

EL PACTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN LA HIPOTECA

La presente exposición tiene por objeto analizar brevemente la constitucionalidad de la venta extrajudicial ante notario, los requisitos formales y materiales que deben concurrir en el pacto por el que se acuerda la posibilidad de acudir a dicho procedimiento para que pueda ser objeto de reflejo registral, y concluiremos reseñando brevemente determinadas estipulaciones que habitualmente se incluyen o pueden incluirse en la cláusula relativa a dicha venta extrajudicial.

Comenzaremos reseñando que la venta extrajudicial ante Notario aparece regulada en los artículos 129 de la Ley Hipotecaria –en su redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social-, 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario y en el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Pues bien, tal y como resulta del artículo 129.1.b) de la Ley Hipotecaria y, en particular, del artículo 234.1 del Reglamento Hipotecario, *“La tramitación de la ejecución extrajudicial prevista por el artículo 129 de la Ley requerirá que en la escritura de constitución de la hipoteca se haya estipulado la sujeción de los otorgantes a este procedimiento (...)”*: por consiguiente, del citado precepto resulta claramente que sólo podrá acudirse al indicado procedimiento de venta extrajudicial ante notario en caso que tal posibilidad se haya pactado expresamente en la escritura en que se formaliza el préstamo con garantía hipotecaria cuya constitución se interesa.

El fundamento de dicho procedimiento (que no proceso judicial) se encuentra en el artículo 1858 del Código Civil según el cual *“es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor”*.

En este punto, cabe destacar que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 18 de septiembre de 2013, ha puesto de manifiesto que *“la llamada ejecución extrajudicial ante notario, no es propiamente un proceso, sino una venta extrajudicial, similar a la derivada de la prenda prevista en el artículo 1872 del Código Civil, si bien basada en un pacto expreso al efecto en la escritura de constitución de la garantía. Este carácter no jurisdiccional resulta claramente del párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Criterio que ha confirmado la reforma del citado artículo llevada a cabo por Ley 1/2013, de 14 de mayo, al distinguir claramente la ejecución directa sobre los bienes hipotecados de la venta extrajudicial ante notario de la finca hipotecada, que se rige por otras normas contempladas en el citado artículo 129 de la Ley Hipotecaria y por las normas previstas al respecto en el Reglamento Hipotecario”*.

No obstante, la constitucionalidad de la venta extrajudicial ante notario de la finca hipotecada ha sido discutida, en ocasiones, amparándose en una presunta contravención del principio de tutela judicial efectiva -artículos 14 y 117 de la

Constitución-: en este sentido cabría citar, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2007 y 14 de julio de 2008 y, más recientemente, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número Uno de Palma de Mallorca de fecha 3 de enero de 2014, que declara nula por abusiva la cláusula relativa a la posibilidad de acudir al procedimiento de venta extrajudicial ante notario, por entender:

a) que se trata 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 causan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato, al considerar que la citada cláusula supone una merma de los derechos del consumidor y de la protección otorgada por la Directiva 93/13, afirmando además que la diferencia de tratamiento entre el procedimiento judicial y extrajudicial no tiene justificación;

c) y, en tercer lugar, que el desequilibrio indicado perjudica al consumidor, por entender el Tribunal que dicho consumidor no puede disponer de la totalidad de los mecanismos de protección dispensados por la Directiva 93/13 en el momento de la celebración del contrato, e incluso en el momento de la ejecución.

Dicha postura, no obstante, ha sido clara y contundentemente rechazada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya desde la Resolución de 24 de marzo de 2003, al afirmar que:

a) en primer término, el llamado procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria cuenta con antecedentes históricos en nuestra tradición, tal y como ha puesto de relieve el Centro Directivo, entre otras, en Resoluciones de 3 de julio de 1920 y 14 de junio de 1933;

b) en segundo lugar, 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. artículo 164.1 de la Constitución);

c) a mayor abundamiento, y en tercer término, 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: así, el legislador se ha pronunciado sobre la admisibilidad de la enajenación extrajudicial del bien inmueble hipotecado al establecer tal posibilidad en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en la redacción que del mismo realizó la disposición adicional novena, apartado 4, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (e incluso, más recientemente, en su redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo);

d) porque el propio Tribunal Constitucional, en Sentencia 41/1981, de 18 de diciembre, al resolver sobre la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario que regulaba el hoy derogado artículo 131 de la Ley Hipotecaria, emplea unos argumentos que considera igualmente válidos para el procedimiento extrajudicial, al declarar que *“aunque en dicho procedimiento se limita extraordinariamente la contradicción procesal (falta la controversia entre las partes) no implica indefensión, porque la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento: no se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo”*, añadiendo además que *“la ausencia de cognición parece tan esencial a la ejecución hipotecaria, que se halla presente por imperativo legal en la ejecución extrajudicial ante Notario. Nos hallamos, pues, ante una ejecución tan expeditiva como la judicial”*;

e) y, en último término, porque la enajenación extrajudicial del inmueble hipotecado está basada en un pacto inscrito cuya validez se presume mientras no recaiga la correspondiente declaración judicial en contrario -artículo 1 de la Ley Hipotecaria- (en igual sentido, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de diciembre, indica que *“el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico. Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. Aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional”*).

Esta argumentación favorable a la constitucionalidad de la venta extrajudicial ante Notario es sostenida también por la mejor doctrina. En este sentido, se ha manifestado el Ilustrísimo Señor don Francisco Javier Gómez Gállego, recientemente designado Director General de los Registros y del Notariado, en su artículo *“La venta extrajudicial ante notario de la finca hipotecada: constitucionalidad y diferencias con la ejecución directa judicial”*, publicado el 22 de octubre de 2013 en la Revista *“El Notario del siglo XXI”*, en que afirmaba además que *“la venta extrajudicial ante notario no es un proceso, sino mero desarrollo de un pacto en escritura pública de venta anticipada de la finca para el caso de impago de la obligación garantizada. Así lo confirmó la reforma del artículo 129 de la ley Hipotecaria por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000. Y lo ha venido a reafirmar, con mayor intensidad, el legislador en la nueva redacción del citado artículo 129 en la reciente Ley 1/2013, de 14 de Mayo, dictada para acoger en el ordenamiento jurídico español los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Marzo de 2013, sobre adecuación de nuestro marco hipotecario a la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas, al distinguir claramente el ejercicio de la acción hipotecaria por vía del procedimiento judicial de ejecución directa sobre bienes hipotecados y la venta extrajudicial ante notario”*. En igual sentido, cabe citar la más reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de febrero de 2014.

Sentado lo anterior, cabe proceder al análisis de los requisitos que deben concurrir en el pacto por el que se establece la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial ante notario, debiendo distinguir:

A) En primer lugar, un requisito de carácter exclusivamente formal, a que se refieren los artículos 129.2.b de la Ley Hipotecaria y 234.2 del Reglamento Hipotecario, de los que resulta que “La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura”, requisito que por su sencillez y claridad no requiere mayor explicación.

B) A continuación, cabe analizar, de modo sistemático, los restantes requisitos, materiales o de fondo, que resultan de los preceptos indicados.

b.1.) El primero de ellos aparece en el artículo 129.1, letra b), de La Ley Hipotecaria, conforme al cual:

“1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse (...): b) 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”.

Por consiguiente, del precepto citado resulta que el pacto por el que las partes acuerdan expresamente la posibilidad de acudir al procedimiento de venta extrajudicial de los inmuebles hipotecados debe indicar expresamente que la posibilidad de ejercitar dicho procedimiento será de aplicación, única y exclusivamente, en caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, no bastando una mera remisión al contenido del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, lo cual encuentra su fundamento en la necesidad de claridad y transparencia de los contratos con condiciones generales en que intervengan consumidores y usuarios y, además, por indicarlo así la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en Resoluciones de 24 de febrero, 31 y 24 de marzo de 2014, afirmando en esta última que “respecto al segundo de los defectos señalados en la calificación –no se especifica que el procedimiento extrajudicial sólo puede utilizarse para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, sin que se haya hecho la exclusión de dicha cláusula con el consentimiento expreso del interesado–, el artículo 129.1.b) señala con claridad las exigencias de la Ley para la ejecución conforme el procedimiento de venta extrajudicial: «...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». Por lo tanto debe indicarse expresamente que el procedimiento extrajudicial pactado sólo podrá ejecutarse en caso de falta de pago de capital o intereses, no bastando la mera remisión a la legislación hipotecaria”.

b.2.) En segundo lugar, conforme a los artículos 129.2.a de la Ley Hipotecaria y 234.1.1ª del Reglamento Hipotecario, deberá fijarse “el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta”. Dicho valor de tasación debe cumplir un doble requisito:

- por un lado, *“no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa”* (artículos 129.2.a) de la Ley Hipotecaria y 234.1.1ª del Reglamento Hipotecario),

- y, además, como consecuencia de lo anterior y en conexión con lo dispuesto en el artículo 682.2.1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, –en su redacción dada por la Ley 1/2013 de 14 de mayo–, en relación con el procedimiento de ejecución judicial directa, el valor de tasación no *“podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”*.

Dicho valor a efectos de subasta deberá indicarse expresamente y, conforme a lo anterior, se determinará atendiendo a la tasación realizada conforme a lo previsto en la normativa reguladora del mercado hipotecario, lo que exige la aportación o protocolización del correspondiente certificado de tasación, tal y como resulta del precepto indicado y exige la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en Resolución de 29 de octubre de 2013 (y ello siempre que se pacte la posibilidad de acudir a los procedimientos de ejecución judicial directa sobre bienes hipotecados regulado en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al de venta extrajudicial ante notario que nos ocupa en la presente exposición, con independencia de quiénes sean los sujetos que ostenten la condición de acreedor hipotecario, deudor hipotecario y/o hipotecante –sea deudor o no deudor– y con independencia de la naturaleza de los inmuebles hipotecados), resolución en que se indica expresamente que *“queda fuera de duda, por tanto, que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial en las escrituras de constitución de hipotecas, o en otras posteriores en que se pretenda incluir dichos pactos, resulta imprescindible que se le acredite al registrador, a través de la certificación pertinente, la tasación de la finca hipotecada «realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario», y que el valor (o precio) en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea inferior, en ningún caso, al setenta y cinco por ciento del valor señalado en la tasación realizada conforme a la citada Ley. Las normas transcritas que así lo establecen tienen carácter imperativo, inderogable por la voluntad de las partes, por lo que su infracción pararía en la nulidad de la estipulación que incurriesen en tal infracción, lo que la inhabilita para su acceso al Registro de la Propiedad (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria) y, por tanto, para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales (cfr. artículo 130 de la Ley Hipotecaria)”* (en igual sentido, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 2014). Dicho certificado de tasación debe reunir los siguientes requisitos:

i) ha de ser expedido por sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial de Sociedades de Tasación del Banco de España, y no por cualquier otra persona física o jurídica que no reúna tal condición, pues así lo exige la normativa reguladora del mercado hipotecario (artículos 61, 63.a y 64.a de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, del Ministerio de Economía): en este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de

2014 ha puesto de manifiesto que *“en el caso que motiva este recurso, el acreedor, persona física que mantiene relaciones comerciales y de servicios con la deudora, persona jurídica, acepta la tasación de los bienes presentados por ésta y la tasación realizada por técnico que no obstante carece del carácter oficial que prevé la Ley 2/1981. Se vulnera con ello el régimen diseñado por el legislador, de carácter imperativo, inderogable por la voluntad de las partes. Su infracción implicaría la nulidad de la estipulación que incurre en tal infracción, lo que la inhabilita para su acceso al Registro de la Propiedad (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria)”* y en Resolución de 31 de marzo de 2014 indica igualmente que *“el certificado debe ser expedido por las entidades homologadas conforme la regulación de la Ley 2/1981 en relación con los términos del Real Decreto 775/1997 y del Real Decreto 716/2009”*;

ii) ha de hallarse debidamente sellado y firmado por un representante de la entidad que emita el certificado o de la entidad financiera a cuyos servicios pertenezca el tasador, en los términos previstos en el artículo 63.1.j) de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, del Ministerio de Economía, en que se indica que *“la firma será autógrafa, mecanizada o electrónica en cuyo caso cumplirá la normativa vigente sobre firma electrónica, correspondiendo a la entidad tasadora establecer los procedimientos que aseguren la inalterabilidad de los documentos en que se estampa”*;

iii) ha de señalar, de modo individualizado, el valor que corresponde a cada uno de los inmuebles hipotecados, pues sólo de ese modo puede garantizarse el cumplimiento del requisito anteriormente indicado de que el valor del inmueble hipotecado a efectos de subasta no sea inferior al que resulte con relación al mismo del correspondiente certificado de tasación: de este modo, el artículo 43 de la Orden ECO/805/2003 establece que *“las valoraciones se expresarán por fincas registrales independientes”*, añadiendo en su apartado segundo que *“para valorar un inmueble integrado por varios elementos se procederá a valorar cada uno de ellos según lo previsto en esta Orden, obteniéndose el valor total del inmueble como suma de los valores calculados para dichos elementos”*;

iv) tratándose de obras nuevas en construcción, no cabe el establecimiento de dos valores de tasación a efectos de subasta (uno actual relativo a la obra nueva en construcción y otro hipotético en relación con la obra nueva terminada), sino que habrá de fijarse un único valor de tasación actual relativo a la obra en construcción, en la medida que *“la valoración de la obra terminada no es más que una hipótesis sujeta a concreción y distinta de lo que se define en la norma aplicable como valor de tasación a efectos de subasta”*: así, el artículo 45.1 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, en relación con los inmuebles en construcción, diferencia entre valor de tasación de los mismos y valoración para la hipótesis de edificio terminado (al valor de tasación hace referencia su apartado a) al disponer que *“el valor de tasación será el valor de reemplazamiento neto; no obstante, si las obras estuvieran paralizadas y no se prevé su reanudación a corto plazo, se tomará como valor de tasación el menor entre el valor de reemplazamiento y el residual del terreno y de la edificación realizada”*, mientras que a la valoración para hipótesis de edificio terminado alude el apartado b) del indicado precepto al establecer que *“la valoración –que no el valor de tasación– de*

los inmuebles en proyecto, construcción o rehabilitación para la hipótesis de edificio terminado se realizará, para la fecha prevista de terminación de las obras, siguiendo las reglas previstas en las letras a), b), c) siguientes”); además, el valor de tasación fijado hipotéticamente para el caso de finalizarse la obra resultaría provisional y fluctuante, adolecería de indeterminación y estaría sujeto a la limitación temporal impuesta en el artículo 62.4 de la citada Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, a que aludiremos a continuación, lo cual impediría su reflejo registral (cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2014). No obstante, nada impide que, una vez concluida la obra, se interese la modificación del valor de tasación del inmueble a efectos de subasta mediante la aportación de certificación de tasación en que concurren todos los requisitos a que nos estamos refiriendo;

v) ha de tratarse de un certificado de tasación vigente en la fecha de otorgamiento de la escritura, debiendo tener en cuenta que conforme al artículo 62.4 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, *“los informes y certificados caducarán, necesariamente, a los seis meses contados desde la fecha en que haya sido emitido el informe”.*

Finalmente, ha de tomarse en consideración que en los supuestos de novación y/o ampliación de hipoteca sólo será necesaria la aportación de certificado de tasación vigente al tiempo de otorgamiento de la citada escritura de novación y/o ampliación -y en que concurren los requisitos anteriormente indicados- si se procede a la modificación del valor de tasación que resulta de la inscripción de hipoteca cuya novación y/o ampliación se interesa, pero no en caso que dicho valor permanezca inalterado, y ello en la medida que el artículo 682.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige el cumplimiento de lo indicado en el mismo, única y exclusivamente, en el supuesto de “constitución de la hipoteca”, no en otro caso: así lo afirma el Centro Directivo, entre otras, en Resoluciones de 29 de octubre de 2013 y 18 de febrero de 2014, en que pone de manifiesto que *“el precepto se refiere únicamente a la «escritura de constitución de hipoteca» por lo que no puede extenderse a otros actos otorgados con posterioridad durante la vida de la hipoteca, ni se exige tampoco su actualización en ningún caso. (...) Ello naturalmente siempre que, con motivo de esos otros actos, no se modifique expresamente el valor de tasación contenido en la escritura de constitución, pues en tal caso, la modificación de la escritura de constitución en ese aspecto concreto determinaría que fuese necesario que se acompañase el certificado de tasación”.*

b.3.) En tercer lugar, conforme al artículo 234.1.2.^a del Reglamento Hipotecario debe indicarse “el domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. La determinación del domicilio, que no podrá ser distinto del fijado para el procedimiento judicial sumario, podrá modificarse posteriormente con sujeción a lo previsto en el artículo 130 de la Ley”. Por consiguiente:

i) Es precisa la determinación de un domicilio a efecto de requerimientos y notificaciones no sólo con relación al hipotecante (sea deudor o no-deudor) sino

también, en su caso, en relación con el deudor no-hipotecante (pudiendo señalarse el mismo domicilio para ambos), en la medida que:

- por un lado, el artículo 236.c del Reglamento Hipotecario indica que el notario deberá efectuar el correspondiente requerimiento de pago al DEUDOR, en el domicilio que, a efectos de aquél, resulte del Registro (y ello sin perjuicio de que pueda entenderse correcto el requerimiento realizado en domicilio distinto, siempre que se acredite fehacientemente que el deudor ha tenido efectivo conocimiento del mismo, en los términos que resultan, entre otras, de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de julio de 2013);

- asimismo, resultando infructuoso dicho requerimiento de pago, debe procederse a la notificación –entre otros- al hipotecante no-deudor, en su caso, en el domicilio resultante del Registro (artículo 236.d del Reglamento Hipotecario).

En este mismo sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución 8 de febrero de 2011 entiende que *“con todo, como ya ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 7 de febrero y 9 de julio de 2001, y 14 de enero de 2008), la omisión o, en su caso, la defectuosa designación del domicilio realizada por el deudor a efectos del citado procedimiento de ejecución directa o del extrajudicial de ejecución de la hipoteca, producirá el efecto de que no puedan utilizarse dichos procedimientos –de carácter potestativo–, imposibilidad que no queda salvada por el hecho de que en la póliza que documenta la obligación garantizada se consigne un domicilio del deudor, ni por el hecho de que sí figure en la escritura el domicilio del hipotecante no deudor (que no puede sobreentenderse que sea común para aquél y para el deudor si no se expresó así claramente).”*

ii) En segundo término, el domicilio fijado a efectos de requerimientos y notificaciones, tanto respecto del deudor (hipotecante o no-hipotecante) como respecto del hipotecante (deudor o no-deudor) en el ámbito de la venta extrajudicial ante notario ha de coincidir con el señalado para cada uno de ellos en relación con el procedimiento de ejecución judicial directa sobre bienes hipotecados.

iii) En último lugar, la modificación de dicho domicilio requerirá el consentimiento del acreedor hipotecario, salvo que se halle dentro de la misma población o término municipal a que pertenecía el señalado con anterioridad y que fue objeto de reflejo registral, pues así resulta del actual artículo 683.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual:

“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”.

En todo caso, dicho cambio de domicilio deberá hacerse constar en acta notarial y ser objeto de reflejo registral mediante la práctica de la correspondiente nota al margen de la inscripción de hipoteca (y ello sin perjuicio de que el citado cambio pueda también realizarse con ocasión del otorgamiento y autorización de una escritura de novación y/o ampliación de hipoteca que sea objeto de reflejo registral posterior pues, en tal supuesto, dicha modificación habría sido expresamente consentida en documento público y sería objeto de reflejo registral en la inscripción correspondiente).

Todo lo anterior demuestra la trascendencia fundamental que tiene la determinación de un domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones tanto en relación con el deudor (hipotecante o no hipotecante) como respecto del hipotecante (sea deudor o no deudor), y así ha sido puesto de manifiesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en Resolución de 5 de julio de 2013, en que afirma que *“la fijación de un domicilio en la inscripción de hipoteca responde a la idea de protección de un interés no sólo del deudor sino también del acreedor en cuanto partes del contrato. Esta base contractual en la determinación del domicilio, por más que sea señalado por el deudor, tiene su reflejo en el hecho de que el deudor, hipotecante o tercer poseedor no puede después modificarlo a voluntad (vid. art. 234.1.2.ª del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 683.1.1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y su contrapeso en que el acreedor no puede unilateralmente sustituirlo por otro”*, añadiendo a continuación que *“este Centro Directivo ha afirmado rotundamente la posibilidad de llevar a cabo el requerimiento en otro lugar distinto al fijado en la escritura y en el Registro de la finca pero la salvaguarda de los derechos del deudor o hipotecante exige que se haga con su consentimiento y previa su identificación (Resolución de 17 de septiembre de 2012)”*.

b.4.) A continuación, el artículo 234.1.3.ª del Reglamento Hipotecario exige la determinación de *“la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante. A tal efecto podrá designarse al propio acreedor”*.

En relación con este requisito, y como pone de manifiesto JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, se trata de un supuesto de autocontratación permitida para posibilitar el otorgamiento de la escritura de venta extrajudicial en un momento en que el titular de la finca hipotecada no estará dispuesto a ningún tipo de colaboración. La omisión de este requisito, al igual que ocurre con los requisitos antes indicados, determina la imposibilidad de proceder al reflejo registral de la cláusula relativa al procedimiento de venta extrajudicial ante notario.

b.5.) En quinto lugar, el artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria indica que “la estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca (...) deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque (...)”.

El inciso de dicho precepto anteriormente transcrito es de idéntico tenor literal al artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria (cuyo primer inciso indica que “*En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque*”), debiendo realizar al efecto las siguientes consideraciones:

i) en primer término, es necesaria la concurrencia de un doble requisito: por un lado, uno subjetivo, consistente en que el deudor o -en su caso- el hipotecante sean personas físicas y, por otro, un requisito objetivo consistente en que alguno de los inmuebles hipotecados tenga la condición de vivienda, pues así resulta además de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 y 19 de diciembre de 2013 en que el Centro Directivo puso de manifiesto que “*no podrá inscribirse ninguna hipoteca constituida por persona física que grave una vivienda sin que se realice una manifestación expresa acerca del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada que exige el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria, ya lo sea del deudor o, en su caso, del hipotecante no deudor, puesto que en ambos supuestos puede tener transcendencia dicha manifestación, y dado que dicho requisito no se vincula únicamente a la circunstancia de que el préstamo tenga como destino la adquisición de la vivienda habitual, sino que está destinado a la protección de la misma en caso de ejecución hipotecaria, protección que se manifiesta, entre otros efectos, en la posibilidad de suspensión de los lanzamientos prevista en el artículo 1 de la Ley 1/2013, en la determinación de los valores de adjudicación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o en las limitaciones de la responsabilidad remanente del deudor después de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 579 de la misma Ley, etc. En definitiva es la situación de la persona o personas naturales propietarios o titulares de un derecho que implique uso de una vivienda habitual, y que pueden perder a causa de un procedimiento hipotecario, la que se trata de paliar en la ley con los mecanismos señalados*”, añadiendo que “*ninguna manifestación expresa se requiere acerca de si la vivienda es o no la habitual cuando la hipoteca recae sobre un apartamento perteneciente a una sociedad mercantil*”;

ii) de este modo, sólo en el supuesto antes indicado (hipoteca constituida por persona física sobre vivienda) debe especificarse, en la propia cláusula en que se pacta la posibilidad de acudir al procedimiento de venta extrajudicial ante notario, si dicha vivienda constituye o no su vivienda habitual, bien expresamente, bien por remisión a otras cláusulas de la escritura en que así se indique (no obstante, y pese al tenor literal del precepto indicado, puede considerarse que la omisión de tal circunstancia no impediría el reflejo registral de la posibilidad de acudir al procedimiento de venta extrajudicial, siempre y cuando se haya determinado expresamente, en otras cláusulas de la escritura, el carácter habitual o no de la vivienda hipotecada, conforme al artículo

21.3 de la Ley Hipotecaria -y ello por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil-).

b.6. En último lugar, ha de tomarse en consideración lo dispuesto en los siguientes preceptos:

- por un lado, en el artículo 129.2.c) de la Ley Hipotecaria, según el cual: “*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 [de la Ley Hipotecaria]*”;

- y, por otro, en el artículo 235.1 del Reglamento Hipotecario: “*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 [del Reglamento Hipotecario]*”.

Por tanto, la posibilidad de acudir al procedimiento de venta extrajudicial ante notario requiere:

- que el importe correspondiente a cada uno de los conceptos garantizados conste inicialmente determinado;

- o bien, en otro caso (esto es, tratándose de hipotecas de máximo), que en la escritura de constitución de hipoteca se pacte expresamente que sólo podrá acudirse a dicho procedimiento de venta extrajudicial si, con carácter previo a su iniciación, se pone de manifiesto el nacimiento de la obligación u obligaciones garantizadas y la cantidad exacta que será objeto de reclamación por cada uno de los conceptos, procediendo a su reflejo registral mediante la práctica de la correspondiente nota marginal a que se refiere el artículo 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento u otro procedimiento adecuado (por lo demás, el momento clave en el que la cantidad ha de estar determinada es al expedir la certificación de dominio y cargas a efectos de esta venta extrajudicial).

En este sentido se ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 20 de junio de 2012, donde pone de manifiesto que “*si se pretende la constancia registral de esa referencia que se hace en la escritura a la posibilidad de utilizar este procedimiento [esto es, el procedimiento de venta extrajudicial], ha de hacerse con la salvedad de que sea siempre que se acredite respecto a terceros la existencia y cuantía de la obligación futura por medio de la nota marginal del artículo 238 del Reglamento Hipotecario, pues en otro caso la referencia en la inscripción a la utilización del procedimiento extrajudicial induciría a confusión teniendo en cuenta el principio de legitimación registral que presume la existencia y pertenencia del derecho inscrito en la forma determinada por el asiento*

respectivo, por lo que sin esa salvedad, el asiento registral en que constara la referencia al procedimiento extrajudicial podría inducir a la confusión de que legitimaba para el ejercicio del procedimiento sin más trámites ni requisitos y sin base registral previa respecto a la determinación de la obligación garantizada cuya hipoteca fuera objeto de ejecución extrajudicial”.

Llegados a este punto, y concluido el análisis de los requisitos que deben concurrir en el pacto por que se acuerda la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial ante notario para que el mismo sea susceptible de reflejo registral, y para concluir, haremos una breve mención a otra serie de estipulaciones o pactos que pueden o suelen comprenderse en la cláusula indicada; de este modo:

- por un lado, de acuerdo con el artículo 236.1 del Reglamento Hipotecario, en caso que sean varias las fincas hipotecadas y las mismas radiquen en lugares diferentes, las partes pueden pactar cuál de ellas determinará la competencia notarial para la tramitación del procedimiento (en otro caso, dicha competencia vendrá determinada por la finca que haya sido tasada con un mayor valor a efectos de subasta);

- asimismo, por el contrario, no puede ser objeto de reflejo registral la inclusión, entre los gastos derivados del procedimiento de venta extrajudicial, de aquellos derivados de la intervención de letrados y procuradores, en la medida que su intervención no es preceptiva y dado que, además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 236.k.3 del Reglamento Hipotecario, los gastos derivados de la tramitación del procedimiento de venta extrajudicial se encuentran tasados, de tal modo que *“el notario sólo debe practicar la liquidación de gastos, considerando exclusivamente los honorarios de su actuación y los derivados de los distintos trámites seguidos”* (en este sentido, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de agosto de 2013).

Hasta aquí el análisis de los aspectos más destacados de la cláusula por la que se pacta la posibilidad de acudir al procedimiento de venta extrajudicial ante Notario.

Valencia, 15 de diciembre de 2014

Jorge Romero Melle
Registrador de Tavernes de la Valligna