

EL NUEVO ARTÍCULO 129 DE LA LEY HIPOTECARIA. IMPRESIONES Y ANOTACIONES APRESURADAS

Clemente J. Antuña Plaza. Notario de Almería

Siguiendo el camino emprendido en los últimos tiempos, el legislador da una vuelta de tuerca más, y ya no determina la entrada en vigor de la Ley 1/2013 a los veinte días de su publicación, ni al día siguiente, sino el mismo día, y pronto habrá que establecer incluso la hora (las siete de la mañana), si se quiere evitar el absurdo de que la Ley esté en vigor antes de la publicación en el BOE.

No abundaré en el momento de dificultades que atraviesa este país y que pone al borde del abismo a multitud de deudores hipotecarios y, sobre todo, a los que están en una especial situación de vulnerabilidad. Años llevan los políticos dándole vueltas a esta problemática, a base de pasitos cortos, pero también poco a poco se anda el camino. Desde luego, la urgencia de las angustiosas situaciones que se viven hubiera requerido una actuación más diligente de nuestra clase política que no hubiera ido en detrimento de la prudencia con que ha de abordarse una reforma de tan gran calado. En fin, se hubiera podido hacer más en determinados aspectos, abordar la situación del endeudamiento familiar a través de mecanismos que atacan la raíz del problema como una ley de segunda oportunidad, y, en todo caso, legislar con mayor claridad en aras de la seguridad jurídica. A pesar de todo, bienvenida sea esta ley que contribuirá a aliviar la situación de los deudores hipotecarios, adaptar a la legislación comunitaria y clarificar nuestro sistema de ejecución hipotecaria, desterrando dudas que, al final, perjudicarían a quien se pretende proteger.

En esta aproximación a vista de pájaro a la ley nos centraremos en las dudas que plantean algunos aspectos del procedimiento extrajudicial (en adelante, P.E.) a veces incidiendo en algunas ya puestas de manifiesto en el magnífico trabajo del compañero José Félix Moreno Escartín, a veces poniendo de relieve otras. Seguiremos la técnica de las anotaciones, solo respecto de aquellos preceptos que nos las sugieren, aunque muchas se nos quedarán en el tintero.

Partiremos de algunos principios interpretativos:

1º. El ordenamiento jurídico es un todo y el intérprete no puede dejar de aplicarlo por la falta de algún elemento, sino que ha de proceder a su integración.

2º Hemos de tener en cuenta que el PE y el procedimiento judicial (en adelante, PJ) de ejecución directa, que como aclara el propio art. 129 de la LH regulan el ejercicio de la acción hipotecaria, no pueden llevar a situaciones más perjudiciales para cualquiera de las partes, especialmente el consumidor, según se utilice uno u otro.

3º Ni los Notarios ni los Registradores son Jueces. Por tanto carecen de facultades para moderar, para determinar la abusividad de una cláusula cuyo carácter de tal exija la

ponderación de circunstancias que escapen al control notarial o a la calificación por los estrechos márgenes en que se desenvuelven, o, en definitiva, adoptar cualquier resolución que invada las competencias de los órganos jurisdiccionales.

La aplicación como derecho supletorio de la LEC no puede hacerse indiscriminadamente, sino que debe respetar las competencias y funciones de cada cual.

Y con esta introducción más larga de lo que esperaba, iniciamos nuestro recorrido "anotador" por los preceptos del nuevo artículo 129.

"Tres. Se modifica el artículo 129 que queda redactado del siguiente modo:

1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse:

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

El nuevo artículo 129 de la LH consagra definitivamente el ejercicio de la acción hipotecaria mediante el procedimiento o expediente de venta extrajudicial. La palabra "procedimiento" parece que casa mejor con los procedimientos judiciales o administrativos; por eso se ha venido también utilizando la palabra "expediente". Creo que hoy después de la disyuntiva "o" que utiliza la norma y la utilización del término para referirse al PE, es perfectamente admisible la palabra "procedimiento" para designar la actuación que al notario encomienda la ley.

Se han subsanado muchas de las deficiencias que afectaban al PE. Hoy es más difícil dudar de su constitucionalidad. No cabe argüir algunos de los argumentos que se utilizaban en su contra (reserva de ley, extralimitación reglamentaria...)

En cuanto a las causas de oposición, verdadero talón de Aquiles de la tacha de inconstitucionalidad, en el PJ de ejecución directa y de suspensión en el PE se ha avanzado en el camino de la equiparación. Ese avance podía haber sido mayor, sin duda. He tratado de encontrar una explicación al porqué la ley no ha introducido, ni se ha ocupado del "error en la cantidad exigible". El notario no es Juez, sino garante e impulsor del procedimiento de ejecución que la ley le encomienda. El proceso y cada una de sus fases se desarrollan a instancia de las partes hasta el punto de que se le impone al deudor que se opone que exprese con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad y si no lo hace el Juez denegará la oposición. El Juez que estime la oposición por esta causa fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución. El Notario no podría hacer esto, pues su papel se limita a comprobar el cálculo efectuado por el acreedor. Pero también es cierto que cuenta con el documento fehaciente que acredita que la liquidación se ha efectuado en la forma pactada en el título; parece que el legislador considera suficientemente garantizados los intereses del deudor en el ámbito del PE en cuanto a la determinación de la cantidad exigible con ese documento fehaciente; otra cosa es que acierte y que no haya aprovechado la ley para dotar al deudor de un mecanismo de defensa ante una liquidación incorrecta, como luego se verá.

También podría entender el Notario que la cláusula que permite la determinación unilateral de la cantidad exigible, es una cláusula accesorio que es condición general y que podría estar contaminada con el estigma de abusividad. El notario podría suspender por esta vía indirecta a la espera de lo que determinara el Juez.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el TJUE, a cuya doctrina trata de adaptarse nuestro sistema ejecutivo, no declara esta cláusula de determinación unilateral de la deuda abusiva *per se*, sino que debe apreciarse en cada caso definitivamente mediante una ponderación conjunta de las ventajas y desventajas resultante de lo pactado en la cláusula por ambas partes. Esta ponderación no corresponde al Notario, pero si puede “considerar” que la cláusula pudiera ser abusiva y ello desencadenaría la correspondiente notificación y reacción ante el Juez que resolvería por el mismo procedimiento que en el PJ de ejecución directa. Puede consultarse el trabajo del compañero Carlos Ballugera en www.notariosyregistradores.com “Alegación de cláusulas abusivas en la ejecución directa y criterios sobre su nulidad”.

Hay en la nueva redacción una concreción sobre cuando procede el PE: “solo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada”. Antes decía “para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada” en términos más generales.

Claramente se excluye del PE cualquier causa de incumplimiento de la obligación que no sea el impago de capital e intereses (ordinarios y de demora).

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

a) El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta... ni podrá 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.”

Además de que sea el mismo que el fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, se establece ese límite del 75 por cien. Esa tasación viene exigida por la LMH para intervenir en dicho mercado y también por la OTF respecto de los usuarios de servicios bancarios. No creo que los préstamos hipotecarios entre particulares estuvieran en la mente del legislador al introducir esta norma ni desde luego preocupen a la sociedad (esto se desprende de toda la E. de M.). En las hipotecas entre particulares (la clásica en garantía del precio aplazado) el valor de tasación para subasta debiera ser el libremente fijado por las partes. Valga como argumento la denominación del propio capítulo II de la ley, “Medidas de mejora del mercado hipotecario”, y no sé yo que mercado hipotecario se está mejorando en una hipoteca entre particulares.

El anteproyecto de ley de modificación de la LEC añade la expresión “en su caso”, lo que aparece avalar esta interpretación para el PJ. Esperemos que al legislador no se le olvide hacer lo propio con este precepto.

“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".

Además de que la estipulación deberá hacerse constar separadamente, deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que se pretenda atribuir a la vivienda que se hipoteque. Lógicamente dentro del clausulado de la escritura se podrá hacer constar por remisión como se viene haciendo.

El Notario debe asegurarse del carácter habitual de la vivienda pues la presunción legal de habitualidad es *iuris tantum*. La doctrina y la práctica notarial han consagrado diversos modos de actuar del notario para conseguir ese fin. En el requerimiento de pago se debe incluir un apartado en el que se inste al deudor a manifestarse al respecto. Si acreedor y deudor se manifiestan de acuerdo sobre el tema, no hay problema. Tampoco si, hecho constar el carácter habitual de la vivienda por el acreedor, el deudor nada dice al respecto. Si disienten, lo más apropiado sería solicitar certificado de empadronamiento (el notario puede solicitarlo según una Resolución de AEPD a consulta de un notario de fecha 10 de abril de 2013).

"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."

La cantidad prestada ha de estar inicialmente determinada. Como novedad se añade entre la documentación a presentar al Notario "un documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas "(no tiene que ser fehaciente, bastando el que expida la Entidad), cuando en el contrato se prevea el reembolso progresivo del capital; además, el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución. Cuando haya intereses variables siempre ("en cualquier caso") habrá de acompañarse este último documento, aunque no se prevea el reembolso progresivo del capital. Del texto de la ley parece resultar que, si se tratase de un préstamo con amortización al vencimiento y a interés fijo, no sería necesario ninguna clase de documento, quizá por lo fácil que resultaría determinar la cantidad exigible. El documento referente a las amortizaciones además de su carácter informativo será necesario para que el Notario expida la certificación a que se refiere la letra g).

"d) La venta se realizará mediante una única 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."

Todos los PE se sustanciarán mediante una única subasta, de carácter electrónico, con independencia de que se trate de vivienda habitual o no.

Los tipos y condiciones de la subasta serán en todo caso los determinados por la LEC. Se equiparan, por fin, en este punto, los PE y PJ de ejecución, terminando con la dualidad malévola existente hasta la fecha, aunque doctrinalmente de una manera mayoritaria ya se había aceptado esta equiparación.

Esta letra d) plantea el tema de si, en tanto no se ponga en marcha el portal de subastas, podrá utilizarse el PE, tema que abordaremos más adelante al tratar de en qué situación queda el RH.

"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."

La expresión de futuro "se determinará" no debería interpretarse, a mi juicio, como que "el futuro Reglamento Hipotecario determinará", más bien en el sentido de que las circunstancias que enumera esta disposición no se determinan en la Ley, sino que por su carácter adjetivo y de desarrollo deben o pueden ser objeto de desenvolvimiento en el RH. De hecho, la mayor parte de las circunstancias que enumera este precepto ya están en el RH.

En las notificaciones habrá que aclarar cómo se encajan las determinaciones del RN al respecto con las del RH, terminando con las dudas suscitadas en cuanto al vecino... etc. Las cantidades a consignar, no deben ser diferentes a las de LEC pues la finalidad de la ley es la de promover la participación en las subastas; la adjudicación y sus efectos sobre titulares de derechos y cargas posteriores, ha de referirse más a la práctica de los asientos registrales que a la sustantividad de los mismos efectos pues estos son consustanciales al derecho real de hipoteca. La DGRN ya se ha pronunciado al respecto en una importante resolución de 10 de enero de 2013, perfectamente argumentada.

Algunas resoluciones recientes han tratado de la forma de la notificación, el domicilio y las personas a quienes se practican (por todas, la última de 30 de agosto- BOE de 4 de octubre-). Tratan de cohonestar la doctrina jurisprudencial sobre notificaciones y los estrictos términos del RH, a veces de manera permisiva y otras de manera restrictiva. Convendría que el nuevo RH fuese claro en este punto en aras de la seguridad jurídica, pues el requerimiento es la base del procedimiento y cuantas menos incertidumbres mejor.

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

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez 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 previstos en el apartado 4 de artículo 695.1 de la 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."

El precepto es respetuoso con la competencia notarial (el Notario no es Juez), pero sí le otorga al Notario facultades de advertencia que se traducen en una obligatoria notificación a los afectados por el procedimiento. Y esa actuación requiere un juicio, inicial y provisional, una "consideración" sobre la posible abusividad de las cláusulas del contrato, no de todas, sino de las que "constituyan fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible".

Apartándose de la Instrucción del CGN, el Notario suspenderá el PE cuando cualquiera de las partes (parece que debe incluirse también al avalista e hipotecante no deudor) acredite haber PLANTEADO (presentado) la demanda de declaración de cláusula abusiva, sin esperar a que se admita a trámite. Personalmente lo veo bien ante la premura de tiempo con que se plantean los plazos y el desarrollo del procedimiento.

Sustanciada la cuestión, y siempre que la cláusula abusiva no constituya fundamento de la ejecución, proseguirá el procedimiento a requerimiento del acreedor. Lógicamente deberá tener en cuenta lo que diga la resolución judicial: si determina la nulidad de la cláusula sin más, el Notario la tendrá por no puesta y, si estableciera la cantidad exigible, a ella habrá que estar. Cuando la cláusula abusiva constituye fundamento de la ejecución deberá concluir el procedimiento.

La clave del asunto está en determinar qué cláusula abusiva constituyen fundamento del PE y cuales determinan la cantidad exigible. Teniendo en cuenta la limitación del PE al caso de falta de pago del capital o de los intereses, solo se me ocurre el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo como posible cláusula abusiva que fundamente la ejecución y, como se ha apuntado, quizá una cláusula de determinación unilateral de la deuda exigible (en cuanto sistema, como tal, no en cuanto a la fijación de la cantidad exigible que entraría en el otro supuesto contemplado). La que establezca unos intereses de demora abusivos, incluso una cláusula suelo, estarían entre las que determinen la cantidad exigible. El tipo de interés ordinario no puede ser tachado propiamente de abusividad, pues es un elemento esencial del contrato (el precio del préstamo) (STS de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo).

No puedo dejar de apuntar que la solución del problema de las cláusulas abusivas en gran medida, logrando apartarlas de la contratación, pasa por incrementar la determinación legal de las que lo son y disminuir las que quedan a la apreciación del Juez; en definitiva aumentar las que estén en la "lista negra", propiamente dicha, no en la "gris" que incluye conceptos jurídicos

no tachables de indeterminados pero si susceptibles de ponderación. Así se resolvería el problema de raíz y en el mejor momento, antes de que accedan al contrato.

"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 determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en juicio verbal."

Esta certificación, en la que se han de observar las reglas de imputación del artículo 654.3 de la LEC, es algo nuevo. Su finalidad, aparte de mejorar la transparencia del procedimiento, es facilitar la prosecución de la ejecución por la vía ordinaria.

Resulta curioso que una vez concluido el procedimiento, se atribuya al Notario la capacidad de certificar esas cantidades (como al Secretario), y si cualquiera de las partes discrepara de lo determinado por él, se las remita al Juicio verbal. Sin embargo no se admite al inicio del procedimiento ninguna reacción inmediata frente a la comprobación de la cantidad exigible hecha por el Notario en el documento fehaciente. Con una norma similar se proporcionaría al deudor la posibilidad de defensa inmediata frente al error en la determinación de dicha cantidad comprobada por el Notario y se desmontarían argumentos de inconstitucionalidad basados en la imposibilidad de oposición del deudor por esta razón.

"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."

Esta declaración legal es fundamental para cerrar el círculo del PE ante posibles lagunas y servirá como elemento interpretativo ante las dudas que su regulación pudiera plantear. Remacha, por fin, que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 578.2 de la LEC.

Y por último, una referencia a la situación en que se encuentra el vigente RH ¿estará en el limbo jurídico, derogado total o parcialmente?

Es increíble que la ley no contenga ninguna disposición derogatoria pormenorizada, ante el cúmulo de disposiciones que afectan a esta materia en tan poco tiempo. Mediante el juego de una disposición de este tipo combinada con el mantenimiento de la vigencia de determinadas normas reglamentarias no esenciales y la postergación del imperativo legal de la subasta electrónica, se podría haber mantenido en marcha el PE hasta que se modificase el RH y, sobre todo, se creara el portal de subastas electrónicas (ya sabemos cómo funciona la Administración en estos temas).

No ha sido así y lo más probable es que no se inicien PE hasta la modificación del RH ante la inseguridad jurídica que la situación comporta. ¿Y si algún acreedor atrevido instase un PE en estas circunstancias? Necesitamos con urgencia alguna Instrucción de la DGRN o alguna Circular conjunta de nuestros órganos corporativos para esta etapa intermedia que me temo no será corta. La espada de Damocles del art. 145 del RN pende sobre nosotros.

En puridad de principios (el ordenamiento jurídico es un todo y el intérprete, Juez, Notario, Registrador ha de aplicarlo en su integridad), tendríamos que aplicar el instituto de la derogación tácita (con sus dificultades de interpretación) y otros, como el de la jerarquía normativa (ley v. reglamento), ley especial frente a ley general, la técnica de derecho supletorio que está al mismo nivel normativo que la ley que suple, todo ello para conseguir que el PE no quedase paralizado a la espera de la reforma del RH. No puede pensarse que en la mente del legislador esté ese abandono temporal, aunque seguramente largo, del PE que según la E. de M. trata de fortalecer y que parece ver como un instrumento de alivio de los Juzgados. (¿o, quizá, sí, ante la presión social?). Realmente, solo debería entenderse derogado el RH en aquello que esté en contradicción con el bloque de legalidad material (LH Y LEC fundamentalmente).

La subasta electrónica parece un obstáculo infranqueable pero creo que también podría superarse con buena voluntad. La sustancia publicitaria del procedimiento está salvada (el carácter electrónico es un adjetivo nada más, aunque querido por el legislador) y no puede racionalmente pensarse que éste quiera privar de utilizar el PE a quien tiene derecho a hacerlo, si quiera sea temporalmente. Las normas que regulan la sucesión de las leyes en el tiempo pueden ser interpretadas (De Castro) y aplicando los criterios de interpretación, una norma (la de la subasta electrónica) que depende de un hecho (creación del portal) que ha de producirse en el futuro, intrínsecamente no puede entrar en vigor hasta que ese hecho se produzca. Si esto se acepta, debería entenderse no derogado el RH en cuanto al procedimiento de subasta que se seguiría haciendo como hasta ahora.

Qué fácil hubiera sido para el legislador dejar esto claro y cuanto hubiera ganado la seguridad jurídica.