea creencia de que su valor nunca bajaría ha provocado que la garantía hipotecaria sea insuficiente para el acreedor (que no recupera el crédito con el producto de la subasta porque ésta queda desierta por falta de postores) mientras el deudor se encuentra cautivo de una deuda cuyo importe es frecuentemente superior a lo que vale su casa.

No es este el foro para tratar acerca de las causas últimas de esta situación ni de la determinación de responsabilidades, pero no puedo resistirme a afirmar que, en mi opinión, es un problema de educación. La crisis económica es sólo el síntoma de una enfermedad más grave que padece la sociedad: el “síndrome de deficiencia de valores” en la que el ciudadano está al servicio de la economía y no a la inversa; en la que el enriquecimiento rápido ha sido considerado como ejemplo de éxito; en la que el consumismo ha sido alentado desde políticas de obsolescencia programada...en definitiva, en la que el crecimiento ilimitado ha determinado las directrices económicas de los estados como si el crecimiento infinito fuera posible en un mundo finito.

Esas tendencias antisociales han afectado a diversos mercados, como el financiero mediante la creación de productos tendentes a enriquecer a su emisor utilizando unas veces el afán desordenado de riqueza de sus clientes y otras su incultura económica o jurídica (swaps, preferentes, obligaciones subordinadas, productos estructurados) y el de vivienda, mediante la utilización especulativa de un bien de primera necesidad financiada por el sector bancario con el fin de aumentar el activo de sus balances y las primas por objetivos de sus gestores.

El daño ya está hecho...la solución para que esto no se repita está en la ética individual y en los principios que rijan las políticas públicas. El operador jurídico tan sólo puede contribuir a aliviar el drama de las víctimas con las herramientas que el legislador dispone y proponer a éste mejoras o incluso nuevas vías jurídicas de actuación.

En estas jornadas las víctimas sobre las que nos ocuparemos son los deudores hipotecarios, contratantes personas físicas de préstamos o créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria sobre su vivienda habitual que destinaron el dinero a la adquisición de esa misma vivienda o que hipotecaron su vivienda en garantía de una deuda ajena, frecuentemente la de un familiar en dificultades o la de su pequeña empresa societaria fundada por él mismo y sus más allegados para el desarrollo de su negocio familiar.

En esta línea, la protección a los deudores hipotecarios puede plantearse en cinco frentes que podrían clasificarse usando la terminología sanitaria en:

- 1) Preventivo, en el momento de contratar el préstamo o crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria.
- 2) Terapéutico, que trata de buscar remedios cuando el incumplimiento ya se ha producido.
- 3) Quirúrgico, cuando ya sólo cabe acudir a la operación de venta del bien hipotecado para satisfacer el crédito del acreedor.
- 4) Paliativo, cuando con la pérdida de la propiedad del inmueble hipotecado el ejecutado se ve abocado a abandonar el mismo, bien voluntariamente, bien por un procedimiento de desahucio, y el de....
- 5) Rehabilitación, relativo a la situación del deudor una vez liquidado su patrimonio cuando éste no ha sido suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda.

Obviamente, el objeto de la ponencia “La venta extrajudicial como alternativa a la ejecución judicial. Valoración crítica del régimen legal vigente” me obliga a centrarme en el tercer frente al que he hecho

referencia desde un punto de vista notarial pero, con permiso del moderador, me atrevo a apuntar brevemente algunas cuestiones que más tarde, sin duda, pueden enriquecer el debate.

PREVENTIVO.

En el aspecto preventivo de la protección del deudor hipotecario debe atender a la salvaguarda del consentimiento informado por el otorgante y al control de las cláusulas abusivas, cuestiones en las que los notarios tenemos algo que decir como funcionarios públicos presentes en el momento de la dación del consentimiento contractual también llamado el “momento de la verdad” pues en el mismo se perfecciona el contrato y se llevan ya a cabo todas o algunas de sus prestaciones.

a) Con relación al consentimiento informado la actuación legislativa se plasma en la Orden de Economía y Hacienda 2899/ 2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios¹ que recoge el derecho del cliente de la entidad financiera a examinar el proyecto de escritura de préstamo en el despacho del notario al menos durante tres días hábiles anteriores a su otorgamiento y la obligación del notario de advertirle de diversos extremos como la existencia de cláusulas suelo y techo o de la previsible evolución de las cuotas crecientes, entre otros.

Estas medidas, tan vistosas sobre el papel, tienen difícil aplicación si no se complementan con:

- Educación jurídica del ciudadano y diligencia en el ejercicio de los derechos, pues en doce años de ejercicio ningún prestatario ha venido a examinar la escritura con antelación a la firma, lo que es sorprendente puesto que supone renunciar al asesoramiento gratuito de un jurista cualificado en estas materias.

- No sirve de mucho que se imponga al Notario el control del cumplimiento de deberes de información en la fase precontractual y que no se establezca su participación obligatoria en esa fase....por ejemplo, fijando la obligación de la entidad financiera de depositar física o telemáticamente la documentación necesaria para la redacción del instrumento público junto

¹ Esta orden entró en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 29 de abril de 2012; por excepción el capítulo II del título III sobre préstamos y créditos hipotecarios entró en vigor a los nueve meses de su publicación, el 29 de julio de 2012; y por contraexcepción la sección 3ª de ese mismo capítulo y título sobre los tipos de interés entra en vigor el 29 de abril de 2012 –fecha de entrada en vigor general de la orden.

Esta orden deroga la Orden 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito y la Orden 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

con la FIPER² para que éste pueda ser examinado con anterioridad y firmado por el prestatario en el despacho notarial...no apresuradamente en pasillos antes del acto del otorgamiento.

Merece atención en este punto el Artículo 6 de la Ley 1/2013 bajo el epígrafe del “Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios”, en relación con los préstamos hipotecarios contratados por persona física en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza.
- b) Que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés, o bien;
- c) Que se concedan en una o varias divisas

Se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

Esta norma es absolutamente criticable por diversas razones:

- 1) Desde un punto de vista del concepto de la función notarial, porque si no destila un tufillo de desconfianza por parte del Estado hacia uno de sus cuerpos de funcionarios se parece mucho y supone desconocer que el Notario actúa de modo imparcial ejerciendo su función respecto de quienes solicitan su intervención y tratando de prestar una asistencia especial al necesitado de ella, como establece el artículo 147 RN.
- 2) Desde un punto de vista de la técnica notarial, por innecesaria, pues ya consta en la escritura que el notario ha leído íntegramente y en alta voz el instrumento público a los comparecientes, después de advertirles del derecho que tienen a hacerlo por sí, del que usan...o no, y enterados de su contenido, dan libremente su consentimiento y firman. También da fe de todo lo contenido en el instrumento, de que su otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes y de estar extendido en los folios de papel timbrado exclusivo correspondiente. De conformidad con el artículo 193 RN y con

² Ficha de Información Personalizada

independencia del procedimiento de lectura, se entenderá que ésta es íntegra cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes.

3) Desde un punto de vista práctico, por entorpecedora, pues no tiene en cuenta a las personas que no saben leer ni escribir –que aunque el legislador no parece enterarse, existen con más frecuencia de la que uds, pueden imaginar- y que yo sepa, tienen plena capacidad jurídica de obrar.....o a las que sabiendo leer y escribir no pueden “manuscribir” por causas diversas como son –y estas las he padecido en mi Notaría- que han olvidado las gafas de cerca, que tienen la mano escayolada, que han sufrido un ictus que no afecta a su capacidad intelectual y volitiva pero les dejó la mano “muerta” o que son mayores y les tiembla el pulso.

Para estos casos que hacer...? Es que tendrán que otorgar un poder inmediatamente antes del préstamo para que el apoderado plasme la expresión manuscrita....?

En fin, es una norma desafortunada, innecesaria e incoherente con la función notarial. Esperemos que el legislador rectifique cuanto antes y que mientras el Banco de España se le olvide determinar los términos de la expresión manuscrita....y mientras tanto no los establezca entendemos que la norma es inaplicable.

b) Respecto al control de las cláusulas abusivas el artículo 17.3 del Reglamento de Condiciones Generales de la Contratación establece que “Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretendan contener o se incluyan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación” y el 147 RN establece que “Sin mengua de su imparcialidad, el notario comprobará que –los instrumentos públicos que autorice- no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.”

Habrà que desterrar pues de la escritura las cláusulas declaradas nulas por la STS 16 de diciembre de 2009³, como son:

- Pactar el cobro de comisiones por remisión a los libros de tarifas o comisiones de la entidad.
- Sumisión expresa a fuero.
- Pacto por el que se imponen las costas judiciales a los demandados.
- Pacto de vencimiento anticipado por incumplimiento de cualesquiera obligaciones o por disminución de solvencia del deudor.
- Pacto de vencimiento anticipado por falta de inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad,
- Prohibición de arrendar si no se limita a los arrendamientos de viviendas excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa.
- Prohibición de enajenar la finca hipotecada.
- Exención del deber de la entidad de comunicar al deudor la cesión del crédito hipotecario a un tercero.

Es importante en este punto resaltar que la reciente sentencia STS 9 de mayo de 2013 sobre las "cláusulas suelo" que creemos aún no ha sido inscrita en el RCGC establece las siguientes conclusiones:

- 1) Las cláusulas suelo son lícitas.
- 2) No es preciso que exista equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes mínimo (suelo) y máximo (techo).
- 3) No es preciso que vayan acompañadas por cláusulas techo.
- 4) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas, como son:
 - el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo) con inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero.
 - los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero.

³ La Sentencia de la Sala 1ª (de lo Civil) del TRIBUNAL SUPREMO de fecha 16 de diciembre de 2009 ya HA SIDO INSCRITA EN EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, con fecha 7 de marzo de 2011. Queda así cumplido el requisito exigido por el artículo 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por lo que las cláusulas objeto de la Sentencia no podrán figurar en ninguna escritura pública ni inscripción registral desde la fecha de la inscripción (7 de marzo de 2011). Según anunció en rueda de prensa el Colegio de Registradores, el contenido de dicho Registro podrá consultarse de forma inmediata y gratuita a través de la página web www.registradores.org.

Jornadas de Alcira. 30-5-2013

Entonces por qué las declara nulas...? No por su ilícitud intrínseca sino por la falta de transparencia que deriva de las siguientes circunstancias:

- a) La creación de la apariencia de un contrato a interés variable en el que las oscilaciones a la baja no repercuten de forma sensible en el coste del préstamo de forma que se convierte en un préstamo a tipo fijo variable exclusivamente al alza.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato (es decir, del precio del dinero prestado).
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Por lo demás indicar que sería deseable una mejora en el acceso del Registro de Condiciones Generales de la Contratación llevado en el Registro de Bienes Muebles Central pues hoy por hoy no es viable su acceso telemático inmediato

TERAPÉUTICO.

En el aspecto terapéutico habría que referirse a los remedios para hacer frente a la patología del incumplimiento y sus consecuencias. Cabe citar:

- 1) El Código de Buenas Prácticas contenido en el RD Ley 6/2012 de 9 de marzo que tiende a facilitar una reestructuración de la deuda mediante una carencia de amortización de capital de cinco años, ampliación del plazo de amortización hasta cuarenta años desde la concesión del préstamo y reducción del tipo de interés al Euribor+0,25 durante el plazo de carencia, llegando en caso de la inviabilidad de la reestructuración a establecer la dación en pago de la vivienda habitual. Este RD ha sido modificado en

algunos aspectos por la nueva Ley 1/2013 que amplía su aplicación a los hipotecantes no deudores que se hallen en el umbral de exclusión (Art 2), permite a los fiadores hacer uso del beneficio de excusión aún cuando hubieran renunciado a él (Art. 3 bis) y refuerza su cumplimiento con la consideración de su incumplimiento como infracción grave de Ley 26/1988 de 29 de julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Con todo este código no deja de ser un titular de prensa y un “brindis al sol” por la voluntariedad de la adhesión para las entidades de crédito y la definición restrictiva del umbral de exclusión que lo hace inaplicable para la mayoría de la población.

2) El fomento de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos previa a la iniciación de la ejecución; por ejemplo, privando del cobro de las costas con cargo al deudor si no se acude a una sesión informativa sobre el proceso de mediación, informando a los directores de oficina de la existencia de esta posibilidad y propiciando un cambio de mentalidad de los operadores jurídicos por cuanto, hoy por hoy, una vez se externalizan las ejecuciones los incentivos a no negociar –para ellos- son superiores a los que se obtienen negociando.

Sin embargo de nada sirve llegar a un acuerdo de reestructuración de deudas si su viabilidad se ve frustrada por la carga fiscal para las partes porque en la situación actual no es de recibo que pactar un pacto de carencia, cambiar el sistema de amortización pasando del francés al de cuota creciente o añadir un avalista tribute por AJD tomando como base imponible la totalidad responsabilidad hipotecaria. Un ejemplo sacado de la realidad...la semana pasada...una novación por cambio de sistema de amortización para rebajar la cuota a una prestataria que no podía pagar 200€ mensuales devengó 2.500 € de impuestos por lanovación y 190 por el aumento de capital prestado que tuvo que aceptar para.... pagar los impuestos!!!! Endeudándose todavía más....ESTO ES A TODAS LUCES INJUSTO; la exención prevista en el artículo 8 del RD 6/2012 para las novaciones efectuadas al amparo del mismo es insuficiente.

4) La archiconocida Dación en Pago, entendiéndola por tal la que libera de la totalidad de la deuda, presenta dos variantes.

4.1) Por un lado la voluntariamente pactada por acreedor y deudor, que puede pactarse al tiempo de la contratación del préstamo mediante la

hipoteca de responsabilidad limitada del artículo 140 LH o después, al tiempo de llegar las dificultades de conformidad con el artículo 1166 Cc.

Esta modalidad se ha dado principalmente respecto de los deudores hipotecarios extranjeros que se marchan a su país por cuanto las entidades acreedoras han tenido que aceptar que el único bien realizable en territorio español es la vivienda y nada habrá ya en el futuro que puedan trabar para hacer efectivo su crédito.

Tiene como principales escollos para su aplicación la excesiva carga fiscal que desincentiva esta vía y la inoperancia en caso de existencia de cargas posteriores.

4.1.1) La excesiva carga fiscal que desincentiva esta vía de solución:

- En IRPF el deudor tiene que tributar por una inexistente ganancia patrimonial valorándose el inmueble por el saldo actual de la deuda por todos los conceptos según el informe de la DGT 1856-11 de 10 de mayo de 2012. Así, por ejemplo, si el inmueble se adquirió por 200.000, hoy tiene un valor de mercado de 170.000 y se da para saldar una deuda que asciende por todos los conceptos a 255.000: el valor de la transmisión a efectos del cálculo de la alteración patrimonial es de 250.000 €.

El RD 6/2012 establece en su DA 36ª una exención aplicable tan sólo a los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas...es decir, a casi nadie.

- En IIVTNU el deudor tiene que pagar al Ayuntamiento la plusvalía municipal salvo que se haga la dación en el estrecho ámbito del RD /2012 en cuyo caso paga el banco de conformidad con el art. 106 LRHL que lo declara sustituto del contribuyente.

- En TPO el banco acreedor tiene que pagar el 8% sobre el valor del bien adjudicado en pago.

- EN ISD cuando el valor del inmueble es inferior al de la deuda condonada.....afortunadamente en esta modalidad impositiva ha prevalecido la cordura y la DGT en informe de fecha 9 de mayo de 2013 solicitado por la Junta de Andalucía se ha dado cuenta que no hay ánimo de liberalidad en el banco cesionario –faltaría más- que se limita a cobrar en especie algo antes que no cobrar nada...y es que no es lo mismo gratuidad –ausencia de contraprestación- que liberalidad – ánimo de beneficiar al destinatario de la misma-.

4.1.2) La inviabilidad de acudir a la dación en pago cuando hay cargas posteriores por cuanto el acreedor no va a dar carta de pago adjudicándose el inmueble con algún gravamen....en estos casos los acreedores acuden a la ejecución judicial o a la venta notarial para quedarse con el inmueble en subastas desiertas y lograr la purga de las cargas posteriores como efecto natural de la hipoteca ejecutada.

4.2) Por otro lado, la segunda variante de la dación en pago obligatoria para el acreedor, que ha sido patrocinada, entre otros, por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca y que actuaría con carácter retroactivo, no es actualmente viable y plantea problemas de constitucionalidad por que implicaría la privación para una de las partes (las entidades financieras), de una parte de sus derechos sin justiprecio y en contradicción con la irretroactividad de las disposiciones no favorables; circunstancias que, se dice, encarecerían el mercado crediticio.

Quizá una solución sería admitir una dación en pago obligatoria en el caso de que el inmueble todavía tuviera un valor superior al de la deuda según tasación independiente al tiempo de efectuar dicha dación.

PALIATIVO

En el campo paliativo, cuando se ha perdido la propiedad y posesión de la vivienda, hay que explorar soluciones imaginativas para que los deudores desahuciados puedan seguir atendiendo a su necesidad básica de vivienda:

a) La Ley 1/2013 recoge una medida ya adoptada en el RDL 6/2012 consistente en la suspensión de los lanzamientos hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de la Ley, esto es, hasta el 15 de mayo de 2015 cuando se trate de la vivienda habitual de personas que se encuentren en supuestos de especial vulnerabilidad establecidos en la propia Ley y que están también sujetos a criterios muy restrictivos. La concurrencia de tales criterios se acreditará por el deudor en cualquier momento antes del lanzamiento, ante el Juez o el Notario encargado del procedimiento, lo que se hará constar en el acta de tramitación y en la escritura de venta extrajudicial.

b) El arrendamiento mediante la creación de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito con rentas asumibles en función de los ingresos que perciben, tal y como establece la DA1ª de la Ley 1/2013.

Jornadas de Alcira. 30-5-2013

c) El comodato o préstamo de uso gratuito, regulado en los artículos 1741 y ss. Cc patrocinado por autores como Fernando Gomá Lanzón que plantea que los deudores desahuciados pudieran continuar en la posesión de la vivienda en concepto de comodatarios por un plazo de uno o dos años. Con ello gana el banco que se ahorra los gastos ordinarios de mantenimiento y de comunidad de propietarios de una vivienda que no va a poder vender a corto plazo evitando el deterioro de la misma....y gana también el deudor que continúa habitando la vivienda. Sin duda esta es una propuesta muy interesante tanto civil como fiscalmente.

d) La expropiación temporal del uso de las viviendas adjudicadas a las entidades financieras en los procedimientos de ejecución por un plazo máximo de tres años en la que el beneficiario de la expropiación queda obligado frente a la Administración expropiante al pago del justiprecio en cuantía no superior al 25% de los ingresos de la unidad familiar; establecida en el RD Ley 6/2013 de 9 abril de la Junta de Andalucía.

REHABILITACIÓN

Ejecutado el patrimonio del deudor persona física, ya ocurra esto en ejecución individual o colectiva –en sede concursal- si el producto del mismo no ha sido suficiente para satisfacer sus deudas, sigue respondiendo del resto con su patrimonio futuro mientras no prescriban las acciones para reclamar su cumplimiento de conformidad con el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 Cc.

Este principio jurídico clásico que, en una coyuntura económica normal parecía incontestable, se torna en contraproducente y a todas luces injusto en situaciones de crisis generalizada como la actual, lo que ha provocado resoluciones judiciales que buscando la justicia material han incurrido –de lege data- en manifiesta ilegalidad, como fueron los Autos de la AP de Navarra Secc. 2ª de 17 de diciembre de 2010 (111/2010) o el de la AP de Gerona de 16 de septiembre de 2011 (119/2011).

Y digo contraproducente porque supone excluir socialmente al deudor, abocarlo a la economía sumergida y consumir recursos asistenciales del Estado.

Siguiendo a la profesora Matilde Cuenca Casas⁴ en España hay acuerdo en que el concurso de persona física es una figura estéril. Concluido el proceso

⁴ “Fresh Stara y mercado crediticio” en INDRET, Revista para el análisis del Derecho. www.indret.com

sin convenio –que está poco estimulado, pues si no se alcanza el acreedor no pierde ninguna garantía de su crédito- si continúa habiendo pasivo pendiente la situación del deudor sigue siendo la misma que antes de comenzar el concurso pues es responsable de la deuda restante pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares (Art. 178 LC)...pero es que además, paradójicamente, el deudor tendría de nuevo obligación de declararse en concurso por imperativo del artículo 5 LC, llevando al deudor a una situación de concurso permanente.

Este problema ya está resuelto en Derecho Comparado a través de dos modelos que, con distintas variantes existen en países europeos como Alemania, Portugal, Suecia, Italia, Irlanda, Bélgica, Dinamarca, Polonia, Reino Unido, Austria o Finlandia:

a) El anglosajón de “Fresh Start o discharge” que rige en EEUU desde 1898 consiste básicamente en la liquidación del patrimonio embargable o no exento del deudor y la liberación del deudor persona física de buena fe por decisión judicial⁵ y sin consentimiento del acreedor. Responde a la idea de recuperar lo más rápidamente al deudor para la actividad económica, el compartir el riesgo con los acreedores y no estigmatizar a la persona sobreendeudada configurándolo como un instrumento de política económica.

b) El alemán de “rehabilitación” que trata de renegociar las deudas con los acreedores estableciendo un plan global de reembolso. Tras un período de prueba durante el que destinará parte de su renta al pago de la deuda pendiente podrá beneficiarse de la liberación si ha tenido un comportamiento honesto y de buena fe; no siendo por tanto la liberación automática como en el modelo norteamericano

Por qué no se adopta pues en España...? Fundamentalmente por el temor del legislador de que ello provocara un incremento del coste crediticio, una restricción del crédito, un abuso de deudores oportunistas y una congestión de los Juzgados de lo Mercantil.

Frente a los argumentos en contra se dice que el “Fresh Start” estimula el espíritu emprendedor, que incentiva la concesión de crédito responsable, que los estudios hasta ahora publicados con relación a la experiencia

⁵ En España el art. 11 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles reconoce esa discrecionalidad judicial al decir que: “Los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago”.

norteamericana no permiten establecer en el “Fresh Start” la causa del incremento del coste crediticio ni que conlleve necesariamente la restricción del crédito.

En cuanto al problema de la congestión de los Juzgados se soluciona proporcionando más medios a la Justicia y no evitando que los problemas del ciudadano lleguen a los tribunales en flagrante vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; a mitigar esto podría ayudar el establecimiento de una mediación previa al concurso obligatoria que puede ser notarial, que tendría notables posibilidades de éxito por que ahora sí estarían los acreedores incentivados en llegar a un acuerdo.

Por ahora han pesado más en el legislador los argumentos en contra, que han hecho fracasar las iniciativas legislativas intentadas hasta ahora, como:

- Las enmiendas al proyecto de Ley Concursal planteadas por Convergencia i Unió en el Senado o
- La más reciente proposición de Ley del grupo parlamentario Unión Progreso y Democracia publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de diciembre de 2011 que recogía también la mediación notarial.

Muy lejos de estos modelos –aunque parece que inspirada en ellos, particularmente en el alemán- se encuentran:

- la nueva redacción del artículo 579.2 LEC por la Ley 1/ 2013 que únicamente en el caso de ejecución de la vivienda habitual hipotecada, el deudor queda liberado si paga en los cinco años siguientes a la aprobación del remate o adjudicación el 65% de la cantidad total que entonces quedara pendiente incrementada en el interés legal del dinero. También quedará liberado si en los diez años siguientes paga el 80% de la deuda pendiente con el mismo incremento de intereses. Pasados esos diez años el acreedor podrá reclamar lo que se le debe según las reglas ordinarias.

- La figura del empresario de responsabilidad limitada a que se refiere el anteproyecto de Ley de Emprendedores aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de mayo de 2013 conforme al cual la responsabilidad derivada de las deudas empresariales no afectará a su vivienda habitual si su valor no supera los 300.000 €; lo cual viene a ser únicamente un supuesto de inembargabilidad de la vivienda habitual y no propiamente una limitación del artículo 1911 Cc.

Jornadas de Alcira. 30-5-2013

- También prevé el citado anteproyecto un mecanismo de negociación extrajudicial que se llevará a cabo ante un notario o registrador mercantil, que designarán a un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia...es decir, un mediador de los regulados en la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación civil y mercantil. Parece que podrán pactarse quitas de hasta el 25% de los créditos y esperas de hasta tres años, salvo en caso de créditos de Derecho Público que, al ser indisponibles, sólo admitirían aplazamiento; tampoco afectarían a los créditos con garantía real...por tanto a los deudores hipotecarios.

Se observa pues, que el legislador sigue parcheando sin tener una visión general de la problemática del principio de responsabilidad patrimonial universal y su posible configuración.

CENTRÁNDONOS EN :

LA VENTA EXTRAJUDICIAL COMO ALTERNATIVA A LA EJECUCIÓN JUDICIAL.

Es conocida la definición de hipoteca del profesor Roca Sastre como “Derecho real de realización de valor, accesorio, indivisible, de constitución registral que grava bienes inmuebles ajenos y enajenables, que permanecen en posesión de su propietario”

Pues bien, la venta del bien hipotecado no es otra cosa que el ejercicio de la facultad de “ius distrahendi” integrada en el derecho subjetivo para, con su precio, satisfacer al acreedor. Esta facultad puede ejercitarse:

- Judicialmente, acudiendo a los funcionarios que tienen atribuida la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, conforme al art. 117CE, mediante un juicio ejecutivo especial para los bienes hipotecados.

- Extrajudicialmente, acudiendo a los funcionarios que –junto con los registradores de la propiedad y mercantiles- tienen atribuida la seguridad jurídica preventiva consagrada en el artículo 9 de nuestra Constitución. Se trata en este caso de un acto de jurisdicción voluntaria puesto que el acreedor no ejercita ninguna acción, sino el cumplimiento de lo pactado en la escritura de préstamo garantizado con hipoteca para el caso de inobservancia de la obligación garantizada, siendo la función del notario velar por la legalidad que regula dicho ejercicio privado y que tiende a

salvaguardar los derechos del deudor para que pueda participar en la ejecución, oponerse judicialmente en su caso y obtener el mejor precio posible.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La venta extrajudicial hunde sus raíces el Derecho Romano clásico y tras conciliarse con la edición romanceada del Fuero Juzgo pasó a las Partidas y posteriormente al artículo 1872 Cc ordenado publicar por RD 24 de julio de 1889.⁶

a) El Reglamento Hipotecario de 1915 reguló el procedimiento con la particularidad de que no pudiera utilizarse cuando existieran terceros con títulos inscritos con anterioridad a la nota marginal de iniciación del procedimiento, lo que motivó según algunos autores, su falta de aplicación.

b) La Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 y el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946 dio rango legal al procedimiento en el párrafo segundo del artículo 129 LH que dispuso que *“Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá validamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aún en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario.”* Trámites contenidos en los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 estableciendo dos subastas y sin posibilidad de que la segunda se hiciera sin sujeción a tipo.

c) El Real Decreto 290/1992 de 22 de marzo modificó en profundidad el procedimiento ejecutivo extrajudicial porque, según su Exposición de Motivos existía *“una enorme presión sobre la Administración de Justicia que, a la postre, puede poner en peligro el dinamismo de un sector de vital importancia para la cobertura de necesidades tan básicas de los ciudadanos como son las relativas a la adquisición de viviendas.”* En esta regulación contenida en los artículos 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario se estableció el sistema de tres subastas para armonizar este procedimiento con el de previsto en el artículo 1506 LEC de 3 de febrero de 1881 que desde su primer texto contemplaba las tres subastas siendo la tercera sin sujeción a tipo.

⁶ RDGRN 28 de mayo de 2001. Tomada de “Venta extrajudicial ante notario del inmueble hipotecado. Estudio y Formularios.” Rafael Gómez-Ferrer Sapiña Ed. Tirant Lo Blanch

d) La Ley 10/1992 de 30 de abril de medidas urgentes de reforma procesal, con el mismo criterio de armonización, modificó también el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria estableciendo para éste tres subastas, siendo la tercera sin sujeción a tipo.

De este modo quedaban equiparados en cuanto al número de subastas y los tipos aplicables el procedimiento de apremio sobre inmuebles embargados, el judicial sumario y el extrajudicial pero esta equiparación duró menos de ocho años.

e) La Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil da nueva redacción al artículo 129 LH, que en lo que nos ocupa establece que *“.....Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario.”*

A pesar de que el apartado XVII de la Exposición de Motivos de la LEC afirmaba que, respecto de los procedimientos de ejecución forzosa, dicha Ley nació con vocación de unicidad, atendida la previa disparidad de procedimientos existentes, lo cierto es que se olvidó del extrajudicial y así el artículo 691.4 de la misma LEC remitía en lo relativo a la subasta a su normativa general que fijaba una única subasta y la adjudicación al acreedor no podía ser nunca sin sujeción a tipo con lo que vuelve a haber descoordinación entre la regulación de la ejecución judicial y la extrajudicial.

Además, al suprimirse el inciso que afirmaba que *“será aplicable, aún en el caso de que existan terceros”* hubo quien titubeó en su aplicación en tales supuestos, dudas que disipó la RDGRN 17 de enero de 2013 al afirmar que *“Al igual que el ius distrahendi es consustancial al derecho del acreedor, también lo es la facultad de ejercitarlo frente a cualquiera, “erga omnes”, como ha reiterado la doctrina de nuestro Tribunal Supremo al interpretar los artículos 104 LH y 1876 Cc. La fuerza ofensiva del derecho de hipoteca es consustancial al mismo y no depende del modo concreto en cómo se ejercite, siempre que sea por uno de los cauces legalmente previstos.....Pretender que el pacto inscrito limita su eficacia a las partes que lo establecieron es desconocer el juego de los principios registrales y la propia esencia de la publicidad material que proporciona el Registro, regresando a la situación anterior a 1915.”*

f) En el año 2011, cuando ya nadie en sus cabales puede negar la crisis económica y la alarma social se dispara; la adjudicación en tercera subasta sin sujeción a tipo –antes también patrocinada por el procedimiento judicial como se ha dicho- pone al procedimiento extrajudicial bajo la presión mediática que, en sus diatribas amarillistas, no duda injustamente en situar a los notarios bajo sospecha de colaboracionismo con la pérfida banca al permitir que se adjudiquen los inmuebles por “un euro”. Lamentablemente sí era cierto que la regulación reglamentaria permitía semejante aberración aunque afortunadamente en la práctica –que yo sepa- no sucedía tal cosa.

Por si acaso alguna entidad “compraba” la idea, la Circular de Orden Interno 1/2012 de 25 de febrero del Consejo General del Notariado, de obligado cumplimiento, señaló en relación con las ejecuciones de vivienda habitual que el notario, en su condición de funcionario público debe acomodar su actuación a los mínimos de protección impuestos por el legislador en la regulación de la subasta establecida en la LEC modificada a la sazón por el RD Ley 8/2011 de 1 de julio y la Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal.

g) En esta situación el Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos establece para el procedimiento extrajudicial, en su artículo 12, un sistema de subasta única en aquéllos casos en que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor estableciendo en caso de subasta desierta la posibilidad de adjudicación al acreedor por el 60% del valor de tasación. Además en su DF3ª decía que *“El gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, aprobará las normas reglamentarias precisas con el fin de simplificar el procedimiento de venta extrajudicial, las cuales incorporarán, entre otras medidas, la posibilidad de subasta electrónica”*. Plazo que, como es habitual, no se cumplió por el ejecutivo. Como al legislador se le olvidó establecer alguna medida transitoria la comunicación del CGN de 16 de marzo de 2012 señaló que el nuevo sistema debía aplicarse a todo procedimiento de ejecución extrajudicial que no hubiera concluido mediante subasta con remate o adjudicación al tiempo de su entrada en vigor (el día 11 de marzo de 2012).

h) Pero ese parche no acaba con los desahucios y las noticias sobre suicidios se multiplican, por lo que se publica el RD Ley 27/2012 de 15 de noviembre de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios que establece que hasta transcurridos dos años desde su

entrada en vigor (el 16 de noviembre de 2012) no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor o persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y las circunstancias económicas previstas en el mismo cuya concurrencia podría acreditarse documentalmente ante el juez o el notario encargado del procedimiento.

i) El 14 de marzo de 2013 se dicta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo una cuestión prejudicial elevada a dicho órgano por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona. El tribunal europeo detecta que la normativa española hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores la Directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores, vulnerando el principio de efectividad, por cuanto no permite al juez que conozca del proceso declarativo en el que se dilucida el carácter abusivo o no de una cláusula, adoptar medidas cautelares –en particular la suspensión del procedimiento de ejecución- cuando sean necesarias para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Ante ello el Consejo General del Notariado remitió urgentemente una comunicación en la que “a los efectos de evitar cualquier perjuicio al deudor hipotecario y en espera de las decisiones de carácter legislativo que se adopten para adecuar nuestros sistemas de ejecución hipotecaria a dicho pronunciamiento”, todo notario que esté tramitando una venta extrajudicial debía notificar la existencia y alcance de la sentencia europea a acreedor y deudor y suspender el procedimiento cuando se acreditara la admisión a trámite de la demanda de declaración de cláusula abusiva o de adopción de medidas cautelares de suspensión del procedimiento.

j) Siguen las protestas –fundadas por otra parte- de la ciudadanía, la Iniciativa Legislativa Popular promovida por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca llega al congreso (para ser desatendida en su mayor parte) y se aprovecha su tramitación para tratar de adecuar nuestros sistemas de ejecución a la STJUE dando lugar a lo que ha venido a ser la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que modifica, otra vez, el procedimiento de ejecución extrajudicial, según la Exposición de Motivos, para reforzarlo...lo que está por ver dada la remisión a lo que “determinará” el Reglamento.

Y aquí estamos, queridos oyentes, los operadores jurídicos tratando de recomponernos ante el atropello que supone que las normas entren en vigor el mismo día de su publicación (lo que supone por cierto una paradoja jurídica puesto que el BOE se publica a las 7,30 de la mañana en su versión digital, así que una ley secreta por no estar publicada está vigente durante siete horas y media en clara contradicción con el artículo 9.3 de la Constitución que garantiza la publicidad de las normas).

Como puede verse tras este repaso a la historia legislativa del procedimiento extrajudicial se pone de manifiesto las carencias -estas sí “estructurales”- de nuestro legislador: desidia, pues en once años no hizo nada para evitar la descoordinación que él mismo provocó entre la LEC y la LH e improvisación pues desde el 2011 ha legislado a golpe de “escrache” y como diría mi amigo Iñigo Salinas –desconocido crítico literario y promesa de la filología hispánica- “ocurre con frecuencia que cuando el legislador zigzaguea la calidad jurídica levita a ras de suelo”.

CONSTITUCIONALIDAD.

La constitucionalidad de la vía extrajudicial fue puesta en duda durante los años noventa dando lugar a sentencias contradictorias del Tribunal Supremo:

- a) De la sala tercera (de lo contencioso-administrativo), de fechas 16 y 26 de octubre de 1995 que consideraban constitucional el procedimiento extrajudicial.
- b) De de la sala primera (de lo civil) de fechas 4 de mayo de 1998, 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2007, 14 de julio de 2008 y 25 de mayo de 2009....todas ellas referidas a ejecuciones extrajudiciales anteriores a la LEC 1/2000.

Básicamente la tacha de inconstitucionalidad se basaba en que el artículo 129 LH en su redacción anterior al año 2000, al ser una norma preconstitucional, estaba derogada por la DF3ª de la Constitución por lo que cualquier tribunal podía inaplicarlo. La derogación se producía por:

- Contrario al artículo 117 CE que atribuye a los jueces y tribunales la función de ejecución; frente a ello se afirma⁷ que el referido monopolio se

⁷ RDGRN 28 de mayo de 2001. Tomada de “Venta extrajudicial ante notario del inmueble hipotecado. Estudio y Formularios.” Rafael Gómez-Ferrer Sapiña Ed. Tirant Lo Blanch pg.42

circunscribe a lo juzgado por los propios órganos jurisdiccionales; por eso son posibles los apremios administrativos. Además numerosas leyes postconstitucionales contemplan las ventas extrajudiciales como artículos 322 y 323 del CdC sobre prenda de valores cotizables redactados por la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, el artículo 16 de la Ley 28/2008 de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el artículo 14 de la Ley 42/1998 de 15 de diciembre sobre Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles.

No hay que olvidar que la venta extrajudicial no es un verdadero proceso de ejecución sino una forma alternativa convenida por las partes para obtener la satisfacción de lo debido que no contiene recurso alguno a la coerción, auténtica esencia de la función jurisdiccional.

- También se afirmó que era contrario al artículo 24.1 CE porque excluye la tutela judicial efectiva; frente a lo cual se afirma que ello no sucede, por cuanto el deudor tiene los mismos medios de defensa que en el ejecutivo judicial.

Con la publicación de la nueva redacción del artículo 129 LH por la LEC 1/2000 ya no es posible la inaplicación del precepto por los jueces y tribunales pues sólo el TC puede ante una “cuestión de inconstitucionalidad” declarar con eficacia erga omnes y carácter definitivo la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico..... cosa, que por el momento, no se ha producido.

¿POR QUÉ SE ACUDE A LA VÍA EXTRAJUDICIAL?

El recurso a esta modalidad de ejercicio del derecho de hipoteca en los últimos tiempos ha respondido fundamentalmente a tres factores: la avalancha de ejecuciones judiciales provocada por la crisis económica, su menor duración y sus inferiores costes de tramitación respecto de la vía judicial.

a) Según datos de la Asociación Hipotecaria Española, entre el año 2010 y el primer semestre de 2012 se han llevado a cabo 143.142 ejecuciones hipotecarias; de las cuales más del 96% se tramitaron por vía judicial.

b) El plazo de duración media de una ejecución judicial se puede situar entre 18-24 meses; duración que puede verse incrementada por diversos factores, como la falta de impulso procesal del acreedor, de modo que si por ejemplo, el banco, una vez interpuesta la demanda y efectuados los requerimientos y notificaciones no solicita la fijación de fecha de subasta – por dejadez o por que no interesa para su balance anual- ésta no se celebra.

En cambio en la vía extrajudicial la duración oscila entre los 3-4 meses si hay una sola subasta o los 8 en los casos de tres subastas ,sin que sea preciso impulso procesal alguno pues efectuado el requerimiento el notario dirige el procedimiento, efectúa los requerimientos, notificaciones y publicaciones legalmente previstas.

La diferencia no es neutra para el deudor pues durante toda la tramitación sigue acumulando intereses moratorios sobre la totalidad del capital dado que la reclamación suele referirse, como consecuencia del vencimiento anticipado de la obligación, a la totalidad de la deuda. Es decir, que desde ese momento el deudor tiene que abonar los intereses moratorios incluso de las cuotas que tuviera que haber pagado veinte años después.

Así, por ejemplo, si un préstamo 25 años (de 300 cuotas) con un interés de demora del 18,75% deja de pagarse a los 10 (se han pagado 120 cuotas) quedando un saldo vivo de 200.000 euros, cada año la deuda se incrementaría en 37.500 euros. Esto ha motivado voces que piden modificar el devengo de los intereses de demora en el sentido de que las cuotas que fueran siendo impagadas comenzaran a devengar intereses moratorios y el resto sólo remuneratorios; voces que a fecha de hoy no han sido atendidas por el legislador.

c) También los costes de tramitación son muy distintos.

- En el proceso judicial, con la entrada en vigor de la Ley 19/2012 de Tasas Judiciales, para interponer la demanda ejecutiva habrá que pagar la tasa que corresponda a la cuantía de lo reclamado...para nuestro ejemplo de 200.000 euros la tasa sería aproximadamente de 1.200 euros, cantidad que abona el ejecutante pero que repercutirá al deudor engrosando su deuda.

A ello hay que añadir los honorarios de abogado y procurador, de obligatoria intervención, y que por la misma reclamación de 200.000 euros, si no hay oposición, la minuta del abogado podría ser según los baremos orientativos que manejan los Colegios de Abogados de unos

Jornadas de Alcira. 30-5-2013

10.000 euros –aunque en la práctica suele ser inferior- y los de procurador de unos 1.000 euros.

- En la venta extrajudicial no hay que abonar tasa alguna, por cuanto no se trata de un proceso jurisdiccional y tampoco es obligatoria la intervención de abogado o procurador; por más que los apoderados requirentes de las entidades financieras suelen pertenecer a una de estas dos profesiones jurídicas. Los costes (incluyendo las tasas de publicación en el BOP y BOE) suelen rondar los 4000 euros.

En resumen, para nuestro préstamo hipotecario tipo, los costes totales de ejecución serían los siguientes, siempre aproximados, pero que reflejan claramente la diferencia:

Por vía judicial, calculando una media no excesiva de 15 meses de tramitación: tasas (1200), profesionales (11000), intereses de demora (46.875): 59.075 euros

Por vía extrajudicial calculando 4 meses: acta de ejecución más gasto de publicaciones (4.000) e intereses de demora (12.500): 16.000 euros.

SITUACIÓN ACTUAL TRAS LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 1/2013

Con la publicación de la Ley 1/2013 que entró en vigor el día 15 de mayo de 2013 la nueva redacción del artículo 129 LH establece en su apartado primero que:

“La acción hipotecaria podrá ejercitarse:

a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título V del Libro III de la LEC, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.

b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.”

Resulta criticable el primer inciso por cuanto, como se ha explicado, no creemos que en el ejercicio extrajudicial del ius distrahendi se esté ejercitando ninguna acción.

Jornadas de Alcira. 30-5-2013

Por otra parte también resulta criticable que la elección de qué camino a seguir corresponda al acreedor sin ningún condicionante, pues como hemos visto el coste para el deudor no es el mismo...y dado que el deudor va a correr con el coste debería haberse aprovechado la Ley para que fuera éste el que escogiera el procedimiento a seguir tal y como proponía una de las enmiendas al texto legal que ha sido rechazada y que señalaba que “f) *Cuando la escritura de constitución de la hipoteca se hubiese pactado que la ejecución de la garantía puede hacerse por vía judicial o extrajudicial, la elección del procedimiento a seguir corresponderá al deudor, dentro de los diez días siguientes al último requerimiento de pago previo a la solicitud de ejecución, debiendo el acreedor informar expresamente de tal posibilidad. En caso de falta de pronunciamiento expreso del deudor en el plazo indicado, se entiende que opta por el judicial. La elección del deudor por uno u otro procedimiento deberá formularse ante notario a costa del acreedor.*”

Llama también la atención la modificación introducida por el legislador en el supuesto de hecho de la norma. En efecto:

- En la redacción del artículo 129 con la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil se decía “para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada”.
- En la nueva redacción se dice “sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.”

¿Qué trascendencia puede tener este cambio de redacción? En línea de principio se pueden plantear dos posibles interpretaciones:

a) Que la modificación no tiene ninguna trascendencia y que la venta extrajudicial puede instarse en caso de vencimiento por cualquier causa, como ocurría antes de la Ley 1/2013 y reconocía el artículo 236.c.1 RH que exigía indicar al deudor en el requerimiento de pago “la causa del vencimiento del crédito” lo que no tendría sentido si no cupieran causas diversas. Ese vencimiento determina la obligación de pago que, en caso de no atenderse, supone el “incumplimiento de la obligación garantizada” en terminología de la Ley 1/2000 que no es otra que el “pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada” en la terminología de la Ley 1/2013, pues siendo la hipoteca un derecho real de realización de valor es indudable que siempre garantizará una obligación pecuniaria consistente en el pago de un capital y -si se hubieren pactado- unos intereses..

b) Sin embargo creemos más atendible considerar que el cambio de redacción no es baladí: El legislador ha querido unificar el régimen de ejecución directa contra los bienes hipotecados y el de venta extrajudicial, aclarando que éstos son admisibles “sólo para el caso de falta de pago”. Cuando el vencimiento anticipado tiene lugar por causa distinta, el acreedor podrá acudir al juicio declarativo ordinario -como todo acreedor- o a la ejecución forzosa ordinaria por ser la escritura pública título ejecutivo de conformidad con el artículo 517.2 ordinal 4º LEC, cuyas causas de oposición son notablemente superiores a las del procedimiento de ejecución directa. A favor de esta interpretación puede citarse:

- El artículo 693.2 de la LEC, que en su redacción dada por la Ley 1/2000, al limitarse a permitir el despacho de la ejecución por la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiere convenido el vencimiento anticipado total en caso de falta de pago de alguno de los plazos y este convenio constase inscrito en el Registro de la Propiedad dejaba fuera la reclamación por esta vía cuando el vencimiento anticipado se hubiera producido por otro pacto distinto del impago de las cuotas.

- El artículo 693.2 LEC en su redacción dada por la nueva Ley 1/2013 insiste en la misma línea ...pero restringe aún más el recurso a la acción directa sobre los bienes hipotecados porque el pacto de vencimiento anticipado ha de referirse a la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses (se refiere al caso de cuotas trimestrales o semestrales) y este convenio constase en la escritura de constitución.

- La voluntad legislatoris que subyace en la nueva Ley de unificar los presupuestos y efectos de ambas vías de ejercicio del derecho de hipoteca, como demostraría la letra h del artículo 129.2LH al ordenar que la LEC tenga carácter supletorio en todo lo que no se regule en la Ley y el Reglamento Hipotecario.

ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL.

Jornadas de Alcira. 30-5-2013

Desde un punto de vista intertemporal, hay que distinguir las ventas extrajudiciales iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley y las iniciadas después.

A) VENTAS EXTRAJUDICIALES INICIADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY.

Hay que estar a las DT 1ª, 2ª y 5ª de la Ley 1/2013.

Las ventas extrajudiciales que se hallen en curso por no haber llegado a la adjudicación del bien se continúan tramitando como hasta ahora, con subasta única cuando se trata de la vivienda habitual del deudor de conformidad con el artículo 12 del RDL 6/2012 de 9 de marzo; o con triple subasta de conformidad con los artículos 234 y ss. RH en su redacción actual en los demás casos. (DT5ª)

En lo demás la Ley se aplicará a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiere ejecutado el lanzamiento –ahora bien como el notario no lanza, al ser competencia judicial a solicitar cuando hay resistencia por los ocupantes a ceder en su posesión, habrá que entender que se refiere a que no se haya producido la adjudicación- (DT1ª). Cuáles son entonces los extremos de la Ley que pueden tener incidencia en las ventas extrajudiciales en curso...? pues bien:

- En relación con los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda que el nuevo párrafo 3º del artículo 114 LH limita a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago, con lo que se prohíbe el anatocismo. La limitación será aplicable según la DT 2ª a las hipotecas que se constituyen con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Dado el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca podría pensarse que las escrituras de préstamo hipotecario otorgadas antes de la entrada en vigor de la Ley pero aún no inscritas, deberían rectificarse...sin embargo, creemos que ello no es así pues el legislador no se está refiriendo al momento del nacimiento del derecho sino al momento del pacto de constitución del derecho que motiva la inscripción determinante del nacimiento del derecho, como demuestran, vgr. los artículos 129.c LH o el 682.2.1º LEC que hablan de “escritura de constitución de hipoteca” o el artículo 3.3c.2º RDL 6/2012 que se refiere a la “escritura de constitución de garantía hipotecaria”.

El hecho de que se inscriba la escritura con intereses de demora pactados con anterioridad a la Ley en nada perjudicaría al deudor pues la DT 2ª

establece la aplicación de esta limitación a los intereses de demora previstos en préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como los que habiéndose devengado antes de la entrada en vigor de la Ley no hubiesen sido satisfechos.

En las ventas extrajudiciales iniciadas y no concluidas a la entrada en vigor de la Ley el Notario dará al ejecutante un plazo de diez días para que recalculé los intereses de demora conforme a la indicada limitación. Parece que los días son hábiles por aplicación del artículo 109 LH y que dicho recálculo debería efectuarse en acta de fijación de saldo complementaria de la que se aportó al iniciar el procedimiento o, al menos, el notario deberá realizar la comprobación correspondiente.

- En toda venta extrajudicial en curso el Notario, acordará la suspensión cuando en el plazo preclusivo de un mes desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 –que concluye el día 16 de junio, inclusive-cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez competente conforme a lo previsto en el artículo 129 LH en su nueva redacción, el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que determine la cantidad exigible.

- La DT4º, en su punto final establece que lo dispuesto en el artículo 579.2 LEC (sobre liberación del deudor y participación en las plusvalías) será de aplicación a las adjudicaciones de vivienda habitual realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, siempre que a esa fecha no se hubiere satisfecho completamente la deuda y no hayan transcurrido los plazos a que se refiere el citado artículo. Los plazos anteriores que vencieran a lo largo del 2013 se prolongarán hasta el 1 de enero de 2014. La aplicación de lo previsto en este apartado no supondrá en ningún caso la obligación del ejecutante de devolver las cuantías ya percibidas por el ejecutado.

- Los artículos 1 y 2 de la ley 1/2013 prevén la suspensión de lanzamientos de la vivienda habitual para colectivos especialmente vulnerables durante dos años desde la entrada en vigor de la ley (es decir, hasta el día 15 de mayo de 2015, improrrogable). El artículo 2 indica la documentación que el notario habrá de recibir e incorporar al acta, a los efectos de que sea acordada en su caso la suspensión por parte del juzgado.

Esta normativa de suspensión de lanzamiento es –salvo error- exactamente la misma que figuraba en los artículos 1 y 2 del RDL 27/2012 de 15 de noviembre, con la única diferencia de que los dos años contaban desde su publicación, es decir, hasta el 16 de noviembre de 2014. Lógicamente siempre habrá que aplicar la de la ley 1/2013, que ofrece un plazo más largo.

- Hay un nuevo artículo 3 bis en el RDL 6/2012 que puede tener incidencia en la venta extrajudicial ya en marcha: los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren (ellos) en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal aunque hayan renunciado al beneficio de excusión. Estarán en ese umbral cuando se cumplan los requisitos del reformado art. 3 del mismo RDL 6/2012. Parece suficiente para paralizar el procedimiento (de forma temporal o definitiva, según se vea conveniente) que el hipotecante no deudor manifieste en la misma acta de venta extrajudicial que está en ese umbral de exclusión. La acreditación de los documentos pertinentes se produce ante la propia entidad acreedora.

B) VENTAS EXTRAJUDICIALES QUE SE INICIEN DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY.

A estas ventas les será de aplicación el nuevo artículo 129 LH y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes:

a) El valor en que los interesados tasan 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% del valor de tasación realizada conforme a la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

Por tanto deberá aportarse la tasación e incorporarse a la escritura para verificar dicho extremo. De conformidad con el artículo 8.3 del RD 716/2009 de desarrollo de la Ley del Mercado Hipotecario el informe de tasación habrá de ser firmado por un arquitecto, aparejador o arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico de la especialidad correspondiente según el régimen competencial profesional marcado por la naturaleza del objeto de tasación. Este informe no tendrá que ser visado por el Colegio Oficial respectivo y caducará a los tres meses de la fecha de su firma”.

El artículo 129 LH no distingue por razón del bien hipotecado ni tampoco por razón de los contratantes, por lo que parece que el requisito de la tasación oficial es también necesario para los préstamos hipotecarios contratados entre particulares, para las hipotecas unilaterales en garantía de aplazamiento de deudas tributarias o con la Seguridad Social o en las hipotecas en garantía del pago de precio aplazado.

Es criticable que no se haya aprovechado la modificación legislativa para acabar con el problema derivado de que el tipo de subasta sea el pactado en la escritura de préstamo ya que el valor de tasación en de los préstamos contratados en la época del “boom” inmobiliario se hallaban inflados con lo que el inmueble sale a subasta por “precio burbuja” cuando el valor del inmueble al tiempo de la subasta es notablemente inferior lo que trae como consecuencia que la subasta quede desierta y el acreedor se adjudique el inmueble por el 50% si no es vivienda habitual o por el 70% si lo es (art. 671 LEC en su nueva redacción). Parece más justo, tanto para el acreedor como para el deudor, que los inmuebles hipotecados deberían salir a subasta por el valor de mercado en el momento de la ejecución y en caso de que no haya postores el acreedor se adjudique el inmueble por el 100% del valor de tasación calculado en el momento de la ejecución

Resulta además llamativo que, en contra de lo que dice la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 según la cual “Anteriormente no existía ningún límite para el tipo de subasta” el artículo 8.2 del RD 716/2009 de 24 de abril establecía para los préstamos destinados a ser titulizados que el tipo de subasta será como mínimo el del valor de tasación, por lo que la nueva ley de protección de los deudores hipotecarios perjudicaría a quienes trata de proteger al disminuir un 25% el tipo de subasta.

Para tratar de resolver esta aparente antinomia parece que lo más apropiado es considerar que se trata de normas que regulan cuestiones distintas:

- Por un lado los préstamos o créditos que no estén destinados a ser titulizados, en los que el tipo de subasta será al menos del 75% del valor de tasación.

- Por otro lado los préstamos o créditos destinados a ser titulizados en los que el tipo de subasta será al menos del 100% del valor de tasación.

Y qué ocurrirá llegado el momento de la tramitación de la venta extrajudicial en los casos de préstamos hipotecarios que se contrataron estableciendo el valor de tasación con base a otros criterios como vgr. la total responsabilidad garantizada, el principal del préstamo o el doble de ese principal...? De conformidad con la DT 5ª les es aplicable el artículo 129 LH en

su nueva redacción por lo que si no se cumple con el mismo no cabría seguir con la ejecución y por tanto:

- Si a la escritura se incorporó el certificado de tasación habrá que utilizar como tipo para la subasta el pactado si fuera igual o superior al 75% del valor de tasación; de lo contrario parece que sólo podrá continuarse con la venta respetando el mínimo legal.

- Si en la escritura no se incorporó tasación alguna, parece que sólo se podrá proceder a la venta extrajudicial obteniendo una tasación que cumpla con los requisitos de la Ley del Mercado Hipotecario y considerando como tipo de subasta el mínimo legal; aplicando los criterios de los artículos 666 y 637 LEC sobre la subasta de inmuebles en los procedimientos de apremio.

b.1) *La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura.* Exigencia que coincide con la establecida en el artículo 234.2 RH por lo que cabe interpretarla a la luz de la RDGRN 16 de junio de 1992 que señaló que el requisito de la constancia separada es una simple exigencia de técnica notarial que no afecta al surgimiento del derecho a la ejecución por la vía extrajudicial y su infracción carece de trascendencia sustantiva.

b.2) *La estipulación 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 de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución.* Por tanto:

- Si en la cláusula se indicó que era la vivienda habitual, hay una presunción iuris tantum de que al tiempo de la venta extrajudicial continúa siéndolo por lo que corresponderá a quien interese –la entidad acreedora– probar que ya no lo es.

- Si en la cláusula se indicó que no era la vivienda habitual no hay presunción ninguna; por lo que parece que antes de continuar habrá que aclarar si la vivienda es o no habitual al tiempo de iniciarse la venta extrajudicial. Para ello bastaría la declaración del acreedor en el requerimiento indicando que le consta que se trata de vivienda habitual en ese momento por cuanto dicha declaración beneficia al deudor. En su defecto el notario puede solicitar del Ayuntamiento correspondiente el certificado de empadronamiento ya que, de conformidad con el artículo 16

Jornadas de Alcira. 30-5-2013

de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985 de 2 de abril establece que es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio y “sus datos constituyen la prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo”; así lo ha reconocido en informe de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 13 de abril de 2013 al afirmar que el Notario que tramita el procedimiento ejecutivo extrajudicial debe saber si el inmueble constituye o no vivienda habitual por lo que existe habilitación legal suficiente para que en el seno de un procedimiento concreto, el Ayuntamiento comunique el dato del empadronamiento.

c.1) 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 LH.

- La exigencia de que la cuantía aparezca inicialmente determinada coincide con la que ya establecía el artículo 235 RH. La doctrina de la DGRN⁸ se ha inclinado por considerar que el término “inicialmente” se refiere al momento de la iniciación del procedimiento de venta extrajudicial siendo aplicable tanto a las hipotecas de tráfico como de seguridad siempre que conste en el Registro de la Propiedad la determinación de la cuantía exigible mediante la nota marginal prevista en el artículo 143 LH y 238 RH.

- Sin embargo, a diferencia del artículo 235 RH no hace referencia a los “gastos de ejecución” lo que podría hacer pensar que en vía extrajudicial no se pueden hacer efectivos con cargo a la realización del bien hipotecado los gastos de la ejecución. Creemos no obstante que se trata de un “despiste” del legislador y que sí es posible, como lo demuestra el propio artículo 129LH que en su apartado g señala que el Notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos incluidas las costas y con aplicación de las reglas de imputación del artículo 654.3 LEC que también se refiere a las costas.

⁸ Res. 6 octubre 1994, 9 de octubre 1997, 24 de agosto de 1998 y 8 febrero 2001 citadas por Rafael Gómez-Ferrer Sapiña en ob.cit pg. 72. Veo que respalda también esta interpretación la RDGRN de Sistema Notarial de 17 septiembre 2012 que afirma en FD1º..a que “el procedimiento de venta extrajudicial no es directamente aplicable respecto de hipotecas de máximo, ni tampoco respecto de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes reguladas en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de que sí pudiera acudir al procedimiento extrajudicial si consta posteriormente en el Registro de la Propiedad la determinación de la cuantía a través de la nota marginal de los artículos 143 LH y 238 de su Reglamento”.

En este punto habrá que aplicar el nuevo apartado 1bis del art. 575 LEC conforme al cual “en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva.”

c.2) 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.

A diferencia de la legislación anterior que en el artículo 236. a.2.b se limitaba a exigir un documento que permita establecer con exactitud el interés se exige ahora un documento fehaciente de liquidación al igual que ocurre en los artículos 572, 573 y 574 LEC; dicho documento revestirá la forma de acta notarial y se halla regulado en el artículo 218 RN.⁹ Nada obsta a que todo se integre en el mismo documento fehaciente.

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 LEC.

Esta subasta electrónica plantea muchas dudas en cuanto a su desarrollo...suponemos que dicho portal deberá garantizar el uso de firma electrónica reconocida por los postores verificada por el sistema y la previa consignación del depósito para formar parte en la subasta mediante un

⁹ La RDGRN 17 septiembre 2012 señalaba con la legislación anterior que no era preciso documento fehaciente y la RDGRN 25 de noviembre 2009 indicó que el documento fehaciente que exigía la LEC tenía que revestir la forma de acta del 218 RN sin que fuera admisible la certificación de saldo propia de los Corredores de Comercio.

Jornadas de Alcira. 30-5-2013

NCR¹⁰ similar al empleado para acreditar el pago de las publicaciones en el BOE de manera que el notario únicamente tenga que verificar que las pujas se han efectuado con arreglo al tipo legal y trasladar a soporte papel el resultado de la subasta electrónica mediante la impresión de la pantalla correspondiente.

También es criticable que no se haya aprovechado la nueva Ley para facilitar la financiación de las compras en subasta estableciendo la posibilidad de subrogación del rematante en la deuda pendiente estableciendo una fase previa a la subasta en la que pudieran presentarse ofertas de compra con subrogación.

No se ha aprovechado tampoco para modificar el artículo 670.4 LEC de modo que sigue siendo posible que el banco se quede el inmueble por el 50% más un euro del valor de tasación cuando concurre a la subasta con una sociedad filial inmobiliaria de las suyas

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 misma¹¹, causas de

¹⁰ Número de Referencia Completo, creado por res de 29 de diciembre de 1999 para los registros de avales y ahora aplicado para el pago de tasas varias.

¹¹ En relación con el importe a consignar para formar parte en la subasta la EM de la Ley 1/2013 establece "(...) Por otro lado, se facilita el acceso de postores a las subastas y se rebajan los requisitos que se imponen a los licitadores, de modo que, por ejemplo, se disminuye el aval necesario para pujar del 20 al 5 por cien del valor de tasación de los bienes.(...)" Y, en desarrollo de ello, se modifica el artículo 647.1.3º LEC, para la ejecución judicial, que queda en los siguientes términos: "**Artículo 647. Requisitos para pujar. Ejecutante licitador.1. Para tomar parte en la subasta los licitadores deberán cumplir los siguientes requisitos:.....3.º Presentar resguardo de que han depositado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones o de que han prestado aval bancario por el 5 por ciento del valor de tasación de los bienes (...)"**

Sin embargo, resulta que el artículo 647 así modificado se encuentra en la **Sección 5ª** del capítulo IV, título IV del Libro III LEC, sección que está destinada a la **Subasta de bienes muebles**. En cambio, la

Jornadas de Alcira. 30-5-2013

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.

Hubiera sido deseable que el legislador hubiera aprovechado para determinar que no es preciso representación para el otorgamiento de la escritura de venta por cuanto el acreedor debía poder otorgarla en su propio nombre y derecho en virtud de la legitimación extraordinaria que le otorga el ius distrahendi ínsito en la hipoteca de que es titular....legitimación extraordinaria que no es extraña a nuestro Derecho como sucede, por ejemplo, en el usufructo con facultad de disponer o en la donación con reserva de la facultad de disponer de alguno de los bienes donados, en los que la facultad dispositiva corresponde también a un no propietario.

¿Qué hacer en tanto no se desarrolle el portal de subastas del BOE y el articulado del Reglamento Hipotecario?

subasta de bienes inmuebles se regula en la Sección 6ª de ese mismo capítulo, la cual comienza con el artículo 655 LEC, que dice: "**SECCIÓN 6. DE LA SUBASTA DE BIENES INMUEBLES. Artículo 655** *Ámbito de aplicación de esta sección y aplicación supletoria de las disposiciones de la sección anterior*

1. Las normas de esta sección se aplicarán a las subastas de bienes inmuebles y a las de bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de aquéllos.

2. En las subastas a que se refiere el apartado anterior serán aplicables las normas de la subasta de bienes muebles, salvo las especialidades que se establecen en los artículos siguientes. (...)" Y una de esas especialidades es, precisamente, la que contiene el artículo 669, que sigue dentro de la misma sección 6ª, y que, sin haber sufrido modificación alguna, establece lo mismo que establecía antes: "**Artículo 669** *Condiciones especiales de la subasta* **1. Para tomar parte en la subasta los postores deberán depositar, previamente, el 20 por ciento del valor que se haya dado a los bienes con arreglo a lo establecido en el artículo 666 de esta Ley... ”.**

A pesar de todo parece que, atendiendo a la finalidad de la Ley y a su Exposición de Motivos habrá que entender que se trata de una equivocación más del legislador y la cantidad a consignar será al cinco por ciento del valor de subasta de los bienes, aun cuando el artículo 669 LEC siga hablando del veinte por ciento. En relación con la venta extrajudicial, sin embargo, el nuevo texto del artículo 129 LH, establece lo siguiente: "**Artículo 129: 2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes:..... 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.**

- Una solución sería, simplemente, no iniciar procedimiento alguno por cuanto no es posible el cumplimiento de la nueva Ley por falta de portal de subastas y por falta de desarrollo reglamentario.

- Otra solución sería considerar que el ejercicio de un derecho no puede quedar paralizado por la inacción del legislador, por lo que el operador jurídico debe aplicar las herramientas existentes que son, de conformidad con el artículo 129LH en su apartado h, y por este orden: 1) El artículo 129 LH; 2) En lo no previsto las normas del antiguo RH que no se opongan a la nueva regulación relativas al régimen de notificaciones y anuncios y la LEC en cuanto al tipo de salida, celebración de la subasta y tipos de adjudicación. Las causas de suspensión seguirán siendo las del RH y además la oposición por cláusula abusiva a la que ahora nos referiremos.

Sin duda lo más prudente y cómodo será la primera postura a pesar de que, como en la vida misma, consideramos que la más ajustada a Derecho es la segunda.

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 podrá en conocimiento del 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 LEC- 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 LEC.

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.

Se trata de una apreciación del notario, sin que sea necesario de que se trate de una cláusula inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; bastará con que se trate de cláusulas que hayan sido declaradas nulas por alguna sentencia firme de instancia o que se trate de supuestos declarados abusivos por la propia Ley, como los comprendidos en los artículos 85 a 90 del TR de la LDCU 1/2007 de 16 de noviembre.

Debe quedar constancia en el acta la comunicación al acreedor, deudor, avalista o hipotecante no deudor.

Una vez efectuada la comunicación de la hipotética abusividad el Notario continúa la tramitación de la venta extrajudicial pues sólo se prevé la suspensión si se acredita la demanda del incidente de oposición judicial sin que baste una simple manifestación del deudor o un fax enviado desde un despacho de abogados haciendo constar que se ha solicitado el beneficio de justicia gratuita.

En caso de acreditarse la demanda, parece que lo más apropiado es dar número de protocolo y cerrar el acta, que podrá ser reactivada bajo número distinto si el acreedor lo solicita aportando el testimonio judicial del auto desestimatorio de la oposición o estimatorio en cuanto a alguna cláusula que no sea el fundamento de la ejecución para que esta continúe con inaplicación de la cláusula declarada abusiva.

En caso de que la cláusula que se declare nula no sea la que fundamente la ejecución habrá que continuar la tramitación integrando el resto del clausulado (Art. 83.2 TRLDCU) para lo que habrá que recoger el consentimiento de las partes, dado que el notario no puede imponer los términos de la integración, a diferencia del juez.

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 LEC (cuando el importe del remate o adjudicación fuera insuficiente para hacer frente a toda la cantidad reclamada: intereses remuneratorios, capital, intereses moratorios y costas). Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en juicio verbal.

Esta certificación puede constar en la propia acta de venta extrajudicial y, además en documento aparte, a modo de acta complementaria autorizada “por mí y ante mí”, lo que parece más apropiado al tenor de la propia ley y más práctico por cuanto será más manejable para hacer valer la deuda pendiente que la voluminosa copia autorizada del acta.

h) Concluye el artículo 129 LH diciendo que la LEC tendrá carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la Ley y RH, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 LEC.

Este último artículo de la Ley procesal viene recoger dos órdenes de medidas que pueden catalogarse de las más atrevidas de la reforma legal únicamente aplicables al supuesto de adjudicación de vivienda habitual hipotecada:

a) Por un lado la derogación parcial del principio de responsabilidad patrimonial universal cuando, en caso de que quedara deuda pendiente, el deudor paga en los cinco años siguientes a la aprobación del remate o adjudicación el 65% de la cantidad total que entonces quedara pendiente incrementada en el interés legal del dinero. También quedará liberado si en los diez años siguientes paga el 80% de la deuda pendiente con el mismo incremento de intereses. Pasados esos diez años el acreedor podrá reclamar lo que se le debe según las reglas ordinarias.

b) Por otro lado la participación en el 50% de las plusvalías obtenidas en la venta de la vivienda cuando se aprobó el remate o la adjudicación a favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de diez años desde la aprobación procedieran a la enajenación de la vivienda.

De forma paralela a la actuación del Secretario Judicial, el Notario hará constar estas circunstancias en la escritura de venta extrajudicial –no en el acta que recoge los trámites puesto que ésta no es inscribible- para que se haga constar en el Registro de la Propiedad. Parece que se trata de un asiento que ofrecerá publicidad-noticia, similar a constatación registral del precio aplazado no garantizado especialmente a que se refiere el artículo 11 LH, que no perjudica al tercero y cuya utilidad vendría a ser facilitar la reclamación del deudor de su participación en la plusvalía –si no se cumple voluntariamente- al unificar en las inscripciones de adjudicación y enajenación la información contenida en las escrituras de venta extrajudicial y enajenación posterior.