



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA
APROBADO EL INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REAL
DECRETO POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO
HIPOTECARIO, APROBADO POR DECRETO DE 14 DE FEBRERO
DE 1947, EN MATERIA DE VENTA FORZOSA EXTRAJUDICIAL**

I. ANTECEDENTES

Con fecha de 4 de julio del 2013 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el texto del Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, en materia de venta forzosa extrajudicial. El Proyecto referido fue remitido por la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, a efectos de la emisión del preceptivo informe conforme a lo dispuesto en el artículo 108 LOPJ.

La Comisión de Estudios e Informes, en virtud de la aplicación de su protocolo interno, acordó designar Ponente a la Excm. Sra. Vocal D^a Margarita Robles Fernández y, en su reunión de 23 de julio de 2013, aprobó el presente Informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a las normas procesales a que se refiere el apartado e) del citado artículo.

Con carácter general, la función consultiva de este órgano constitucional ha sido entendida en términos amplios. Así, el CGPJ ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1 de la LOPJ, y un ámbito ampliado, que se deriva de la posición de este Consejo como órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial. Dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse se habrá de referir, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del Proyecto en todas las cuestiones no incluidas en el citado artículo 108 de la LOPJ.

Por otra parte, el Consejo se reserva, a su vez, la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 CE. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ.

Sin perjuicio de lo anterior y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos

En el presente caso, la potestad de informe deriva del mandato incardinado en la letra e) del artículo 108.2. Ciertamente, el Proyecto remitido tiene por objeto la regulación de un procedimiento ajeno al ámbito jurisdiccional, pues esta llamado a disciplinar el desarrollo de la denominada “venta forzosa extrajudicial”. Teniendo en cuenta ese dato, solamente al amparo de una interpretación extensiva del concepto “norma procesal” cabría entender preceptivo el informe de este órgano. Sin embargo, teniendo en cuenta la importancia del Proyecto, el paralelismo que en determinados aspectos mantiene con las disposiciones de la LEC y, especialmente, la posibilidad de que los interesados puedan suscitar ante el juez competente la existencia de cláusulas abusivas en el título de ejecución, se estima pertinente la formulación del informe que se recaba, si bien circunscrito al ámbito de la denominada venta forzosa extrajudicial, lo que excluye cualquier consideración sobre la modificación prevista del artículo 354 a del Reglamento Hipotecario.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

III.

ESTRUCTURA DEL PROYECTO.

El Proyecto consta de una parte introductoria inicial y un artículo único compuesto de cuatro apartados, en cuya virtud se modifican los artículos 234 (apartado uno), 235 (apartado dos), 236 hasta 236 o. (apartado tres) y 354 a (cuatro), todos del Reglamento Hipotecario. El Proyecto incorpora, además, dos Disposiciones adicionales: la primera referida a la publicidad electrónica y la segunda a las normas técnicas y, por último, dos Disposiciones finales referidas, respectivamente, al título competencial y a la entrada en vigor.

Junto al proyecto se remite una Memoria de análisis de Impacto Normativo (MAIN) dividida en los siguientes apartados: Oportunidad de la propuesta (I), Contenido y análisis jurídico (II), Adecuación y distribución de competencias (III), Análisis de impactos económico y presupuestario (IV) y Análisis de impacto por razón de género (V).

IV.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO.

Antes de analizar en términos generales el contenido del Proyecto remitido, debe dejarse constancia de la paradójica situación a que se ve abocado este órgano, ante el hecho de informar sobre el proyectado desarrollo reglamentario de la venta forzosa extrajudicial, cuando no ha tenido ocasión de pronunciarse durante el proceso de gestación de la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en adelante Ley 1/2013), que es la norma legal



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

habilitante del desarrollo reglamentario y, sobre todo, sobre las modificaciones operadas en la normativa procesal que atañen al proceso de ejecución, singularmente en lo relativo a los bienes garantizados con hipoteca, aspectos estos claramente incardinados en el apartado 108.1 e) de la LOPJ.

Hecha la anterior observación, debe añadirse que en este apartado se formularán una serie de consideraciones generales sobre la venta forzosa extrajudicial que constituye el objeto esencial del Proyecto, con referencia a las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales sobre esa institución, así como a las novedades introducidas por las normas de las que dimana el desarrollo reglamentario que se proyecta realizar, que serán cotejadas con las previsiones de la LEC en relación con el proceso de ejecución judicial. En el apartado V de este informe se llevará a cabo un análisis detallado sobre los cambios introducidos por el Proyecto en el RH.

Entre los diferentes aspectos abordados por la ley 1/2013 figura la reforma del artículo 129 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH), en el que se regulan una serie de aspectos atinentes a la venta extrajudicial del bien hipotecado, cuyo tenor es el siguiente:

“1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse:

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

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

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

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

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

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

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

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

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

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

f) *Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

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

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

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

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

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

Además del aspecto enunciado, la citada Ley incorpora una trascendental modificación del procedimiento de ejecución diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), cuyo contenido se recoge en el Capítulo III bajo la rúbrica “Mejoras en el procedimiento de ejecución” que afecta a un importante número de artículos. Como ya se ha apuntado, esa materia participa de la naturaleza procesal a que se refiere el artículo 108.1 e) de la LOPJ y, pese a ello, debido a la tramitación seguida hasta la promulgación de la norma, este Consejo no ha podido informar sobre aspectos particularmente relevantes, no sólo desde la óptica estrictamente procesal, sino por la situación que actualmente atraviesa el sector inmobiliario y, lo que es más



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

importante, por la grave situación a la que se ven abocados un importante número de familias que, por situaciones ajenas a su voluntad, quedan expuestas a las consecuencias derivadas de la imposibilidad de hacer frente al pago de los préstamos con garantía hipotecaria.

La parte introductoria del Proyecto destaca la importancia de las últimas novedades legislativas introducidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, a saber el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo y la ya mencionada Ley 1/2013. Esos textos normativos confieren un mandato al gobierno para que, por vía reglamentaria, simplifique el procedimiento de venta extrajudicial, incorpore la posibilidad de celebrar subasta electrónica y, conforme a lo previsto en el artículo 129 de la LH, el Reglamento Hipotecario desarrolle la regulación de importantes aspectos del procedimiento. Más adelante, en referencia al contenido del Proyecto sometido a informe de este órgano, se deja constancia cuáles son las principales novedades que incorpora el texto articulado, singularmente la homogeneidad con el proceso de ejecución regulado en la LEC para los bienes especialmente hipotecados y el establecimiento de una única subasta para la venta del inmueble. En relación con este último aspecto, se afirma que el carácter electrónico de la subasta dotará al sistema de mayor agilidad, mejor difusión y un incremento de la concurrencia de potenciales licitadores, lo que redundará en la obtención de mejores precios, con el consiguiente beneficio para el acreedor y el deudor, sin que ello suponga merma de las garantías. La realización de las subastas se verificará a través del denominado Portal de Subastas del Boletín Oficial del Estado -mediante el sistema electrónico a que se ha hecho referencia- el cual incorpora una serie de cautelas para evitar que, de forma casual o intencionada, se produzcan paralizaciones de las subastas o el inmueble sea adjudicado por un importe reducido.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Los textos legales que habilitan la reforma reglamentaria del procedimiento para la venta extrajudicial se hacen eco, en sus respectivos preámbulos, del alcance y significado de las modificaciones que introducen. En el encabezamiento del Real Decreto Ley 6/2012, se destaca que *“En materia procesal se procede a simplificar y aclarar el procedimiento de ejecución extrajudicial previniendo una subasta única y un importe mínimo de adjudicación y remitiendo a un posterior desarrollo reglamentario la regulación de la venta extrajudicial, posibilitando, entre otras medidas las subastas “on line”*. Con mayor detalle, el Preámbulo de la Ley 1/2013 refiere como novedad la articulación de un procedimiento para que el notario pueda suspender el procedimiento de venta extrajudicial, ante la eventual existencia de cláusulas abusivas. La justificación que a ese respecto se ofrece es la siguiente: *“En la venta extrajudicial se introduce la posibilidad de que el Notario pueda suspender la misma cuando las partes acrediten que han solicitado al órgano judicial competente, en la forma prevista por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta, por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas. Además, se faculta expresamente al Notario para que advierta a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva. Dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número tres de Barcelona; respecto a la interpretación de la Directiva 91/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993”*.

En el párrafo anterior al transcrito en último lugar se hace una breve referencia a la venta extrajudicial del siguiente tenor: *“Adicionalmente se fortalece en la Ley Hipotecaria el régimen de venta extrajudicial de bienes hipotecados”*. Si bien la frase anteriormente reflejada denota el interés del legislador por potenciar la venta extrajudicial ante notario, no cabe ignorar que esa institución jurídica ha



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sido y es objeto de controversia, tanto doctrinal como jurisprudencial. La constitucionalidad del procedimiento diseñado para la venta extrajudicial del inmueble fue reconocida por la STS (Sala 3ª), de fecha 16 de octubre de 1995; esta resolución descartó que el mencionado procedimiento vulnerara los artículos 24 y 117 de la Constitución, al considerar que los argumentos dados por el Tribunal Constitucional para confirmar la constitucionalidad del procedimiento anteriormente regulado en el artículo 131 de la LH (STC 41/1981, 64/1985 y 8/1991), eran aplicables al entonces denominado procedimiento ejecutivo extrajudicial. Además, dicha resolución también entendió que el referido procedimiento no vulneraba el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, ya que la tramitación ante el notario deriva de un pacto expreso entre las partes, quedando expedita la posibilidad de acudir al juicio ordinario que corresponda. Esa postura ha sido esencialmente asumida por la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN), como así lo reflejan, entre otras, las resoluciones de fecha 28/5/2001, 13/2/2004 y la más reciente, de fecha 17/1/2013.

En sentido opuesto, la STS (Sala 1ª) de fecha 4 de mayo de 1998 vino a considerar que la Constitución había derogado el procedimiento de ejecución extrajudicial contemplado en el artículo 129 de la LH inconstitucionalidad, al ser contrario al mandato del artículo 117.3 de la Carta Magna. Dicha doctrina ha sido reiterada por las SSTS de la Sala citada, de fechas 20/4/1999 y 13/12/2005. La STS de fecha 25/5/2009 mantuvo el sentido de los anteriores pronunciamientos, si bien dejó constancia de que el juicio sobre la inconstitucionalidad del procedimiento se circunscribía a los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LEC. Tal matización obedece a que la citada ley rituaría introdujo, en la Disposición Final novena, la reforma del artículo 129 de la LH y así confirmó la posibilidad de pactar en la escritura de constitución de la hipoteca la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme a lo previsto en el artículo 1858 del Código Civil, para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Tal venta se habría realizar por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario.

En relación con los antecedentes jurisprudenciales, finalmente cumple decir que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre la cuestión tratada. La STC 224/2006 inadmitió la cuestión de constitucionalidad en la que se refutaba el encaje constitucional del procedimiento extrajudicial de ejecución de hipotecas, mientras que la STC 47/2007 eludió pronunciarse sobre ese aspecto, ante el defectuoso planteamiento efectuado por el recurrente en el recurso de amparo, puesto que en ninguna de las fases del procedimiento judicial suscitó esa pretensión, ni interesó del órgano judicial el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Tras la modificación operada en el artículo 129 de la LH, a raíz de la entrada en vigor de la LEC, parte de la doctrina negó que la venta extrajudicial participara de la naturaleza propia del procedimiento de ejecución extrajudicial, reconduciendo dicha figura a la categoría de instituto no judicial para la realización del derecho del acreedor, cuya finalidad es hacer efectiva la satisfacción del crédito de este último mediante la enajenación del bien hipotecado, con base en el pacto alcanzado entre el acreedor y el deudor. Algunos autores han considerado que participa de la naturaleza propia de los actos de jurisdicción voluntaria, mientras otros se han decantado por considerar que no es más que un modo de auto-composición o autotutela previsto en el contrato, para así dar solución a un futuro conflicto.

Sin embargo, pese al cambio de los términos del artículo 129 de la LH, otro sector doctrinal considera que la venta extrajudicial ante



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

notario es esencialmente un procedimiento de ejecución forzosa, pues las reglas que disciplinan su aplicación tienen una clara finalidad ejecutiva, cuya base reside en el previo incumplimiento contractual y su finalidad es la de procurar la satisfacción del acreedor a través del apremio sobre el bien hipotecado. Esta postura también ha sido acogida, entre otras resoluciones, por la ya citada STS de fecha 25/5/2009.

No es función de este órgano emitir juicios de valor sobre los pronunciamientos jurisprudenciales, ni tampoco terciar en polémicas doctrinales sobre cuál sea la naturaleza jurídico-formal de la venta extrajudicial. Ahora bien, en la medida en que el Proyecto sometido a informe trae causa del mandato legal que habilita el desarrollo reglamentario del artículo 129 de la LH, parece conveniente formular algunas consideraciones sobre la regulación legal de aquél instituto

Al margen de la controversia que pueda suscitar la determinación de la naturaleza jurídica de la referida venta extrajudicial, lo cierto es que el resultado final del procedimiento regulado en la LH y en el RH es sustancialmente equivalente al previsto para la ejecución de bienes hipotecados en la LEC. Sobre la base del incumplimiento contractual y la existencia de un título que lleva aparejada ejecución, en ambos casos se desarrolla un proceso que, para el caso de impago tras el requerimiento, desencadena la venta del bien mediante la subasta y la subsiguiente adjudicación del inmueble por un tercero, con la correlativa pérdida de dominio por parte de su titular. Además, no debe pasar inadvertido que es el propio legislador quien en algunos pasajes de la ley 1/2013 asocia el término “ejecución” a la venta extrajudicial, concretamente en el artículo 1.1 y el cuarto párrafo del artículo 129. 2 f).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Sentado lo anterior, la diferencia principal entre uno y otro procedimiento reside en que el procedimiento judicial, si bien está sujeto al principio de la cognición limitada y de restricción de las causas de oposición esgrimibles, no obstante permite la contradicción efectiva en el seno del propio proceso, permitiendo al deudor o al tercero afectado deducir ante el órgano judicial pretensiones de oposición a la ejecución. Por el contrario, tal y como queda configurado el procedimiento para la venta extrajudicial, no es dable formular verdaderas causas de oposición, pues los supuestos enunciados en el artículo 236 ñ operan como causas de prejudicialidad, bien sean penales, civiles o registrales, cuya incidencia en el procedimiento notarial quedará delimitada en función de lo que se acuerde en un ámbito distinto, pero no se prevé la posibilidad de hacer valer las causas de oposición contempladas en el artículo 695.1ª y 2ª, a saber extinción de la garantía o de la obligación garantizada (ordinal primero) o el error en la determinación de la cantidad exigible (ordinal segundo). Tal circunstancia nos lleva a colegir que el procedimiento para la venta forzosa extrajudicial restringe sustancialmente las posibilidades de contradicción, en su propio ámbito, obligando a plantear las causas de oposición citadas en último lugar, en el proceso ordinario que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 236 o.

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Cierto es, y así debe reconocerse, que el legislador ha sido consciente de la necesidad de trasladar al ámbito de la venta extrajudicial las garantías derivadas de la doctrina contenida en la STJUE, de fecha 14/3/2013, en tanto que ha estatuido un cauce específico para que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre la eventual existencia de cláusulas abusivas. Sin embargo, basta con cotejar las previsiones de la LEC con lo estatuido en el artículo 129.2 letra f) de la LH y concordantes del RH, (artículos 236 a.3 y 236 ñ), para constatar que hay una diferencia fundamental entre el tratamiento que ofrece una y otra normativa. Dicha diferencia reside, principalmente, en la facultad que el artículo 552.1 de la LEC confiere al órgano judicial, al disponer que *“Cuando el Tribunal aprecie alguna de las cláusulas incluidas en el Título ejecutivo de las citadas en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3º. Dicho mandato habilita al tribunal para apreciar “ex officio” la existencia de cláusulas abusivas y, en caso de confirmar tal apreciación, tras el trámite contradictorio previsto en el artículo último citado, resolverá bien decretando la improcedencia de la ejecución, bien acordando su despacho pero sin aplicar aquellas estipulaciones consideradas abusivas.*

La posible apreciación de oficio de las cláusulas abusivas no obsta para que la parte pueda suscitar tal circunstancia, como motivo de oposición, al amparo de lo estatuido en el artículo 695.1.4º de la LEC, con las consecuencias derivadas, en caso de que prospere la oposición, que contempla el artículo 695.3 de la LEC (sobreseimiento de la ejecución o inaplicación de la cláusula declarada abusiva).

El artículo 129 de la LH y los proyectados preceptos reglamentarios concordantes prevén, por una parte, que el notario



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

advierta a los interesados sobre el posible carácter abusivo de alguna de las cláusulas y, por otro lado, impone la suspensión del procedimiento cuando se acredite que alguno de los intervinientes haya interesado del juez competente tal declaración, conforme al procedimiento previsto en el artículo 695.1.4º de la LEC. Si bien las modificaciones introducidas constituyen un avance respecto de la situación precedente, lo cierto es que el modelo previsto para la venta extrajudicial sólo permite que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre el carácter abusivo de alguna de las estipulaciones cuando el interesado suscite tal pretensión -como motivo de oposición- pero no contempla la posibilidad de que el órgano judicial pueda apreciar esa circunstancia de oficio, ya que la venta forzosa no se sustancia en sede judicial. Además, aunque el hecho de que el notario pueda advertir sobre la existencia de cláusulas abusivas merece una valoración positiva, no deben pasar inadvertidas las dificultades que se entrevén para su aplicación efectiva, pues, por un lado, o bien el notario se vería obligado a emitir un juicio de valor sobre el clausulado que obra en la escritura autorizada por un compañero de profesión o, en su caso, dada la modificación que el Proyecto establece para la determinación del notario hábil, pudiera ser que el propio notario que autorizó la escritura fuera el que, a la postre, tuviera que pronunciarse sobre la existencia de cláusulas abusivas.

Otro aspecto, cuya importancia no es desdeñable, radica en las consecuencias de la apreciación del carácter abusivo de una o varias cláusulas. Mientras que en el seno del procedimiento de ejecución judicial, o bien determina el sobreseimiento –para el caso de que la cláusula sea fundamento de la ejecución- o la inaplicación de la estipulación declarada abusiva –en cualquier otro caso-, para la venta extrajudicial se prevé la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria para dilucidar el carácter abusivo de las cláusulas que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

constituyan el fundamento de la oposición o la determinación de la cantidad exigible, pero sólo se proscribe la prosecución del procedimiento cuando el pacto declarado abusivo sea fundamento de la ejecución y, sin embargo, nada se dice cuando la estipulación abusiva no afecte al desarrollo de la venta extrajudicial, en sí misma considerada, pero sí a otros aspectos, tales como la cuantía objeto de reclamación o el importe de los intereses exigibles.

Aunque este aspecto se analizará con mayor detalle en el apartado V del informe, “hic et nunc” debe añadirse que la fórmula recogida en el artículo 129 .2 f) de la LH y en el artículo 236 ñ del RH, según versión del Proyecto, no se acomoda a la indicado en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013, en tanto que la referencia a que la venta extrajudicial se continúe sin aplicación de las cláusulas abusivas, no ha sido trasladada al articulado de las normas indicadas.

Otro aspecto a tratar versa sobre la aplicación del artículo 2 de la Ley 1/2013, el cual prevé que los supuestos de especial vulnerabilidad contemplados en el artículo 1 de la citada norma se acreditarán también ante el notario encargado del procedimiento, en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento. Sin embargo, ni el artículo 129 de la LH ni el Proyecto articulan sistema alguno que permita al deudor impugnar judicialmente la consideración, por parte del notario, de que no se han acreditado las circunstancias contempladas en el artículo 1 a que se ha hecho mención. Tal omisión debería subsanarse, pues el eventual no reconocimiento de la situación de vulnerabilidad, cuya trascendencia es evidente, no puede quedar exento del control judicial durante la tramitación de la venta forzosa extrajudicial.

Otro aspecto de interés que, entendemos, debe ponerse de relieve, es la excesiva amplitud que se confiere a la potestad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

reglamentaria. Tal aserto se desprende de la prescripción contenida en la letra e) del artículo 219.2 de la LH, que reserva al desarrollo reglamentario materias tan importantes como el régimen jurídico de las notificaciones, el procedimiento a cuyo través se desarrolla la subasta, las cantidades a consignar para tener parte en la misma, las causas de supresión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargos posteriores y las personas que hayan de otorgar la escritura pública de venta. La transcendencia de estas materias lleva a colegir que la Ley 1/2013 debería abordado la regulación de esos aspectos con una perspectiva sistemática diferente, y en vez de relegar su contenido a lo que la normativa de carácter secundario establezca, habría sido más adecuado disciplinar en la propia ley los aspectos nucleares, reservando al ámbito reglamentario, en su caso, para las cuestiones meramente auxiliares y complementarias. Como argumento “A Fortiori”, cabe añadir que para el procedimiento de ejecución judicial, es la propia LEC la que regula las cuestiones a que se refiere la habilitación reglamentaria.

Respecto de la finalidad que auspicia el Proyecto sometida a informe, hemos de indicar que la pretensión de establecer una regulación uniforme entre la venta extrajudicial y el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria merece una valoración positiva. Otro tanto cabe decir del empeño en conseguir que el procedimiento de subasta sea más ágil y eficaz. Ahora bien, si tantas ventajas se atribuyen al modelo diseñado para la subasta extrajudicial del bien, debería sopesarse seriamente la posibilidad de trasladar modelo al procedimiento de ejecución judicial, pues no parece adecuado ni conveniente reservar al ámbito extrajudicial, exclusivamente, la implantación de un sistema que incorpora mejoras sustanciales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por último, de cara a evitar cualquier confusión en relación con la normativa objeto de cita, hemos de señalar que las referencias a los artículos del RH modificados por el Proyecto se consignaran con la sola mención del artículo, mientras que los preceptos vigentes del citado texto reglamentario llevarán añadido el acrónimo “RH”. Asimismo, de cara a facilitar el cotejo entre la regulación vigente y los cambios que el Proyecto incorpora, se acompaña un anexo comparativo de los artículos afectados por el Proyecto, en el que figuran dos columnas que, respectivamente, contienen la regulación vigente y la proyectada.

V.

ANÁLISIS DEL TEXTO ARTICULADO

A) REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA VENTA FORZOSA EXTRAJUDICIAL.

1.- Objetivos.

El artículo 234 mantiene el esquema seguido por el artículo vigente, de manera que se mantiene el ineludible carácter pactado del procedimiento de venta extrajudicial, que deberá figurar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura; el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta; la designación de un domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones y la designación de la persona que haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante, que podrá recaer en la persona del propio acreedor.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Sin embargo, conforme al mandato recogido en la letra a) del artículo 129.2 a) de la LH, el artículo 234 establece que el valor de referencia para la fijación del tipo de la subasta no podrá ser inferior al 75 por ciento del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Por otra parte, en concordancia con lo previsto en el artículo 129. 2b) de la LH, en la escritura se deberá reflejar el eventual carácter de vivienda habitual del inmueble objeto de hipoteca, presumiéndose “iuris tantum” que dicho carácter se mantendrá en el momento de la venta forzosa. Ahora bien, al margen de la referida presunción, el Proyecto también regula el supuesto en que el inmueble adquiera de manera sobrevenida la condición de vivienda habitual, en cuyo caso dicha circunstancia podrá hacerse constar por nota marginal en Registro, mediante instancia suscrita por el titular registral del derecho hipotecado, bien con la firma legitimada o ratificada ante el registrador o mediante la presentación telemática con la firma electrónica reconocida de quien la suscriba, siempre que conste el consentimiento del acreedor.

La redacción dada al último párrafo del artículo 234.2 suscita varios interrogantes. En primer lugar, cabría plantear si la acreditación de la cualidad de vivienda habitual con carácter sobrevenido depende de su reflejo en nota marginal, o por el contrario resulta operativa al margen de la constatación registral. Sobre este aspecto, entendemos que la trascendencia que reviste el reconocimiento de tal condición no debe depender de su reflejo en el Registro, siendo suficiente con que de hecho ostente tal singularidad; por ello, el precepto comentado debería incorporar un matiz en el que de manera diáfana se reflejara que la nota marginal opera como un simple medio probatorio, que no impide que la condición de vivienda habitual pueda acreditarse por otros formas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por otra parte, la redacción dada al párrafo no deslinda con claridad cuál es el aspecto sobre el que el acreedor debe consentir; no obstante, para el caso de que se entendiera que el consentimiento del acreedor es determinante para que se refleje por nota marginal el carácter de vivienda habitual del inmueble en el Registro, se sugiere abiertamente la eliminación de ese condicionante, pues la constatación registral del destino y finalidad de la vivienda no debe quedar sujeto al beneplácito del acreedor.

El número uno del artículo 235 establece el ámbito de aplicación material de la venta extrajudicial. Al igual que el precepto en vigor, dicho ámbito se circunscribe 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 del procedimiento a que se refiere el artículo 236 k. Si bien se mantienen los aspectos nucleares de la normativa vigente, el Proyecto incorpora los siguientes matices:

a) La liquidación de los intereses de demora estará sujeta a los límites establecidos en el artículo 114 de la LH, es decir, cuando se trate de un préstamo o crédito para la adquisición de vivienda habitual, los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago, sin que puedan ser capitalizados, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a de la LEC. Esta previsión se acomoda al mandato establecido en el artículo 129.2 c) de la LH

b) Será necesario que hayan vencido, al menos, tres plazos mensuales sin que el deudor haya cumplido la obligación de pago o, en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

su caso, el número de cuotas equivalente a tres meses. En este punto, el Proyecto se remite a lo previsto en el artículo 693.1 de la LEC

c) En cuando al régimen jurídico aplicable, el último párrafo del número uno y la totalidad de los números dos y tres del artículo 235 se limitan a transcribir, en esencia, lo establecido en los números uno, dos y tres del artículo 693 de la LEC para el procedimiento judicial.

d) El número cuatro dispone que la venta extrajudicial de bienes 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 respectivo asiento. Este precepto refuerza la subordinación de la venta extrajudicial a la debida constancia registral de los aspectos del título determinantes de la realización de la hipoteca.

2. Relativos al notario.

La principal novedad del artículo 236 figura en el número uno del precepto, en el que se establece un régimen jurídico diferente del actual para determinar la competencia del notario. El modelo vigente establece los siguientes criterios para la determinación del notario hábil.

a) El del lugar donde radique la finca hipotecada y, si fueran varios, el que por turno le corresponda.

b) Si fueren varias fincas radicadas en lugares diferentes, la que en escritura pública se indique de que determinará la competencia del notario y, en su defecto, la que haya sido tasada con mayor valor a efectos de subasta.



Por el contrario, el Proyecto se decanta por una sistemática diferente, y así en el número uno del artículo 236 se establece que *“La venta extrajudicial de la hipoteca se llevará a cabo ante el notario hábil para actuar en cualquiera de las poblaciones integrantes del distrito hipotecario en que radiquen la finca o cualquiera de las fincas hipotecadas, los colindantes o la capital de la provincia”*. Aunque la redacción no parece del todo afortunada, es patente que el Proyecto ha prescindido de la objetividad con que la regulación vigente disciplina el ámbito competencial del notario. Tal cambio no resulta aconsejable pues, como pone de relieve un sector doctrinal, es conveniente evitar que la imparcialidad del notario se vea empañada, de manera que aquél pueda ser considerado como el notario elegido por el acreedor. Con el modelo actual no resulta posible dirigir tal censura. Sin embargo, el sistema proyectado sí permite al acreedor elegir al notario -si bien no de manera libérrima- conforme al elenco de posibilidades que ofrece el artículo 236.1. Por ello, se propone mantener la redacción actual, pues aunque el artículo 3.2 del Reglamento Notarial consagra el principio de libre elección del notario, el criterio imperativo establecido en el actual artículo 236.1 del RH se anuda al principio de imparcialidad que debe presidir la determinación del notario hábil.

B) PROCEDIMIENTO.

1.- Solicitud e inicio

El procedimiento se iniciará mediante requerimiento dirigido por el acreedor al notario, en el que se expresarán las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de reclamación, con especificación de cada uno de los conceptos. Junto al referido requerimiento, el solicitante también deberá entregar al notario una serie de documentos que se detallan en las letras a) hasta c)



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

del artículo 236. Las principales novedades que introduce el Proyecto se analizan a continuación.

En el caso de modificación, novación, subrogación del préstamo hipotecario, deberá acompañarse copia de las mismas con nota de inscripción o certificación registral que refleje su inscripción. Esta previsión trae causa de lo previsto en el artículo 149 de la LH que dispone que *“El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”*.

La inclusión del inciso supone establecer un paralelismo entre la venta extrajudicial y la ejecución judicial, habida cuenta que diferentes resoluciones judiciales (vide entre otras en AAP de Madrid, de fecha 25/2/2013) afirman que si bien la inscripción de la cesión del crédito hipotecario sólo tiene carácter declarativo y produce efectos frente al deudor, sin necesidad de acceder al Registro, ello no permite entender que el cesionario cuyo derecho no ha sido inscrito pueda ejercitar, al cobijo de su derecho extra-tabular, la acción hipotecaria accesorial al crédito adquirido, habida cuenta que *“(…)La inscripción de la cesión sea voluntaria y tenga carácter declarativo, tal inscripción es imprescindible para la integración del título ejecutivo del cesionario a los efectos del artículo 685, apartado dos de la LEC, atendiendo a que el título lo constituye una hipoteca inscrita y que, para la ejecución del título a instancia del cesionario el Registro no puede dejar de publicar el derecho adquirido por el mismo (...)”*. La única excepción viene referida al supuesto enunciado en el artículo 685.4, para el cual se prevé la misma solución que la establecida para la ejecución judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El apartado b) del artículo 236.2 requiere la aportación de dos tipos diferentes de documentación: por una parte, el documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas para aquellos casos en que la cantidad prestada esté inicialmente determinada, pero el contrato de préstamo prevea el reembolso progresivo de capital; por otra lado, el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación de los intereses variables, en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca. Esta previsión no es más que la reproducción de lo dispuesto en el segundo y tercer párrafo del artículo 129.2 c) de la LH, si bien el Proyecto da un paso más y refiere que, a los efectos indicados, *“Se considerará documento fehaciente al acta notarial que incorpore el documento contable expedido por el acreedor, en el que conste la liquidación y se declare que esta se ha realizado en la forma pactada por las partes”*. Sería más adecuado sustituir la redacción dada por el Proyecto por otra que contemple la remisión a lo establecido en el artículo 218 del Reglamento Notarial, precepto éste que viene referido al denominado *“Documento fehaciente de liquidación”*, en el cual se desarrolla el régimen jurídico aplicable al documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes.

Conforme al apartado c) del número dos del artículo 236 a, el acreedor también deberá aportar el documento que acredite haber notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible. Esta previsión es trasunto de lo establecido en el apartado tercero del artículo 573.1.3º de la LEC, lo que pone de manifiesto el propósito de homologación de la venta extrajudicial con el proceso de ejecución regulado en la LEC.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Particular consideración merece el número tres del artículo 236. a), cuyos términos son los siguientes: *“Cuando el notario considerase que algunas de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiera determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento del deudor, acreedor y en su caso avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos. Si dichos titulares hubieran transmitido sus respectivos derechos, sobre la finca o sobre el préstamo según el Registro, lo comunicará al tercer poseedor de la finca o al acreedor hipotecario cesionario”*. El contenido del proyectado precepto asume el mandato reflejado en el primer párrafo del artículo 129.2 f), si bien extiende la obligación de comunicar la eventual existencia de cláusulas abusivas, a cargo del notario, al tercer poseedor de la finca y al acreedor hipotecario cesionario, para aquellos casos en que los titulares de la finca o del préstamo hubieran transmitido sus respectivos derechos según el Registro.

La primera observación es de estricto carácter terminológico, pues parece adecuado sustituir el tenor del último inciso por el siguiente: *“Si dichos titulares hubieran inscrito en el Registro la transmisión de sus respectivos derechos sobre la finca o sobre el préstamo, lo comunicará asimismo al tercer poseedor de la finca o al acreedor hipotecario cesionario”*.

En segundo lugar, cabría plantear si la comunicación del notario a que se refiere el número tres opera como requisito necesario para que el interesado pueda plantear, ante el juez competente, el posible carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, en los términos previstos en el artículo 236ñ.3. Tal interpretación debe desecharse categóricamente, pues el criterio del notario no puede operar como condicionante de la ulterior actuación ante el órgano judicial, so riesgo de restringir indebidamente el acceso a la tutela judicial efectiva del interesado, en un supuesto que, además, el artículo 129.2 f) de la LH no



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

establece tal vinculación. No obstante, al objeto de disipar cualquier duda que cupiera concebir sobre este aspecto, sería adecuado introducir un añadido que reflejara que la comunicación del notario en absoluto constituye un requisito previo para que el interesado pueda actuar conforme a lo previsto en el artículo 236 ñ.3.

2.- Requerimiento de pago y actuaciones subsiguientes.

El artículo 236 b viene referido a la actuación del notario tras el requerimiento del acreedor en orden a proceder a la venta forzosa extrajudicial. En este punto, el Proyecto lleva a cabo una serie de modificaciones que suponen una mejora técnica respecto de la regulación vigente. Además debe destacarse la obligación, contenida en el número cuatro, relativa a que todas las notificaciones, comunicaciones y solicitudes entre el notario y el Registro se realicen de forma electrónica.

Solventado el trámite anterior y de acuerdo a lo previsto en el artículo 236.c, el notario deberá requerir de pago personalmente al deudor, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor, bajo advertencia que de no pagar en el término de diez días se procederá al la venta forzosa de los bienes hipotecados, siendo de su cargo los gastos que ello ocasione. En cuanto a la forma y lugar de practicar el requerimiento, el número dos del artículo 236 c introduce ciertos cambios, quedando redactado de la siguiente manera: *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, bien a cualquier persona mayor de edad que se halle en el domicilio y haga constar su identidad. Cuando el edificio tenga portero, podrá entenderse la diligencia con el mismo. Si el deudor hubiera señalado una dirección electrónica, el requerimiento se hará además, en todo caso, por procedimientos electrónicos. No obstante, será válido el requerimiento*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

entregado personalmente por el notario al deudor, cualquiera sea el lugar donde se realice”.

Como se observa, el Proyecto descarta la posibilidad de que dicha actuación se entienda con uno de los vecinos más próximos, si bien mantiene la viabilidad del requerimiento a través del portero del edificio. Por otro lado, el precepto permite que el requerimiento se lleve a cabo con cualquier persona mayor de edad que se halle en el domicilio que resulte del Registro y haga constar su identidad, aunque aquélla no sea pariente, familiar o dependiente. Por último, también debe destacarse que si el deudor hubiera señalado una dirección electrónica, el requerimiento se hará, en todo caso, por procedimientos electrónicos y que, en cualquier caso, será válido el requerimiento entregado personalmente por el notario al deudor, cualquiera que sea el lugar en que se realice.

Ninguna objeción cabe formular respecto del requerimiento personal al deudor, cualquiera que sea el lugar en que se halle, pues es evidente que en esos casos no se produce merma alguna de las garantías que se deben precaver. Tampoco cabe formular reparos respecto del requerimiento por procedimientos electrónicos, máxime cuando su práctica no exime del requerimiento personal. Sin embargo, la posibilidad de que la actuación del notario se verifique con cualquier persona mayor de edad que se halle en el domicilio que resulte del Registro debe ser cuestionada, pues es perfectamente posible que aquélla no guarde relación alguna con el deudor, a diferencia de los parientes, familiares y dependientes a que se refiere el vigente artículo 236.c. No debe pasar inadvertido que el artículo 686 de la LEC permite que el requerimiento se realice, cuando no sea encontrado el destinatario en su domicilio, a cualquier empleado, familiar o persona con quien conviva, mayor de 14 años, que se encuentre en ese lugar, o



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

al conserje de la finca o vecino más próximo, si no se hallare a nadie en el domicilio. Por ello, sería preferible que, en sintonía con el precepto de la LEC traído a colación, la posibilidad de practicar el requerimiento con la persona mayor de edad que se halle en el domicilio que resulte del Registro, sólo sea posible cuando ésta mantenga relación de parentesco, convivencia o empleo con el deudor.

Por otra parte, el precepto objeto de análisis no contempla la posibilidad de que cualquiera de los terceros que se indican, distintos del deudor, rehusare hacerse cargo del requerimiento. Sobre este aspecto la STS de la Sala 3ª, de fecha 20/5/2008 (Rec 63/2007) declaró ilegal el inciso del artículo 203 del Reglamento notarial que otorgaba validez al intento de notificación hecho o persona distinta del interesado o su representante, en los casos en que aquélla se negare a recoger la cédula o prestare resistencia activa a su recepción. Conforme a tal doctrina, entendemos que el precepto debería precisar que el requerimiento hecho en la persona mayor de edad que se hallare en el domicilio que resulte del Registro sólo será válido si esta última lo acepta y, en consecuencia, no lo rehúsa o se resiste a su práctica.

El apartado cuatro incorpora una novedad importante. Mientras el precepto en vigor dispone 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, el número cuatro del artículo 236 c prevé que *“Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, se practicará por medio de anuncios, que se insertarán en el Tablón Edictal del Boletín Oficial del Estado”*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Aun cuando el artículo 686.3 de la LEC prevé la comunicación edictal cuando el requerimiento no pueda realizarse, no cabe ignorar que el marco fáctico y jurídico en el que se desenvuelve el procedimiento para la venta extrajudicial forzosa no es equiparable al proceso de ejecución judicial. Como sostiene un sector doctrinal la principal finalidad del mandato contenido en el apartado cuatro del artículo 236 c no es otra que la de garantizar que el desarrollo del procedimiento quede condicionado a que el deudor sea requerido previamente de pago y, a su vez, conozca que en caso de no pagar se va a proceder a la subasta de la finca de su propiedad. Si esa garantía material no queda cumplimentada, no parece procedente que la falta de requerimiento pueda solventarse mediante lo que algún autor denominado “un sustitutivo del requerimiento imposible” en referencia a la notificación edictal y, de ahí que se estime conveniente mantener la actual redacción del número cuatro del artículo 236 c, pues ante el fracaso del requerimiento el acreedor, no obstante, conserva incólume la facultad de acceder a la vía judicial.

En los artículos 236 d y 236 e se regula la tramitación subsiguiente al vencimiento del plazo conferido en el requerimiento para el pago. En este apartado, los cambios introducidos por el Proyecto suponen una mejora técnica la redacción vigente y, a su vez, contemplan las posibilidades de notificación por procedimientos electrónicos.

C) LA SUBASTA.

1. Anuncio.

El artículo 236 f regula dos aspectos cuya naturaleza jurídica es diferente, Por una parte, en los números uno y hasta cinco se regulan las actuaciones relativas al inicio de la fase de subasta, el anuncio de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

misma y su forma de realización, mientras que el número seis se disciplina la facultad, que se reconoce al deudor o tercer poseedor para liberar el bien cuando la finca hipotecada tenga el carácter de vivienda habitual.

Las principales novedades relativas al inicio y la forma de realización de la subasta atañen a la implantación del modelo electrónico y, a su anuncio en el denominado “Portal Electrónico de Subastas del Boletín Oficial del Estado”. Tanto el anuncio de la subasta, la comunicación con los sistemas de información del Colegio de Registradores y con el Registro correspondiente se realizarán en formato electrónico, de manera que en el referido Portal quedará constancia, de forma concisa, de la identificación de la finca, el tipo que servirá de base a la subasta y la fecha en que ésta dará comienzo, amén de otra serie de datos, no obstante lo cual, el notario sigue obligado a comunicar, por correo certificado y, en su caso, electrónicamente, al titular de la última inscripción de dominio el envío del anuncio al Boletín Oficial del Estado.

Sobre este aspecto sólo cumple decir que el Proyecto se atiene al mandato recogido en el apartado d) artículo 129.2 de la LH, el cual prevé la realización de una única subasta de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que, a tal efecto, dispondrá la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. También se da cumplimiento a la previsión contenida en la letra e) del referido número y artículo, que dispone que a través del RH se regule la forma en que debe llevarse a cabo el procedimiento de subasta.

Como se ha indicado, el apartado seis contempla la posibilidad de que el deudor pueda liberar la finca hipotecada que tenga carácter de vivienda habitual, incluso hasta el día señalado para la celebración de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

subasta. Para que proceda la citada liberación será necesario que aquél consiga la cantidad exacta que, por principal e intereses, estuviera vencida a la fecha del requerimiento de pago, incrementada, en su caso, con los vencimientos impagados del préstamo y los intereses de demora que se hubieran producido a lo largo del procedimiento, así como los gastos generados por la iniciación de la venta forzosa liquidadas por el notario.

Sustancialmente, el referido número reproduce el contenido del artículo 693.3 de la LEC, si bien ciertos extremos del proyectado precepto reglamentario se separan del mandato legal a que se hecho referencia. La posibilidad de liberación recogida en el artículo 693.3 de la LEC no se limita a los supuestos en que la finca hipotecada sea la vivienda habitual del deudor. Tal aserto se fundamenta en el hecho de que el párrafo primero del artículo último citado no contiene indicación al que respecto al carácter habitual de la vivienda y, precisamente, es en el párrafo segundo donde se prevé que si el bien hipotecado fuera la vivienda habitual del deudor, éste podrá, aún sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien conforme a lo estatuido en el párrafo anterior.

Por otra parte, el referido primer párrafo del artículo 693.3 de la LEC dispone que la facultad de liberación del bien hipotecado sea comunicada al deudor, a instancias del acreedor, mientras el número seis del artículo 236 f no hace mención alguna a esta circunstancia. Es más, ni en el requerimiento al deudor previsto en el número uno del artículo 236.c ni en la comunicación del inicio de las actuaciones a que se refiere el número uno del artículo 236 d se hace expresa mención de las condiciones de liberación del bien a cargo del deudor.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por último, también debe advertirse que el artículo 693.3 de la LEC no establece que la liberación del bien quede condicionada, además, a que el deudor sufrague los gastos del procedimiento judicial. Es cierto que el último párrafo del mentado precepto dispone que, una vez efectuado el pago en las condiciones previstos en los apartados anteriores, se tasarán las costas que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis, y una vez satisfechas el Secretario Judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Sin embargo, mientras el artículo 693 de la LEC ofrece una regulación integral y sistemática respecto de la liberación del bien por parte del deudor, detallando los pasos que sucesivamente se han de cumplimentar, el número seis del artículo 236 f transpone en parte el tenor del precepto legal, circunscribe su aplicación al supuesto de que el inmueble sea vivienda habitual y no distingue las diferentes fases en que se ha de verificar el pago del capital e intereses vencidos, por una parte, y los gastos generados por el inicio del procedimiento.

Recapitulando, sería conveniente extender el ámbito de aplicación del artículo 236 f número seis a cualquier inmueble, en los términos establecidos en el artículo 693.3 de la LEC, con la salvedad de que si el mismo tuviera el carácter de vivienda habitual, la facultad de liberación que se reconoce al deudor debería operar con independencia del consentimiento del acreedor. Asimismo, se estima pertinente incluir la indicación de que al deudor se le deberá comunicar las posibilidades de liberación del bien y, finalmente, también debería especificarse que el abono de los gastos generados por la iniciación de la venta serán liquidados y satisfechos en un momento posterior al pago del capital e intereses, amén de que si se tratase de una vivienda habitual su importe nunca podría superar el cinco por ciento de la cantidad que se reclame,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

conforme a lo previsto en el procedimiento judicial en el artículo 575.1 bis de la LEC, en relación con las costas procesales.

2.- Desarrollo.

El número uno del artículo 236 g es objeto de una modificación importante, ya que prevé que la realización del valor del bien se llevará a cabo a través de una única subasta. El resto del artículo acomoda su contenido a los dictados de los artículos 670 y 671 de la LEC, lo cual se estima adecuado.

El artículo 236 g bis, establece las reglas a las que se deberá sujetar la subasta electrónica, en aspectos tales como la identificación de la finca, la participación de los postores y la comunicación de las pujas. El desarrollo de la subasta puede compendiarse del siguiente modo

a) Los datos relativos a la finca y al notario serán enviados al portal de subastas. El portal ofrecerá información, además, sobre el tipo mínimo de licitación y la existencia y cuantía de las pujas. La información de la finca comprenderá la información registral actualizada y, si fuera posible, información gráfica, urbanística y medioambiental. Dicha información podrá ser complementada, bajo su responsabilidad y a través del notario, por el acreedor, deudor o titular registral.

b) Las pujas se realizarán de manera electrónica conforme a lo previsto en el Reglamento. Será preciso de que los postores estén dados de alta como usuarios del sistema y hagan uso de la firma electrónica o del sistema de claves, para así facilitar la identificación. El envío de las pujas se verificará a través de sistemas seguros de comunicación con el portal, devolviéndose un acuse de recibo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

garantizado con sello electrónico. En ese instante se publicará electrónicamente la puja, siendo advertido el postor, en su caso, de que su puja ha sido superada. Las pujas por importe igual o inferior a la más alta ya realizada serán admisibles, por si procediere la reserva a que se refiere el artículo 236.j.

El número uno del artículo 236 h mantiene la redacción del precepto vigente, en tanto que faculta al acreedor a concurrir como postor -en cuyo caso no estará obligado a consignar cantidad alguna para tomar parte en la subasta-. Debe advertirse que el artículo 647.2 de la LEC, precepto especialmente previsto para las subastas de bienes muebles, aunque de aplicación supletoria a las subastas inmobiliarias, conforme a lo dispuesto en el artículo 655 de la LEC, sólo permite al acreedor tomar parte en la subasta cuando existan otros licitadores, en cuyo caso su intervención tendrá por objeto mejorar las posturas, sin necesidad de consignar cantidad alguna. A la vista de lo expuesto, parece aconsejable adecuar la redacción del número comentado con lo establecido en la LEC.

El número dos establece que los postores distintos del acreedor deberán consignar, para participar en la subasta, la cantidad equivalente al cinco por ciento del tipo que corresponda la fijación de esa cantidad, lo cual se acompasa a lo previsto en el artículo 660.3º de la LEC, tras su última modificación, y es reflejo del propósito recogido en la introducción del Proyecto.

Una vez concluida la subasta, el portal remitirá información al notario respecto de la postura vencedora y, por riguroso orden cronológico de todas las demás que hubieren optado por la reserva de la postura, con indicación de nombres, apellidos y dirección electrónica.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Asimismo, el notario notificará inmediatamente al ganador su condición de mejor postor y, transcurridos los plazos previstos en los números dos y tres del artículo 236 g, la efectividad de la adjudicación.

Del análisis conjunto de los artículos 236 g bis y 236 h se deduce que el propósito reconocido en la parte introductoria se ha trasladado al texto articulado. Es evidente que un sistema basado en la centralización en un único portal ampliará sustancialmente el número potencial de postores, los cuales podrán intervenir desde cualquier lugar sirviéndose del modelo electrónico de comunicación segura, que les permitirá conocer la evolución de la subasta en tiempo real. Ciertamente, el sistema presenta indudables ventajas respecto de la fórmula seguida por el vigente RH y, como ya se apuntó en el apartado IV de este informe, también respecto de la sistemática seguida por la LEC, pues aunque el artículo 668.3 de la LEC prevé el anuncio de las subastas a través del portal dependiente del Ministerio de Justicia, su realización ha de tener lugar en el contexto de la Oficina Judicial. Por ello, en este apartado se reitera la conveniencia de trasladar al ámbito judicial el modelo que patrocina el Proyecto, con las adaptaciones que resulten necesarias en atención a las características del proceso de ejecución contemplado en la LEC.

3. Actuaciones posteriores

El artículo 236 i regula los aspectos relativos a la consignación de la diferencia entre el depósito efectuado para tomar parte en la subasta y el precio final. La principal novedad reside en la ampliación del plazo para tal menester, que pasa a ser de cuarenta días en vez de ocho. Tal medida trae causa de la modificación operada en el artículo 670.1 de la LEC, que para el procedimiento judicial establece ese lapso temporal



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

para consignar la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate.

Consecuente con la posibilidad de ceder el remate que se reconoce al acreedor, si se anunciase tal cesión en el plazo de diez días o, en su caso, la cesión de la adjudicación, esta deberá materializarse en el plazo de treinta días con la consignación simultánea del resto del precio del remate o adjudicación. Al objeto de establecer una mejor concordancia entre número dos del artículo 236 i y el artículo 236 h, y sería conveniente reconocer esa posibilidad al acreedor posterior, distinto del que hubiera iniciado el procedimiento, puesto que también a éste se le reconoce la posibilidad de ceder el remate o la adjudicación a terceros.

Por último también debe señalarse la conveniencia de introducir en el precepto comentado una previsión que reproduzca el contenido del artículo 670.7 de la LEC, en cuya virtud el deudor podrá liberar el bien pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas. Obviamente, la referencia a las costas debería sustituirse por los gastos del procedimiento.

El número dos del artículo 236 j es objeto de modificación. Para el caso de que el rematante no complementase la cantidad consignada hasta alcanzar el precio final, el remate quedará sin efecto y se considerara realizado a favor del segundo postor, siempre que hubiera consentido esta posibilidad y aceptado que se reservara al fin indicado, la cantidad previamente consignada. La principal novedad del cambio radica en que no resultará necesario que el remate del segundo postor alcance la cantidad del remate fallido, lo que sí se prevé en el precepto actualmente en vigor. El cambio introducido trata de precaver la quiebra



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de la subasta, en consonancia con lo indicado en la parte introductoria del Proyecto

.
El artículo 236 K sólo incorpora una modificación consistente en el establecimiento de un plazo de caducidad de seis meses, respecto de la nota marginal relativa a la afectación del sobrante a la satisfacción de los créditos de los acreedores posteriores.

Si bien no varía la estructura del vigente precepto, el artículo 236 I lleva a cabo un desarrollo más prolijo de los diferentes aspectos que regula. Básicamente, las principales novedades son las siguientes:

a) La escritura de venta podrá otorgarse a solicitud del adquirente y con consentimiento del deudor o la persona que en su nombre haya de otorgar la escritura, por cualquier notario.

b) En dicha escritura se deberán recoger los trámites y diligencias esenciales que se hayan practicado durante el procedimiento de venta extrajudicial forzosa y, en particular, los que se explicitan en el número dos del precepto.

c) Los requisitos establecidos para la protección de los deudores hipotecarios en la ley 1/2013, de 14 de mayo, serán objeto de calificación registral en la medida que afecten a la validez de la hipoteca y de la ejecución.

d) El notario expedirá testimonio de los particulares del acta acreditativos del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, distinguiendo la parte correspondiente a principal, intereses remuneratorios y de demora y costas, con sujeción a las reglas de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

imputación previstos en el artículo 654.3 de la LEC. En este apartado el Proyecto acomoda su contenido a lo previsto en el artículo 129.2 g) de la LH.

Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el notario será dilucidada por las partes en el juicio verbal, conforme a lo dispuesto en el artículo último citado.

El apartado cinco contempla la aplicación al caso de lo previsto en el artículo 579.2 de la LEC, con las debidas adaptaciones, computándose los plazos previstos en el referido artículo desde la fecha del otorgamiento de la escritura de venta. El uso del término “con las debidas adaptaciones” introduce un componente de inseguridad que resulta inconveniente; por ello, sería deseable suprimir tal inciso y, en su caso, establecer aquéllas modificaciones o matices que se estimen pertinentes para el procedimiento para la venta extrajudicial.

También es cuestionable el contenido del último párrafo del mencionado número cinco en que establece que *“El Registrador de la Propiedad, tanto en este caso como en el de ejecución judicial, reflejará en el correspondiente asiento la inscripción de la de afectación, por plazo de diez años, de la plusvalía que pudiera obtenerse a la reducción prevista en la letra b) del citado artículo. Podrá cancelarse la afección (sic) antes de dicho plazo mediante documento fehaciente que justifique la inexistencia de deuda remanente, o con motivo de la inscripción de la siguientes transmisión si en esta no hubiera existido plusvalía o el acreedor diera carta de pago al primitivo deudor por el 50 por ciento de la misma”*. La referencia a la ejecución judicial no es asumible, pues supone una manifiesta extralimitación de la habilitación reglamentaria contenida en la letra e) del artículo 129.2, que expresamente se circunscribe a la venta extrajudicial y, también, de la autorización prevista en la Disposición final tercera del Real Decreto-Ley 6/2012, de nueve de marzo. Por otra parte, debe señalarse que el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mencionado artículo 579.2 de la LEC ya prevé, en su último párrafo, que el Secretario Judicial encargado de la ejecución ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con el supuesto enunciado en la letra b). Por ello, huelga cualquier adición o matización respecto de la aplicación de lo previsto, en sus justos términos, en el artículo 579.2 de la LEC, no sólo para el procedimiento judicial sino también para la venta extrajudicial, habida cuenta que la letra h) del artículo 129.2 de la LH establece la aplicación imperativa de lo dispuesto por la norma procesal objeto de cita.

El artículo 236 m mantiene la previsión relativa a que el adjudicatario podrá pedir la posesión del bien al Juez de Primera Instancia del lugar donde radique, añadiendo que para tal menester bastará con la presentación de la escritura de compra. Aun cuando el artículo 1 de la Ley 1/2013 resulta de aplicación a los lanzamientos derivados de un proceso extrajudicial de ejecución hipotecaria y, en consecuencia, también operarán las causas de suspensión de los lanzamientos contemplados en dicho artículo, no sería redundante introducir una adición en el precepto reglamentario, de manera que se reafirme la aplicación al caso de lo previsto en el citado artículo 1 de la Ley 1/2013.

El artículo 236 n sólo añade un párrafo, en cuya virtud el notario deberá comunicar electrónicamente al Registro de la Propiedad el cierre del procedimiento, con la finalidad de que se haga constar esa circunstancia y se cancelen las notas marginales extendidas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

D) SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

El artículo 236 ñ sólo prevé la suspensión de las actuaciones por los siguientes motivos:

1. El notario sólo suspenderá las actuaciones en los supuestos siguientes:

a. Cuando se acredite documentalmente la tramitación de un procedimiento criminal, por falsedad del título hipotecario en virtud del cual se proceda, en que se haya admitido querella, dictado auto de procesamiento o formulado escrito de acusación.

b. Cuando se reciba la comunicación del registrador de la Propiedad a que se refiere el apartado tercero del artículo 236 b.

c. Cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible. La cuestión sobre el carácter abusivo de las cláusulas se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil.

En relación con la causa enunciada en el apartado a) cumple decir que el Proyecto mantiene la redacción del precepto en vigor, que resulta ser manifiestamente desfasada y de todo punto inadecuada, como a continuación se explicita. Conforme viene redactado el precepto, la mera incoación del procedimiento penal sólo será causa de suspensión cuando el mismo se haya iniciado en virtud de querella, pues si la forma de iniciación es diferente será necesario que se dicte auto de procesamiento o se formule escrito de acusación. No existe razón plausible que justifique que la suspensión de la venta extrajudicial se condicione a la forma de iniciación del proceso penal, habida cuenta que los delitos de falsedad, en sus diferentes variantes, son de carácter



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

público y, por tanto, su persecución no está condicionada a la preceptiva interposición de querrela.

Por otra parte, dada la penalidad asociada a los delitos de falsedad, es harto improbable que la causa seguida se sustancie por los trámites del procedimiento ordinario –solamente sería posible en supuestos de conexidad-, razón por la cual no parece oportuna la inclusión del auto de procesamiento, cuyo dictado no está previsto para el procedimiento abreviado que es el cauce procesal propio de los delitos de falsedad.

Hecha la anterior salvedad, cabe añadir que la regulación proyectada debería prescindir de la redacción vigente y optar por la fórmula similar a la recogida en el artículo 697 de la LEC, en cuya virtud operará la prejudicialidad penal cuando, conforme a lo dispuesto en el artículo 569, simplemente se acredite la existencia de causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o la ilicitud del despacho de ejecución. Obviamente, la referencia al despacho de ejecución debería sustituirse por el procedimiento de venta extrajudicial.

Los supuestos enunciados en las letras b) y c) no son tributarios de mayores consideraciones, sin perjuicio de las observaciones que se formulen al abordar el contenido del apartado dos del artículo 236 ñ.

En relación con las causas de suspensión, el número dos establece lo siguiente:

“2. Verificada alguna de las circunstancias previstas en las letras a y b del apartado anterior, el notario acordará la suspensión del procedimiento hasta que, respectivamente, terminen el procedimiento criminal o el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

procedimiento registral. El procedimiento de venta se reanudará, a instancia del ejecutante, una vez desaparecida la causa que hubiera determinado su suspensión. En el caso previsto por la letra c), una vez sustanciada la cuestión, y siempre que, de acuerdo con la resolución judicial correspondiente, no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor". En este punto, la redacción dada por el Proyecto debe ser necesariamente modificada. Como es notorio, el procedimiento criminal a que se refiere el número dos puede terminar de diferentes maneras: con sentencia condenatoria que declare la comisión del delito de falsedad, mediante resolución que descarte la comisión de tal delito o, incluso, con reconocimiento del acto falsario pero sin atribución de responsabilidad penal a persona alguna. Obviamente cualquier resolución que ponga fin al procedimiento penal en la que se declare la existencia de la falsedad, no puede dar lugar al cese de la suspensión del procedimiento de venta extrajudicial y a la consiguiente reanudación del mismo, pues tal posibilidad abocaría al absurdo, sin que la referencia a *"la desaparición de la causa que hubiera determinado su suspensión"* tenga sentido en el contexto del precepto. Por ello, resulta preferible mantener la actual redacción del número dos del artículo 236 ñ, que condiciona la reanudación del procedimiento extrajudicial a que no se declare la existencia del delito de falsedad en el procedimiento penal incoado.

En relación con la circunstancia contemplada en el apartado c) -eventual existencia de cláusulas abusivas- el Proyecto canaliza el planteamiento de esta cuestión a través del procedimiento de oposición enunciado en el artículo 695. 2 de la LEC. Una vez sustanciada la cuestión y siempre que, de acuerdo con la resolución judicial correspondiente, no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor. La regulación que ofrece



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sobre este aspecto el Proyecto no es más que la reproducción de lo preceptuado en el apartado f) del artículo 129.2 de la LH, de cuyo contenido cabe inferir que si el órgano judicial declara el carácter abusivo de una cláusula que sea fundamento de la ejecución, entonces el procedimiento para la venta extrajudicial no podrá continuar; ahora bien, si tal declaración no se produce, bien porque no se aprecie la existencia de cláusulas abusivas o porque, aun existiendo, no constituyan fundamento de la ejecución, cabrá entonces reanudar la tramitación de la venta extrajudicial, sin mayores consecuencias.

No es esa la solución que se ofrece en el procedimiento judicial de ejecución, habida cuenta que el artículo 695.3 de la LEC prevé el sobreseimiento de la ejecución -si se declara abusiva una cláusula que sea fundamento de la ejecución- mientras que si no constituyera tal fundamento dicha cláusula no será aplicada al caso. A la vista de lo expuesto, bien puede afirmarse que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula que haya determinado la cantidad exigible no conlleva consecuencia alguna en el contexto de la venta forzosa extrajudicial pues, a requerimiento del acreedor, se reanudará el procedimiento sin que se prevea consecuencia alguna por el carácter abusivo, declarado judicialmente, de la cláusula determinante de la cantidad exigible.

La única solución por la que, al parecer, puede optar el deudor sería la que ofrece el artículo 236 o, el cual establece que *“En cuanto a las demás reclamaciones que puedan formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, se estará a lo dispuesto, en cuando sea de aplicación en el artículo 698 de la LEC”*, es decir replantear la cuestión en el juicio que corresponda, pero sin suspender ni entorpecer el procedimiento. Este remedio no puede ser considerado plausible, pues obliga al interesado a accionar en el juicio declarativo que corresponda,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sin que la efectividad del reconocimiento del carácter abusivo de una cláusula opere directamente sobre el procedimiento extrajudicial en el que debería surtir efecto.

No resulta posible, por la aplicación del principio de jerarquía normativa consagrado en la Constitución, que sobre este particular el RH pueda contravenir lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 129 de la LH. Sin embargo, como la solución que ofrece, tanto el precepto último citado como la letra c) del número tres del artículo 236 ñ no es satisfactoria, en este informe se sugiere abordar la modificación de lo dispuesto el citado artículo de la LH, de manera que la declaración del carácter abusivo de una cláusula, tanto si constituye fundamento de la ejecución como si es determinante de la cantidad reclamada, impida la prosecución de la venta extrajudicial forzosa, sin perjuicio que la ejecución pueda sustanciarse en sede judicial conforme a lo preceptuado por la LEC.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. Debe dejarse constancia de la paradójica situación a que se ve abocado este órgano, ante el hecho de informar sobre el proyectado desarrollo reglamentario de la venta forzosa extrajudicial, cuando no ha tenido ocasión de pronunciarse durante el proceso de gestación de la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en adelante Ley 1/2013), que es la norma legal habilitante del desarrollo reglamentario y, sobre todo, sobre las modificaciones operadas en la normativa procesal que atañen al proceso de ejecución, singularmente en lo relativo a los bienes



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

garantizados con hipoteca, aspectos estos claramente incardinados en el apartados 108.1 e) de la LOPJ.

Este Consejo no ha podido informar sobre aspectos particularmente relevantes, no sólo desde la óptica estrictamente procesal, sino por el momento que actualmente atraviesa el sector inmobiliario y, lo que es más importante, por la grave situación a la que se ven abocados un importante número de familias que, por situaciones ajenas a su voluntad, quedan expuestas a las consecuencias derivadas de la imposibilidad de hacer frente al pago de los préstamos con garantía hipotecaria.

En relación con ese aspecto, debe ponerse de relieve que el artículo 2 de la Ley 1/2013 prevé que los supuestos de especial vulnerabilidad contemplados en el artículo 1 de la citada norma se acreditarán también ante el notario encargado del procedimiento, en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento. Sin embargo, ni el artículo 129 de la LH ni el Proyecto articulan sistema alguno que permita al deudor impugnar judicialmente la consideración, por parte del notario, de que no se han acreditado las circunstancias contempladas en el artículo 1 a que se ha hecho mención. Tal omisión debería subsanarse, pues el eventual no reconocimiento de la situación de vulnerabilidad, cuya transcendencia es evidente, no puede quedar exento del control judicial durante la tramitación de la venta forzosa extrajudicial.

SEGUNDA. No es función de este órgano emitir juicios de valor sobre los pronunciamientos jurisprudenciales, ni tampoco terciar en polémicas doctrinales sobre cuál sea la naturaleza jurídico-formal de la venta extrajudicial. Ahora bien, ello no impide afirmar que la diferencia principal –y lo que suscita mayores reticencias- entre la referida venta y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

procedimiento de ejecución judicial reside en que este último, si bien está sujeto al principio de la cognición limitada y de restricción de las causas de oposición esgrimibles, no obstante permite la contradicción efectiva en el seno del propio proceso, permitiendo al deudor o al tercero afectado deducir ante el órgano judicial pretensiones de oposición a la ejecución. Por el contrario, tal y como queda configurado el procedimiento para la venta extrajudicial, no es dable formular verdaderas causas de oposición, pues los supuestos enunciados en el artículo 236 ñ operan como causas de prejudicialidad, bien sean penales, civiles o registrales, cuya incidencia en el procedimiento notarial quedará delimitada en función de lo que se acuerde en un ámbito distinto, pero no se prevé la posibilidad de hacer valer las causas de oposición contempladas en el artículo 695.1ª y 2ª, a saber extinción de la garantía o de la obligación garantizada (ordinal primero) o el error en la determinación de la cantidad exigible (ordinal segundo). Tal circunstancia nos lleva a colegir que el procedimiento para la venta forzosa extrajudicial restringe sustancialmente las posibilidades de contradicción, en su propio ámbito, obligando a plantear las causas de oposición citadas en último lugar, en el proceso ordinario que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 236 o.

TERCERA. El legislador ha sido consciente de la necesidad de trasladar al ámbito de la venta extrajudicial las garantías derivadas de la doctrina contenida en la STJUE, de fecha 14/3/2013, en tanto que ha estatuido un cauce específico para que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre la eventual existencia de cláusulas abusivas. Sin embargo, basta con cotejar las previsiones de la LEC con lo estatuido en el artículo 129.2 letra f) de la LH y concordantes del RH, (artículos 236 a.3 y 236 ñ), para constatar que hay una diferencia fundamental entre el tratamiento que ofrece una y otra normativa, habida cuenta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que el artículo 552.1 de la LEC faculta al órgano judicial para apreciar, de oficio, la existencia de cláusulas abusivas y, en caso de confirmar tal apreciación, tras el trámite contradictorio previsto en el artículo citado resolverá, bien decretando la improcedencia de la ejecución, bien acordando su despacho pero sin aplicar aquellas estipulaciones consideradas abusivas. Tal posibilidad es ajena a la venta extrajudicial forzosa, pues el control judicial sobre las cláusulas abusivas sólo podrá tener lugar a instancia de parte.

CUARTA. En relación con la circunstancia contemplada en el apartado c) -eventual existencia de cláusulas abusivas- el Proyecto canaliza el planteamiento de esta cuestión a través del procedimiento de oposición enunciado en el artículo 695. 2 de la LEC. Una vez sustanciada la cuestión y siempre que, de acuerdo con la resolución judicial correspondiente, no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor. La regulación que ofrece sobre este aspecto el Proyecto no es más que la reproducción de lo preceptuado en el apartado f) del artículo 129.2 de la LH, de cuyo contenido cabe inferir que si el órgano judicial declara el carácter abusivo de una cláusula que no sea fundamento de la ejecución cabrá, entonces, reanudar la tramitación de la venta extrajudicial, sin mayores consecuencias.

A la vista de lo expuesto, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula que haya determinado la cantidad exigible no conlleva consecuencia alguna en el contexto de la venta forzosa extrajudicial pues, a requerimiento del acreedor, se reanudará el procedimiento, sin que se prevea consecuencia alguna por el carácter abusivo, declarado judicialmente, de la cláusula determinante de la cantidad exigible. No



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

resulta posible, por la aplicación del principio de jerarquía normativa consagrado en la Constitución, que sobre este particular el RH pueda contravenir lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 129 de la LH. Sin embargo, como la solución que ofrece, tanto el precepto último citado como la letra c) del número tres del artículo 236 ñ no es satisfactoria, en este informe se sugiere abordar la modificación de lo dispuesto el citado artículo de la LH, de manera que la declaración del carácter abusivo de una cláusula, tanto si constituye fundamento de la ejecución como si es determinante de la cantidad reclamada, impida la prosecución de la venta extrajudicial forzosa, sin perjuicio que la ejecución pueda sustanciarse en sede judicial conforme a lo preceptuado por la LEC.

QUINTA. El Proyecto se decanta por una sistemática diferente para la determinación del notario hábil, que contrasta con el criterio de predeterminación objetiva que recoge el vigente número uno del artículo 236 del RH. Tal cambio no resulta aconsejable pues, como pone de relieve un sector doctrinal, parece conveniente evitar que la imparcialidad del notario se vea empañada, de manera que aquél pueda ser considerado como el notario elegido por el acreedor. Con el modelo actual no resulta posible dirigir tal censura. Sin embargo, el sistema proyectado sí permite al acreedor elegir al notario -si bien no de manera libérrima- conforme al elenco de posibilidades que ofrece el artículo 236.1. Por ello, se propone mantener la redacción actual, pues aunque el artículo 3.2 del Reglamento Notarial consagra el principio de libre elección del notario, el criterio imperativo establecido en el actual artículo 236.1 del RH se anuda al principio de imparcialidad que debe presidir el modelo para la determinación del notario hábil.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

SEXTA. El apartado cuatro incorpora una novedad importante. Mientras el precepto en vigor dispone que si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda, el número cuatro del artículo 236 c prevé que *“Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, se practicará por medio de anuncios, que se insertarán en el Tablón Edictal del Boletín Oficial del Estado”*.

Aun cuando el artículo 686.3 de la LEC prevé la comunicación edictal cuando el requerimiento no pueda realizarse, no cabe ignorar que el marco fáctico y jurídico en el que se desenvuelve el procedimiento para la venta extrajudicial forzosa no es equiparable al proceso de ejecución judicial. Como sostiene un sector doctrinal la principal finalidad del mandato contenido en el apartado cuatro del artículo 236 c no es otra que la de garantizar que el desarrollo del procedimiento quede condicionado a que el deudor sea requerido previamente de pago y, a su vez, conozca que en caso de no pagar se va a proceder a la subasta de la finca de su propiedad. Si esa garantía material no queda cumplimentada, no parece procedente que la falta de requerimiento pueda solventarse mediante lo que algún autor denominado “un sustitutivo del requerimiento imposible” en referencia a la notificación edictal y, de ahí que se estime conveniente mantener la actual redacción del número cuatro del artículo 236 c, pues ante el fracaso del requerimiento el acreedor conserva incólume la facultad de acceder a la vía judicial.

SÉPTIMA. El número seis artículo 236 f regula las condiciones en que el deudor puede liberar de la subasta a la vivienda que sea habitual, siempre haga efectivo el pago del principal, intereses vencidos y los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

gastos generados por la venta forzosa. El precepto citado debería adecuarse a los términos establecidos en el artículo 693.3 de la LEC y, en consecuencia, extenderse tal posibilidad a cualquier inmueble, con la salvedad de que si el mismo tuviera el carácter de vivienda habitual, la facultad de liberación que se reconoce al deudor operará con independencia del consentimiento del acreedor. Asimismo, se estima pertinente incluir la indicación de que al deudor se le deberán comunicar las condiciones de liberación del bien y, finalmente, también debería especificarse que el abono de los gastos generados por la iniciación de la venta serán liquidados y satisfechos en un momento posterior al pago del capital e intereses, amén de que si se tratase de una vivienda habitual su importe nunca podría superar el cinco por ciento de la cantidad que se reclame, conforme a lo previsto en el procedimiento judicial en el artículo 575.1 bis de la LEC, en relación con las costas procesales.

OCTAVA. A través de la reforma se persigue que el procedimiento de subasta para la venta forzosa extrajudicial sea más ágil y eficaz. Por ello, debería sopesarse seriamente la posibilidad de trasladar el modelo al procedimiento de ejecución judicial, pues no parece adecuado ni conveniente reservar al ámbito extrajudicial, exclusivamente, la implantación de un sistema que incorpora mejoras sustanciales.

Es evidente que un sistema basado en la centralización en un único portal ampliará sustancialmente el número potencial de postores, los cuales podrán intervenir desde cualquier lugar sirviéndose del formato electrónico de comunicación segura, que les permitirá conocer la evolución de la subasta en tiempo real. Ciertamente, el sistema presenta indudables ventajas respecto de la fórmula seguida por el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

vigente RH y, como ya se apuntó en el apartado IV de este informe, también respecto de la sistemática seguida por la LEC, pues aunque el artículo 668.3 de la LEC prevé el anuncio de las subastas a través del portal dependiente del Ministerio de Justicia, su realización ha de tener lugar en el ámbito de la Oficina Judicial. Por ello, en este apartado se reitera la conveniencia de trasladar contexto judicial el modelo que patrocina el Proyecto, con las adaptaciones que sean necesarias en atención a las características propias del proceso de ejecución contemplado en la LEC.

NOVENA. El último párrafo del mencionado número cinco del artículo 236 I establece que *“El Registrador de la Propiedad, tanto en este caso como en el de ejecución judicial, reflejará en el correspondiente asiento la inscripción de la de afectación, por plazo de diez años, de la plusvalía que pudiera obtenerse a la reducción prevista en la letra b) del citado artículo. Podrá cancelarse la afeción (sic) antes de dicho plazo mediante documento fehaciente que justifique la inexistencia de deuda remanente, o con motivo de la inscripción de la siguientes transmisión si en esta no hubiera existido plusvalía o el acreedor diera carta de pago al primitivo deudor por el 50 por ciento de la misma”*. La referencia a la ejecución judicial no es asumible, pues supone una manifiesta extralimitación de la habilitación reglamentaria contenida en la letra e) del artículo 129.2, que expresamente se circunscribe a la venta extrajudicial y, también, de la autorización prevista en la Disposición final tercera del Real Decreto-Ley 6/2012, de nueve de marzo.

DÉCIMA. En relación con la causa enunciada en el apartado a) del número uno del artículo 236 ñ, cumple decir que el Proyecto mantiene la redacción del precepto en vigor, que resulta ser manifiestamente desfasada y de todo punto inadecuada. Conforme viene redactado el precepto, la mera incoación del procedimiento penal



sólo será causa de suspensión cuando el mismo se haya iniciado en virtud de querrela, pues si la forma de iniciación es diferente será necesario que se dicte auto de procesamiento o se formule escrito de acusación. No existe razón plausible que justifique que la suspensión de la venta extrajudicial se condicione a la forma de iniciación del proceso penal, habida cuenta que los delitos de falsedad, en sus diferentes variantes, son de carácter público y, por tanto, su persecución no está subordinada a la preceptiva interposición de querrela.

Por otra parte, dada la penalidad asociada a los delitos de falsedad, es harto improbable que la causa que se siga se sustancie por los trámites del procedimiento ordinario –solamente sería posible en supuestos de conexidad-, razón por la cual no parece oportuna la inclusión del auto de procesamiento, cuyo dictado no está previsto para el procedimiento abreviado, que es el cauce procesal propio de los delitos de falsedad. Se debería prescindir de la redacción vigente y optar por la fórmula similar a la recogida en el artículo 697 de la LEC, en cuya virtud la prejudicialidad penal operará cuando, conforme a lo dispuesto en el artículo 569, simplemente se acredite la existencia de causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o la ilicitud del despacho de ejecución. Obviamente, la referencia al despacho de ejecución debería sustituirse por el procedimiento de venta extrajudicial.

UNDÉCIMA. El número dos del artículo 236 ñ establece que el notario acordará la suspensión hasta que termine el proceso criminal, reanudándose el procedimiento, a instancias del ejecutante una vez desaparecida la causa que determinó la suspensión. Tal redacción debe ser necesariamente modificada. Como es notorio, el procedimiento criminal a que se refiere el número dos puede terminar de diferentes



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

maneras: con sentencia condenatoria que declare la comisión del delito de falsedad, mediante resolución que descarte la comisión de tal delito o, incluso, con reconocimiento del acto falsario pero sin atribución de responsabilidad penal a persona alguna. Obviamente, cualquier resolución que ponga fin al procedimiento penal en la que se declare la existencia de la falsedad no puede dar lugar al cese de la suspensión del procedimiento de venta extrajudicial y a la consiguiente reanudación del mismo, pues tal posibilidad abocaría al absurdo, sin que la referencia *“a la desaparición de la causa que hubiera motivado su suspensión”* tenga sentido en el contexto del precepto. Por ello, resulta preferible mantener la actual redacción del número dos del artículo 236 ñ, que condiciona la reanudación del procedimiento extrajudicial a que no se declare la existencia del delito de falsedad en el procedimiento penal incoado.

Es todo cuanto tiene que informar el Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extiendo y firmo la presente en Madrid, a veinticinco de julio de dos mil trece.