

LA INSCRIPCIÓN DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL EN EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Alicia M^a de la Rúa Navarro

Ponencia expuesta en la Jornada sobre Procedimiento de Ejecución Extrajudicial Hipotecario y Subastas Notariales, organizada por el Decanato de la Comunidad Valenciana del Colegio de Registradores y por el Colegio Notarial de Valencia, el 15 de diciembre de 2014.

El objeto de esta ponencia lo constituye la inscripción de la venta extrajudicial de la finca hipotecada otorgada como consecuencia del incumplimiento de la obligación garantizada con la hipoteca, tras el debido cumplimiento de los trámites oportunos. La calificación por parte del Registrador de la Propiedad de esta escritura de venta extrajudicial gira en torno a una doble vertiente, fundamentalmente: el ajuste al procedimiento establecido legalmente, y los obstáculos que surjan o puedan surgir del Registro.

1.- La primera cuestión a plantearse es la posibilidad de acudir a este procedimiento extrajudicial:

a) Constitucionalidad del procedimiento y reconocimiento legal.

Ya el primer debate se inicia con la propia constitucionalidad del procedimiento. Y es que el Tribunal Supremo lo ha declarado inconstitucional en diversas sentencias, como son las de 4 de mayo de 1998, 13 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2007, o 14 de julio de 2008. En ellas, el Tribunal Supremo declara “la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición contenida en el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria, vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, que acarrea la ineficacia de las normas reglamentarias de desarrollo contenidas en varios artículos del Reglamento Hipotecario, en cuanto dicha 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 procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional” y establece la “inaplicación por derogación, al ser norma opuesta a la Constitución, del segundo párrafo del artículo 129 LH y la de los artículos 234 a 236,o) RH, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa. No resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción.”

Sin embargo, todas estas sentencias se refieren a supuestos seguidos bajo la vigencia de la redacción del art. 129 LH existente al promulgarse la Constitución. Con posterioridad a ella, el procedimiento de venta extrajudicial ha sido reconocido legalmente al volver a incluirse en la redacción de dicho artículo 129 LH dada por la

Disposición Final Novena, apartado 4º, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Así, tratándose ya de una norma postconstitucional, únicamente el Tribunal Constitucional podría declarar su inconstitucionalidad, y mientras no lo haga, la norma está vigente y ha de ser aplicada, y consecuentemente, el procedimiento de venta extrajudicial es perfectamente admisible e inscribible en el Registro de la Propiedad.

La Audiencia Provincial de Málaga, en Sentencia de 30 de abril de 2012, se refiere ya a un contrato posterior a la vigencia de la actual ley procesal civil “cuya Disposición Final novena da nueva redacción al art. 129 de la ley Hipotecaria manteniendo la validez legal de esta forma de ejecución. Constituye la norma actualmente vigente que tiene que aplicarse y no puede ser ignorada por una doctrina anterior del Tribunal Supremo referente a supuestos regidos por normas anteriores a la promulgación de la Constitución; la nueva disposición legal sólo podría ser declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional y no se ha hecho, por lo que sigue siendo norma aplicable.”

La Dirección General de los Registros y del Notariado también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema, estableciendo la validez del procedimiento de venta extrajudicial tras su reconocimiento legal por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria en su redacción posterior a la promulgación de la Constitución, dada por la Disposición Final Novena de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000. Así, en Resoluciones de 28 de mayo de 2001, 24 de marzo de 2003, 13 de febrero de 2004 y 29 de diciembre de 2005, señala que “Ciertamente, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la sentencia de 4 de mayo de 1998 (y, posteriormente, en la de 20 de abril de 1999), ha declarado inaplicables el párrafo 2.º, del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y los artículos 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario, por entender que tales preceptos son contrarios a los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución. Pero debe tenerse en cuenta que, si bien se reconoce a los Jueces y Tribunales la facultad de declarar inaplicable una norma preconstitucional por considerarla derogada por la Constitución, lo cierto es que sólo las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una Ley tienen –erga omnes y con carácter definitivo– la virtualidad de expulsar del ordenamiento jurídico dicha norma de modo que no pueda ser aplicada en lo sucesivo (cfr. art. 164.1 de la Constitución). Por otra parte, en el presente supuesto se trata de una enajenación extrajudicial del inmueble hipotecado, basada en un pacto inscrito cuya validez se presume mientras no recaiga la correspondiente declaración judicial en contrario (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria). Habida cuenta que sólo los órganos judiciales –en el caso concreto–, y no el Registrador, pueden declarar inaplicable una ley preconstitucional por considerarla derogada por la Constitución; y que, además, dicha enajenación fue realizada con anterioridad a la única sentencia invocada en la nota de calificación, debe concluirse que la calificación registral ahora debatida excede del ámbito establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el legislador ha previsto la ejecución extrajudicial de la hipoteca y otros derechos de garantía no sólo en leyes preconstitucionales, sino también en leyes postconstitucionales. Más recientemente, en fin, se ha pronunciado el legislador sobre la admisibilidad de la enajenación extrajudicial del bien inmueble hipotecado al establecer en el hoy vigente artículo 129 de la Ley Hipotecaria, según la redacción que del mismo

hace la Disposición Adicional Novena, apartado 4.º, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el cual, después de establecer que la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto por la propia Ley procesal, añade que «Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 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».”

Por otro lado, se ha planteado también el posible carácter abusivo de este procedimiento. Una sentencia de 3 de enero de 2014 del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca declara abusiva la estipulación en la que se pacta la venta extrajudicial “porque concurren los elementos o requisitos de esta abusividad: a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada [...]. b) Que en contra de las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato: la remisión de la estipulación nº 11 al procedimiento de venta extrajudicial supone una merma de los derechos del consumidor y de la protección otorgada por la Directiva 93/13 [...] y la diferencia de tratamiento entre el procedimiento judicial y extrajudicial no tiene justificación [...]. c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor: perjuicio que supone para el consumidor no poder disponer de la totalidad de los mecanismos de protección dispensados por la Directiva 93/13 en el momento de la celebración del contrato.” Y esta sentencia ha sido confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 12 de mayo de 2014, aunque matizada, al insistir en que en el supuesto en cuestión “debe atenderse a las circunstancias concurrentes en la fecha de celebración del contrato, en el año 2005, que son las mismas que las existentes cuando se inició el procedimiento de venta extrajudicial en el año 2012, sin atender a la Ley 1/2013, que modificó sensiblemente la situación”. Considera que hay una analogía relevante entre la venta extrajudicial y el procedimiento de ejecución hipotecaria judicial, al menos a los efectos de aplicar la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013; que de los cuatro procedimientos regulados en la LEC, ordinario, ejecutivo, ejecución hipotecaria, y venta extrajudicial ante Notario, el último de ellos es el único que precisa de un pacto expreso para que el acreedor pueda acudir al mismo en caso de impago, y de todos ellos es el que “menos garantías de contradicción presenta para el deudor, tanto en los motivos de la oposición, como en la facultad de su suspensión por alegaciones de posibles cláusulas abusivas”, ya que el Notario no podía apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva, ni siquiera podía advertir sobre su posible existencia como en la actualidad, y que las causas de suspensión estaban enormemente limitadas, sin perjuicio de que pudiera interponerse el oportuno procedimiento declarativo, pero sin efectos suspensivos; que según la normativa vigente aplicable al caso, cabía una tercera subasta sin sujeción a tipo, frente a la subasta única de la LEC, lo que podía dar lugar a la adjudicación a la acreedora a precios muy bajos; que en la fecha de la ejecución la consumidora no ostentaba el derecho a rehabilitar el contrato recogido en el art. 693 LEC abonando las cuotas pendientes; y que suponía

mayores dificultades para acceder, en su caso, al disfrute de los beneficios de justicia gratuita, por tratarse de un procedimiento extrajudicial. Dadas estas consecuencias esenciales, que determinan las diferencias con el procedimiento judicial en perjuicio del deudor, al no tratarse de una cláusula contractual fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, no constando prueba alguna de la negociación individual de dicha cláusula, aunque por sí no es oscura al remitirse a un procedimiento de ejecución previsto y regulado en la normativa vigente, no se ha probado que a los consumidores se les hiciera comprensible de alguna manera la importancia de esta cláusula, advirtiéndoles expresamente de que con esta estipulación se permitía a la acreedora acudir al procedimiento de ejecución más expeditivo de la legislación vigente y con importantes limitaciones en sus posibilidades de alegación de objeciones o excepciones.

En definitiva, considera abusiva la cláusula señalada en la que se pacta la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial ante la falta de pago del préstamo, pero debe tenerse presente que se trata de un supuesto incardinado en el ámbito de los consumidores, en el que no se ha negociado individualmente la cláusula, y en el que no se informó adecuadamente a los deudores-consumidores de las consecuencias que para sus mecanismos de defensa tendría que el acreedor acudiera a este tipo de procedimiento frente al judicial. Por tanto, teniendo en cuenta que deben valorarse circunstancias de hecho del caso concreto de las que el Registrador en el ámbito de su calificación difícilmente va a poder tener conocimiento, lo cierto es que la declaración de abusividad corresponderá a los Juzgados y Tribunales, y difícilmente va a poder ser objeto de calificación por el Registrador.

b) Necesidad de que esté inscrito el pacto para poder acudir a este procedimiento de venta extrajudicial:

Atendiendo al art. 130 LH, conforme al cual “el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”, para poder acudir a este procedimiento es necesario no sólo que el pacto que lo permite se contenga en la escritura pública, sino que éste haya sido inscrito en el Registro de la Propiedad, y consten las circunstancias previstas en el art. 234 RH y art. 129.2.a) y b) LH, esto es, valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta, domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones, y persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante, a cuyo efecto podrá designarse al propio acreedor.

Actualmente debe tenerse presente que, con ocasión de las últimas modificaciones legislativas habidas, se han producido casos en que las escrituras no cumplían los requisitos legales necesarios para poder inscribir el pacto en cuestión, por ejemplo, por carecer del preceptivo certificado de tasación, o no estar éste vigente, o no haber sido expedido por las entidades previstas legalmente al efecto; y que en ocasiones los interesados han solicitado la inscripción de la hipoteca sin inscribir los pactos sobre los procedimientos de ejecución hipotecaria, al preferir esto en lugar de subsanar los defectos advertidos para su inscripción. En estos casos, no podrá utilizarse este

procedimiento, al no constar inscrito el pacto en el Registro de la Propiedad, aunque sí conste en la escritura.

c) Necesidad de que la hipoteca esté constituida en garantía de obligaciones con cuantía determinada:

De conformidad con los artículos 129.2.c) LH y 235 RH, “la venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada [...]”. No obstante, la DGRN ha admitido la inscripción del pacto en las hipotecas en garantía de obligaciones de cuantía inicialmente indeterminada, pero condicionado su uso a la previa determinación de la cuantía. Así lo ha hecho en Resoluciones, entre otras, de 8 de febrero y 17 de mayo de 2001 y de 3 de septiembre de 2005, en las que señala que “Es cierto que entre los requisitos exigidos para poder proceder a la ejecución de una hipoteca por aquel procedimiento, el artículo 235 del Reglamento Hipotecario incluye el que se trate de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, pues en otro caso el título en cuya virtud se ejecute no determina el importe de la deuda a reclamar, lo que en principio excluye de su ámbito de aplicación las hipotecas de máximo que garanticen obligaciones cuya cuantía exija esa determinación que complemente el título de constitución de la hipoteca; pero como ya puntualizaran las Resoluciones de 6 de octubre de 1994 y la citada de 9 de octubre de 1997, nada impide al acreedor que en su día pueda obtener un título suficiente que concrete la deuda y le permita acudir a la ejecución por ese procedimiento.”. Por tanto, en estos casos, deberá comprobarse que efectivamente quede debidamente concretada la deuda, para que la hipoteca garantice una “obligación de cuantía determinada”, aunque inicialmente lo hubiera sido indeterminada.

2.- Ajuste del procedimiento a la legalidad, sobre la base de lo que consta inscrito:

Una vez determinado que cabe acudir a este procedimiento de venta extrajudicial, debe procederse a calificar que la tramitación del mismo se ha ajustado a la legalidad, sobre la base de lo que consta inscrito en el Registro de la Propiedad. Centrándonos exclusivamente en aquellas cuestiones que están resultando más problemáticas en la práctica, cabe mencionar las siguientes:

a) Título formal:

En el ámbito notarial, en la venta extrajudicial se producen dos documentos, como resulta de los artículos 236 y 236.1 RH (“Art. 236: 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.” “Art. 236.1: 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.”): por un lado, el acta notarial en la que se recogen

todos los trámites seguidos, y por otro, la escritura de venta otorgada como consecuencia de aquéllos.

Aunque no es lo más frecuente, no hay inconveniente en que ambos documentos sean otorgados ante distinto Notario, es decir, que sea distinto el Notario que realiza los trámites y otorga el acta correspondiente y el que autoriza la escritura pública de venta. La legislación establece un criterio de competencia territorial para la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria en el apartado 1 del artículo 236 RH (“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.”), pero de la redacción de los preceptos citados no resulta la necesidad de que el mismo Notario que lleva a cabo dichos trámites autorice la escritura pública de venta posterior, por lo que parece que no hay inconveniente en que sea Notario distinto y de distinta plaza.

Es necesario que se presente en el Registro de la Propiedad la escritura pública de venta, no bastando el acta notarial en que se contienen los trámites seguidos.

En principio, bastaría con dicha escritura pública de venta, pero sólo si contiene con suficiente detalle la tramitación para permitir la calificación registral. Según el apartado 2 del art. 236.1 RH, “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)”; y la Dirección General de los Registros y del Notariado así lo reafirma al señalar en Resolución de 28 de noviembre de 2012 que “para que haya transmisión de acuerdo a derecho debe constar la secuencia de hechos que así lo justifique. Así se deduce del propio artículo 236 l.1 que exige que se hagan constar en la escritura los trámites esenciales de la venta extrajudicial debiendo en consecuencia contener todos aquellos que, en cada caso particular, llevan a un resultado determinado.” En caso contrario, si la escritura pública de compraventa no contiene dicha tramitación con suficiente detalle, deberá presentarse la misma acompañada del acta notarial de protocolización de trámites y diligencias; esto último, en términos generales, resulta conveniente, para mayor comodidad y seguridad, evitando escrituras excesivamente extensas innecesariamente, y porque en ocasiones puede resultar difícil conocer a priori todos los datos concretos que en cada supuesto vaya a necesitar el Registrador para su calificación atendiendo a las circunstancias del caso.

b) El ejecutante debe ser el titular registral de la hipoteca.

En realidad, este es un problema que ya no se va a plantear tanto en el momento de inscribir la venta extrajudicial, porque normalmente ya se habrá exigido este requisito

para expedir la certificación de dominio y cargas y extender la correspondiente nota marginal.

Actualmente, como consecuencia de las numerosas segregaciones, fusiones y absorciones de entidades bancarias que se están produciendo, es necesario para expedir la certificación de dominio y cargas y extender la correspondiente nota marginal, y si tiene lugar con posterioridad a ello, para inscribir la venta extrajudicial, la previa inscripción de la hipoteca a favor de la ejecutante. Así lo ha puesto de manifiesto la DGRN en múltiples Resoluciones, entre ellas, las de 19 y 21 de marzo de 2013 (“Teniendo en cuenta por tanto la importancia de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, el carácter constitutivo que la inscripción tiene en relación a la hipoteca y sus modificaciones (cfr. artículos 145 y 149 de la Ley Hipotecaria) y el carácter esencialmente registral del procedimiento de ejecución hipotecaria, la defensa del deudor y las especiales características de la realización extrajudicial de hipoteca, en la que la escritura de venta final ha de otorgarse por el mandatario designado en la escritura de constitución –generalmente el acreedor– y a falta de éste por el deudor titular de la finca, debe concluirse la imposibilidad de expedirse certificación de cargas a instancia de quien no figura aún como titular registral de la hipoteca. Defecto, por otra parte, fácilmente subsanable mediante la aportación de la titulación necesaria para operar registralmente la sucesión en la titularidad de la hipoteca.”).

c) Cuantías reclamadas.

Únicamente pueden reclamarse las cantidades garantizadas con hipoteca y dentro de los límites de la responsabilidad hipotecaria. Se trata de un procedimiento estrictamente de ejecución hipotecaria; a diferencia del judicial, no cabe que el acreedor reclame o perciba otras cantidades que le sean debidas por el mismo deudor más allá de las garantizadas con la hipoteca.

En la práctica, los mayores problemas en relación con esta cuestión se plantean en relación con los intereses, donde en ocasiones la reclamación excede de lo garantizado hipotecariamente, y con la inclusión de conceptos no garantizados con la hipoteca, como puedan ser comisiones, gastos o prestaciones accesorias.

Si el certificado de saldo en base al cual se efectuó la notificación y requerimiento de pago incluía cuantías no garantizadas con la hipoteca, se plantea si cabe la subsanación de alguna manera, subsanación que resulta difícil, puesto que el trámite de la notificación y requerimiento de pago con las cuantías exactas reclamadas se ha de hacer en el momento procedimental oportuno, para garantizar así que el deudor e hipotecante dispone de sus opciones de defensa correspondientes y puede ejercitarlas en tiempo. Por ello, no cabe rectificar a posteriori la certificación de saldo, incluso aunque se notifique al deudor y terceros posteriores a la hipoteca que se ejecuta, a menos que se retrotraigan las actuaciones a dicho momento procedimental. A este supuesto se ha referido la DGRN en Resolución de 30 de agosto de 2013, que establece que “la determinación de la cantidad reclamada «por cada concepto» es la base sobre la que se ejercita la realización del valor del bien. Dice así el artículo 236 a del Reglamento Hipotecario: «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». Sobre esta base el notario lleva a cabo el requerimiento de pago de la cantidad reclamada «por cada concepto» (artículo 236 c-1) y la notificación a terceros para que «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» (artículo 236 d-1). De este modo uno u otros podrán ejercer su derecho a llevar a cabo el pago «en la parte que esté garantizado con la hipoteca» (artículo 236 e-1-2) y sobre esta base se llevará a cabo, en su caso, la liquidación del importe de la subasta [artículo 236.k).1]. De lo anterior se desprende la imposibilidad de aceptar la pretensión del recurrente de que se tengan en cuenta ahora, una vez finalizada el acta por adjudicación al acreedor, como cantidades reclamadas unas distintas de las que sirvieron en su día para iniciar el procedimiento que, una vez objeto de requerimiento y notificación, fijan su contenido y el de los derechos de terceros. [...], la notificación intempestiva sin retroacción de actuaciones, implica la vulneración de derechos esenciales de las partes puesto que les impide asumir en tiempo hábil la posición jurídica que el ordenamiento les reconoce.”

Otra cuestión que se ha planteado en relación a las cuantías es la posibilidad de incluir entre los conceptos garantizados con la hipoteca y reclamados por esta vía notarial los gastos de ejecución y los gastos extrajudiciales. La duda surge sobre la base del tenor literal del 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.”), y del art. 235.1 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.”). Sin embargo, la respuesta ha de ser afirmativa. A pesar de que el primero de estos preceptos no enumera ninguno de estos gastos y el segundo de ellos no cita los gastos extrajudiciales, como ya indicara la Resolución de la DGRN de 29 de junio de 2009, la falta de manifestación expresa de estos gastos no los excluye, de manera que pueden quedar garantizados con la hipoteca y pueden reclamarse por este procedimiento extrajudicial tanto los gastos de ejecución, aunque limitados a los que enumera el art. 236.k RH, como los gastos extrajudiciales, siempre que se determine exactamente la deuda exigida en este apartado.

Finalmente, lo más frecuente es que la reclamación abarque la totalidad de la cuantía pendiente de devolución del préstamo, y no sólo las cantidades efectivamente ya vencidas e impagadas, por aplicación del vencimiento anticipado. Por ello, es necesario comprobar que dicho vencimiento anticipado ha sido pactado y que tal pacto consta debidamente inscrito en el Registro de las Propiedad, pues en caso contrario no cabe su aplicación.

En este sentido, debe tenerse en cuenta la posibilidad de su falta de inscripción, a pesar de constar en la escritura de préstamo hipotecario, ya que tras las últimas reformas

relativas a esta materia, si la redacción de esta cláusula no se ajustaba a la ley, por ejemplo, por no prever el vencimiento anticipado por el impago de tres mensualidades, sino por cualquier impago, o por el incumplimiento de cualquier obligación sin mayor especificación ni limitarlo a las esenciales, únicas sobre las que el Tribunal Supremo admite el vencimiento anticipado, no se habrá inscrito.

Además, el vencimiento anticipado sólo cabe, para acudir a este procedimiento, por falta de pago del capital o intereses, como señala el Art. 129.1 LH (“La acción hipotecaria podrá ejercitarse: 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.”), y por tanto, no se podrá acudir a él si se pretende el vencimiento anticipado por otras causas, supuesto en el que habrá que acudir a la vía judicial.

d) Notificaciones y requerimientos.

Una de las cuestiones más problemáticas que se están planteando se refiere a las notificaciones y requerimientos de pago a realizar, en concreto en cuanto a la forma y lugar de su realización para entenderlas válidamente efectuadas, debido en parte a las dificultades que se están encontrando los Notarios en la práctica para llevarlas a cabo. Para su exposición sistemática distinguiremos entre las notificaciones y requerimientos a realizar al deudor e hipotecante y las de terceros titulares de derechos y cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta.

- Al deudor:

El Reglamento Notarial regula las actas de notificación y requerimiento en los arts. 202 a 206, pero debe tenerse presente que la forma de notificación y requerimiento que en ellos se establece es únicamente para aquellos casos en que la ley aplicable no establece un procedimiento específico, como resulta del último de dichos preceptos (“Las notificaciones o requerimientos previstos por las Leyes o Reglamentos sin especificar sus requisitos o trámites se practicarán en la forma que determinen los artículos precedentes. Pero cuando aquellas normas establezcan una regulación específica o señalen requisitos o trámites distintos en cuanto a domicilio, lugar, personas con quienes deban entenderse las diligencias, o cualesquiera otros, se estará a lo especialmente dispuesto en tales normas, sin que sean aplicables las reglas del artículo 202 y concordantes de este Reglamento.”). Y esto es precisamente lo que ocurre en el procedimiento de ejecución hipotecaria mediante la venta extrajudicial, en que se regula en el art. 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.”).

El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria es estricto en cuanto a los trámites a cumplir; y lo es especialmente en el tema de notificaciones y requerimientos, hasta el punto de que la propia normativa establece las consecuencias de la imposibilidad de realizar éstos en la forma concreta prevista, y lo hace de forma tajante, de manera que "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".

Por tanto, la notificación y requerimiento al deudor e hipotecante en su caso se habrá de realizar en el domicilio indicado para ello que conste inscrito en el Registro y a las personas que se citan en el artículo, a quienes el Notario habrá de identificar como tales. A este respecto debe tenerse en cuenta que es posible que se haya producido una modificación posterior del domicilio, de manera que el inscrito en el Registro en el que se ha de realizar la notificación y requerimiento no coincida con el que consta en la escritura de préstamo hipotecario exhibida al Notario, puede que incluso sin que el acreedor tenga conocimiento de ello, ya que hay determinados casos en que no es necesario su consentimiento, de conformidad con el art. 683 LEC (“1. El deudor y el hipotecante no deudor podrán cambiar el domicilio que hubieren designado para la práctica de requerimientos y notificaciones, sujetándose a las reglas siguientes: 1.ª Cuando los bienes hipotecados sean inmuebles, no será necesario el consentimiento del acreedor, siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquier otra que esté enclavada en el término en que radiquen las fincas y que sirva para determinar la competencia del Juzgado. Para cambiar ese domicilio a punto diferente de los expresados será necesaria la conformidad del acreedor.”), por lo que ha de verificarse adecuadamente el domicilio que consta inscrito en el Registro a estos efectos para evitar errores.

Establecido el lugar y personas a las que se ha de efectuar la notificación y requerimiento de pago, cabe plantearse las siguientes preguntas:

*¿Puede hacerse en el domicilio que consta en el Registro pero a personas diferentes de las que señala el precepto?

La respuesta es negativa. El Reglamento Hipotecario es, como ha dicho la DGRN, “extremadamente restrictivo” en cuanto a las personas a las que realizar la notificación y requerimiento de pago dirigido al deudor, de manera que en ausencia de éste sólo puede realizarse a las que enumera el citado precepto (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). Y ello es así porque en definitiva lo que se pretende es asegurarse de que el requerimiento llega efectivamente a conocimiento del destinatario del mismo, para garantizar su derecho y evitar la

indefensión; y la ley considera que las personas que cita el artículo son suficientemente allegadas a él para presumir que le darán cabal conocimiento del requerimiento. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias (Sentencias de 20 de septiembre de 1993, 28 de octubre de 2002, 17 de marzo de 2010 y 7 de mayo de 2012, entre otras muchas) “no se puede presumir, sin lesionar el derecho consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, que las notificaciones realizadas a través de terceras personas hayan llegado al conocimiento de la parte interesada fuera de los supuestos estrictamente previstos”. Así, si en el domicilio que consta en el Registro hay otras personas que no sean pariente próximo, familiar o dependiente mayor de catorce años, la notificación y requerimiento no puede efectuarse a aquéllas, y si se les hiciera, no sería válida.

Como consecuencia de ello, la DGRN ha rechazado la validez de la notificación y requerimiento de pago realizado en el domicilio que consta a tales efectos inscrito en el Registro al trabajador o personal de una sociedad distinta a la deudora y sin relación alguna con ella (Resolución de 9 de mayo de 2013) o a quien simplemente alega ser amigo del deudor, sin relación de parentesco (Resolución de 16 de noviembre de 2013).

*¿Puede hacerse a las personas indicadas en el precepto pero en lugar distinto al domicilio que consta a estos efectos en el Registro de la Propiedad?

Si el requerimiento de pago se realiza al deudor personalmente, la respuesta es afirmativa. Dado que lo que no cabe es causar indefensión al deudor e hipotecante, sí sería posible la notificación y requerimiento realizados fuera del domicilio señalado para ello que conste inscrito en el Registro, siempre que se haga personalmente a dicho deudor e hipotecante. Es decir, se admite la notificación y requerimiento de pago realizado de forma distinta a la prevista legalmente siempre que quede debidamente acreditado y sin ninguna duda que el destinatario del mismo ha tenido conocimiento de ello, su contenido y fecha, de manera que no se le ha causado indefensión alguna. Tratándose de persona jurídica, para entender realizado el requerimiento al propio deudor e hipotecante, debe hacerse a quien acredite ostentar representación suficiente para aceptar el requerimiento así realizado en nombre de aquélla. Así, si se efectúa directamente al deudor por conocer su paradero en otro domicilio distinto, o incluso si es el propio deudor el que, teniendo conocimiento de estar tramitándose el procedimiento, se presenta ante el Notario para recibir la notificación y requerimiento, éste será perfectamente válido. En Resolución de 28 de enero de 2013, la DGRN admitió la validez de la notificación y requerimiento realizado en el domicilio inscrito en el Registro por correo certificado con acuse de recibo recogido por el propio deudor, pues aunque se lleva a cabo en forma distinta a la prevista legalmente, al quedar acreditado con la documentación aportada que el deudor la recibió efectivamente, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y debe considerarse admisible, lo que no ocurriría en caso de no existir el acuse de recibo por parte del deudor.

Si el requerimiento de pago se realiza a cualquiera de las demás personas señaladas en el artículo, la respuesta es, en cambio, negativa. Y es que fuera de los supuestos expresamente previstos (es decir, que la notificación y requerimiento se realice en el domicilio designado para ello), no cabe presumir que el requerimiento hecho en persona de tercero, entendiéndose como tal a cualquiera que no sea el propio deudor, haya llegado

a conocimiento de la persona a quien va destinado. El deudor únicamente ha admitido, en virtud de lo dispuesto en la ley, que sea válida la notificación y requerimiento de pago no recibida por él, sino efectuado a las personas que cita el artículo 236.c RH, si se realiza en el domicilio por él señalado para ello.

En este sentido, la DGRN no ha admitido como válida la notificación y requerimiento realizado fuera del domicilio que consta inscrito en el Registro a un trabajador de la sociedad deudora que no ostenta representación alguna en el domicilio social, que no era el inscrito a estos efectos (Resolución de 5 de julio de 2013), ni fuera del domicilio inscrito a un apoderado de la sociedad deudora que no acredita facultades para la recepción de notificaciones y requerimientos (y que, por tanto, al no acreditar ser administrador ni ostentar tales facultades, no puede considerarse requerimiento hecho al propio deudor) (Resolución de 5 de marzo de 2014), ni el realizado al cónyuge del deudor en el despacho del Notario (Resolución de 30 de agosto de 2013).

En el caso de que la notificación y requerimiento de pago al deudor e hipotecante no se hubiera realizado correctamente de acuerdo con lo dicho, se plantea si cabe la subsanación de alguna manera, subsanación que resulta difícil, puesto que el trámite de la notificación y requerimiento de pago se ha de hacer en el momento procedimental oportuno, para garantizar así que el deudor e hipotecante dispone de sus opciones de defensa correspondientes y puede ejercerlas en tiempo. Por ello, no cabe realizar en forma legal a posteriori la notificación y requerimiento de pago, a menos que se retrotraigan las actuaciones a dicho momento procedimental. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de diciembre de 2004, ha sostenido que la falta de requerimiento de pago determina la nulidad del procedimiento, sin que pueda suplirse con una providencia de subsanación realizada posteriormente al trámite, dado el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria. Si ello es así en el procedimiento judicial, con mayor motivo lo ha de ser en el extrajudicial o notarial, en el que por analogía y dada la identidad de razón a estos efectos, el procedimiento llevado a cabo sin el requerimiento de pago correctamente realizado es nulo, sin que pueda suplirse con una notificación o requerimiento posterior al trámite. También así lo ha reconocido la DGRN en Resolución de 30 de agosto de 2013 (“La repetición del requerimiento después de adjudicada la finca al acreedor en el domicilio señalado y en la persona de su esposa es evidente que no modifica en nada la situación. El requerimiento llevado a cabo con posterioridad a la adjudicación de la finca no implica en ningún modo que el deudor recibiera tempestivamente el primer requerimiento de pago en términos tales que le permitieran adoptar alguna de las acciones previstas en el ordenamiento. Como pone de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2007 (confirmada por la de 20 de junio de 2008), con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 1990, el conocimiento tardío de la existencia del procedimiento no puede subsanar el defecto de la falta del previo requerimiento.”). En consecuencia, en estos casos, únicamente caben dos posibilidades de subsanación: o bien el deudor comparece personalmente ante el Notario y reconoce que recibió efectivamente la notificación y requerimiento de pago en el momento procedimental oportuno en que debió hacerse, consintiendo y ratificando así la validez de la tramitación posteriormente seguida, o bien deben retrotraerse las actuaciones a dicho momento procedimental.

- A terceros titulares de derechos y cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta:

A este supuesto se refiere el 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.”

La regulación de estas notificaciones no es tan estricta como la del requerimiento de pago al deudor, fijando el domicilio en el que se ha de hacer, pero remitiendo a la forma prevenida con carácter general por la legislación notarial, permitiendo la notificación por correo certificado con acuse de recibo y estableciendo la posibilidad de notificación mediante anuncios en caso de imposibilidad de notificación en los términos señalados. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2002 desestima la demanda de nulidad del procedimiento de venta extrajudicial interpuesta por los acreedores de dos anotaciones de embargo posteriores a la hipoteca ejecutada en base a que se les notificó por edictos, porque en el Registro no constaba ningún domicilio de los mismos al que realizar la notificación, y por tanto, no imponiéndose al Notario una exigencia de búsqueda de los acreedores afectados, la legislación determina en tal caso la notificación mediante anuncios, sin que quepa apreciar indefensión de quien ha obrado con negligencia al no procurar la constancia registral de un domicilio al que efectuar las notificaciones.

En cualquier caso, la notificación debe ajustarse al precepto citado, y la escritura de venta extrajudicial o el acta notarial de protocolización de los trámites debe contener datos suficientes sobre dichas notificaciones para poder calificarlo, como ha señalado la DGRN en Resolución de 17 de enero de 2013.

- e) Cláusulas abusivas:

Debe tenerse presente la novedad introducida en esta materia en el art. 129.2.f) LH, que impone al Notario, cuando 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, ponerlo en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos, así como suspender la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el art. 684 LEC, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

Otra cuestión que no debe olvidarse se refiere al derecho transitorio, y es que la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 1/2013, de 4 de mayo, establece que “En las ventas extrajudiciales iniciadas antes de la entrada en vigor de la presente Ley y en las que no se haya producido la adjudicación del bien hipotecado, el Notario acordará su suspensión cuando, en el plazo preclusivo de un mes desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez competente, conforme a lo previsto por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, 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.” Esto supone que en los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley en los que la adjudicación sea posterior a la misma, habrá que comprobar que se ha esperado ese plazo de un mes por si alguna de las partes acreditaba haber planteado judicialmente el carácter abusivo señalado.

f) Subasta y adjudicación.

Las reformas iniciales operadas en el procedimiento de ejecución judicial en esta materia no se introdujeron al mismo tiempo en el procedimiento extrajudicial, hasta que éste fue reformado, primero en el art. 12 del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, que estableció, únicamente para los casos seguidos contra la vivienda habitual del deudor, una única subasta sujeta al tipo pactado en la hipoteca, con la posibilidad de adjudicación al acreedor por cantidad igual o superior al 60% del valor de tasación, y después en la Ley 1/2013 de 14 de mayo, estableciendo ya la subasta única y las mismas condiciones que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esto, unido a la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 1/3013 que prevé la aplicación de su artículo 3.Tres “a las ventas extrajudiciales de bienes hipotecados que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, cualquiera que fuese la fecha en que se hubiera otorgado la escritura de constitución de hipoteca”, ha generado problemas en los procedimientos tramitados durante aquel periodo anterior a la equiparación procedimental de la subasta y adjudicación con el procedimiento judicial y en los iniciados antes de las reformas, fundamentalmente en relación al número de subastas y a los importes mínimos por los que la entidad acreedora podía quedarse la finca. Quizá el número de subastas no sea tan trascendente, pues la celebración de tres en lugar de una sola supone inconvenientes para el deudor, como es el incremento de los gastos y el alargamiento del procedimiento en el tiempo con el consiguiente aumento de los intereses de demora, pero también algunas posibles ventajas, como es ampliar las

posibilidades de que aparezca un postor o las derivadas de la propia prolongación temporal, retrasando la pérdida de la finca hipotecada, alargando la ocupación de la vivienda, facilitando las posibilidades de llegar a un acuerdo con la entidad acreedora para novar la hipoteca cesando su ejecución o dando tiempo a una mejora en la situación económica del deudor que le permitiera pagar y evitar dicha ejecución. En consecuencia, dado que la celebración de tres subastas podría en ciertos casos favorecer al deudor y que la ley así lo establecía en esos momentos, es lógico que se siguieran celebrando éstas.

No ocurre igual con los importes mínimo por los que la entidad acreedora puede quedarse la finca, cuya justificación era idéntica a la que había motivado la reforma del procedimiento judicial y que no tenía sentido que no se aplicaran en el procedimiento extrajudicial. Por ello, y aunque en la tercera subasta celebrada sin sujeción a tipo no cabe la adjudicación al acreedor ejecutante por falta de postores, sino que era necesario que éste se la adjudicara como consecuencia de su mejor, y habitualmente única, postura, si la subasta se celebró con posterioridad a la inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Civil de los límites mínimos por los que el acreedor puede adjudicarse la finca, teniendo en cuenta las distintas reformas sobre ello y los límites que estuvieran vigentes en cada momento, debe exigirse que el precio de remate ofrecido y por el que se la adjudica respete dichos límites mínimos. (Recordemos que dichos límites vienen establecidos en el art. 671 LEC, cuyo texto original lo fijaba en el 50% del valor de tasación para subasta o la cantidad debida por todos los conceptos, porcentaje incrementado al 60% por el Real Decreto Ley 8/2011 de 1 de julio, si bien en la Disposición Adicional 6ª de la Ley 37/2011 de 10 de octubre, se precisó que el 60% se aplicaba si es vivienda habitual, mientras que si no lo es, se aplica el 50%, fijándose actualmente tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en el 50% o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, mientras que si es la vivienda habitual del deudor es el 70% o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, el 60%). Como reconoce una sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Picassent de 16 de octubre de 2012, si el reconocimiento de la existencia de la venta extrajudicial de bien hipotecado viene por su consagración a través de la Disposición Final novena de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 al reformar el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario que desarrollan el procedimiento extrajudicial no pueden ser contradictorios con el sistema y las garantías para el deudor que dicha Ley de Enjuiciamiento Civil incorpora, ni contrarios a una norma con rango superior como es ésta, y deben interpretarse de forma englobada con la ley procesal, atendiendo a la totalidad de los principios que la presiden y, entre ellos, la limitación del valor por el que se puede adjudicar un bien la entidad acreedora; carece de sentido que la misma ley que ha permitido la coexistencia del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria y la venta extrajudicial de bien hipotecado frente a notario, sólo haya establecido un límite para la adjudicación al acreedor en el procedimiento judicial y no para el extrajudicial; siendo clara la continua voluntad del legislador de garantizar que el ejecutante no pueda adjudicarse por nimias cantidades los bienes hipotecados manteniendo el resto del crédito frente a los deudores una vez satisfecha y cancelada la garantía real, no se entiende que esa voluntad del legislador

sea distinta en el caso del procedimiento judicial y en el extrajudicial; cabe así interpretar que los límites cuantitativos para la adjudicación del bien hipotecado por el acreedor constituyen un límite legal a la voluntad de las partes que convienen la posibilidad de utilizar este procedimiento de venta extrajudicial; y todo ello, de conformidad igualmente con la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquéllas, del art. 3.1 del Código Civil, y con la necesidad de evitar el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, que se produciría de no aplicar los límites, y que, según el art. 7.2 del Código Civil, la ley no ampara.

Otra cuestión en relación con esta materia que ha generado dudas en la práctica es la exigencia contenida en el art. 129.2.d) LH de realizar la venta “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”, dado que este portal todavía no está en funcionamiento, lo que ha planteado si mientras tanto cabe acudir al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Y efectivamente sí puede seguirse dicho procedimiento, si bien, mientras no pueda celebrarse la subasta electrónica, ésta se tramitará en forma presencial, ajustándose al resto de las exigencias legales tras la reforma. Inicialmente, hubo quien consideró que hasta que se regulara y pusiera en marcha no podría acudir a este procedimiento, o al menos que si bien podía iniciarse el procedimiento no podría celebrarse la subasta, quedando paralizado el mismo. Sin embargo, esto ha sido claramente rechazado por la DGRN, que en Resolución de 25 de febrero de 2014, tras señalar que “son de inmediata aplicación desde la entrada en vigor de la reforma legal las modificaciones del procedimiento de la subasta extrajudicial en cuanto se establece una única subasta para todo tipo de inmueble y las introducidas con la expresa remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que aseguran que los tipos y condiciones de la venta pública del bien hipotecado ante notario estén sometidos a las mismas garantías que las establecidas para la subasta judicial”, y que la regulación reglamentaria actualmente vigente debe “ser aplicada en tanto en cuanto no sea contrario a la Ley 1/2013 o a la Ley de Enjuiciamiento Civil, e interpretada de conformidad con los principios del procedimiento regulado por las mismas, teniendo en cuenta además la aplicación supletoria de la Ley rituarial en lo no previsto específicamente”, establece en cuanto la forma concreta de realización de la subasta, que “deberá ser presencial mientras no se ponga en marcha el portal de subastas electrónicas que a tal efecto deberá disponer la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.”

Una última cuestión relativa a la subasta y adjudicación se refiere al destino del precio de remate, regulado en los arts. 129.2.g) LH (“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.”) y 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.”).

El importe se destinará al pago del acreedor, imputándose a las cantidades que le son debidas por el mismo orden establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, intereses ordinarios, capital, intereses de demora, costas y gastos, siempre con el límite máximo de la responsabilidad hipotecaria por cada uno de estos conceptos. Si en alguno de ellos la deuda es superior a la responsabilidad hipotecaria, únicamente se entregará al acreedor este último importe, incluso aunque haya sobrante, destinándose éste a los acreedores posteriores y, en su defecto, al dueño de la finca. Y de igual modo, lógicamente, no podrá recibir el acreedor o imputar a su crédito importe alguno por encima de lo que se le debe, aunque alcance a ello la responsabilidad hipotecaria, según resulte de la certificación de saldo en base a la cual se ha llevado a cabo el procedimiento (aunque parece evidente, la DGRN tuvo que pronunciarse en tal sentido en Resolución de 2 de marzo de 2000).

Respecto a las cuantías a incluir en el concepto de costas y gastos, el art. 236.k RH es claro, al establecer en su apartado tercero que “el Notario practicará la liquidación de gastos considerando exclusivamente los honorarios de su actuación y los derivados de los distintos trámites seguidos”. En consecuencia, no cabe la inclusión de otros gastos en dicho concepto, como podrían ser los de asesoramiento jurídico, que sólo podrían reclamarse si se hubiera pactado en la escritura expresamente mediante un concepto separado de responsabilidad hipotecaria, y se acreditara debidamente su devengo. La intervención de este abogado o asesor no es en absoluto necesaria para este procedimiento sustanciado ante notario, a diferencia de lo que ocurre con el abogado y procurador en el procedimiento judicial, por lo que no tiene sentido que pueda imponerse el pago de sus honorarios al deudor, y más aún teniendo en cuenta que es un gasto absolutamente privado, elegido exclusivamente por el acreedor (dejaría el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes en contra del artículo 1256 del Código Civil), cuyo importe más o menos elevado es fijado unilateralmente por tal abogado o pactado entre éste y el acreedor, sin control de ningún tipo ni limitación alguna, todo lo cual lleva a que se produzca un claro perjuicio al deudor, pues puede ser fácilmente alterado o modalizado en virtud de los intereses particulares del acreedor. Si el acreedor quiere contar con asesoramiento jurídico, puede hacerlo, pero a su costa y no del deudor, a quien no puede imponerse sufragar tales gastos no necesarios y en interés exclusivo del acreedor, y sobre todo, no pueden incluirse en la partida de gastos y costas de ejecución, pues vulneraría claramente el artículo 236-k del Reglamento Hipotecario. Según Resolución de la DGRN de 30 de agosto de 2013, “sólo son imputables a dicha partida los gastos devengados por honorarios del actuante y de aquellos derivados de sus actuaciones (publicación de edictos, gastos de correo...)”.

g) Otras circunstancias en la escritura pública de venta extrajudicial:

La escritura pública de venta deberá contener todas las circunstancias ordinarias exigidas legalmente en este tipo de negocio jurídico y que son necesarias para su inscripción en el Registro de la Propiedad, como son las circunstancias identificativas del adquirente (con expresión, además, de su estado civil y, si es casado, todo lo relativo a su régimen económico matrimonial, carácter de la adquisición y datos, en su caso, del cónyuge), la manifestación de encontrarse la finca libre de arrendamientos (o en caso de estar arrendada, acreditación de haberse notificado la transmisión y sus condiciones al arrendatario a los efectos de que pueda ejercitar sus derechos de adquisición preferente), etc.

h) Situación especial de titular de la finca en concurso de acreedores:

En este caso, no puede procederse a la ejecución separada y especial de la garantía real, salvo que la finca hipotecada no esté afecta o no sea necesaria para la continuidad de la actividad profesional o empresarial. Por ello, no se podrá ni siquiera expedir la certificación ni extender la correspondiente nota marginal sin que se acredite mediante la correspondiente resolución del Juez del concurso (a quien compete esta declaración) que la finca no está afecta a dicha actividad. Como ha señalado la DGRN en Resolución de 20 de febrero de 2012, “desde la declaración de concurso no puede llevarse a cabo ninguna actuación ejecutiva singular, en tanto no se aporte aquella declaración judicial de no afección de los bienes objeto de ejecución (o de que ha transcurrido más de un año desde aquella declaración sin que se hubiese producido la apertura de la liquidación, o de que exista un convenio cuyo contenido no se vea afectado por la ejecución)”.

3.- Consecuencias: Inscripción de la transmisión del dominio y cancelación de hipoteca ejecutada y de las cargas y derechos posteriores.

Conforme al artículo 236.1 RH, en su apartado tercero, “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”. Así pues, en virtud de la venta extrajudicial, procede la inscripción del dominio de la finca a favor del adquirente o adjudicatario, así como la cancelación de la hipoteca que se ejecuta y de los derechos y cargas posteriores a la misma.

Aunque algunos autores han considerado que este procedimiento no tiene virtualidad para producir la cancelación por purga de las cargas y derechos posteriores a la hipoteca ejecutada, sobre la base de que no es propiamente un proceso ejecutivo, cuya competencia está constitucionalmente reservada al poder judicial, y de que el art. 129 LH no lo establece expresamente ni hace referencia alguna a este efecto, lo cierto es que no puede negarse esta consecuencia, pues en definitiva, la purga o cancelación de los asientos posteriores deriva de la propia esencia del derecho de hipoteca y su funcionamiento. Como ha resaltado la DGRN en Resolución de 17 de enero de 2013,

“es consustancial al derecho real de hipoteca inscrito que su ejercicio, por cualquiera de las vías legalmente establecidas, es oponible a tercero”, y que “la salvaguardia de la posición jurídica de los terceros afectados por la eventual purga se consigue con la oportuna notificación a fin de que ejerciten, si lo estiman conveniente, los derechos que el ordenamiento les reconoce”.

Por excepción, tal como indica el precepto, no procede la cancelación de los asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca, como es la anotación preventiva de demanda de nulidad de la escritura pública de hipoteca, ya que pone en entredicho la validez de la propia hipoteca que se ejecuta, de modo que dicho asiento continuará, por tanto, vigente, y sólo podrá cancelarse en virtud del correspondiente mandamiento judicial. Y ello aunque se haya extendido con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial de ejecución directa, en el que el art. 131 LH ordena la cancelación de las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. La DGRN ha justificado este diferente tratamiento o solución entre el procedimiento judicial y la venta extrajudicial, ya que aquél es un “proceso bajo la decisión de la autoridad judicial, conforme al principio constitucional de tutela judicial efectiva”, rigiéndose ésta por otras normas, que determinan así mismo la existencia de otras diferencias (Resolución de 18 de septiembre de 2013).