

VENTA EXTRAJUDICIAL DE BIENES

HIPOTECADOS.

JOSÉ IGNACIO NAVAS OLÓRIZ

Notario de Fuenlabrada

- La venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al art. 1858 del C.c, a la que hace referencia el art. 129 de la LH, al decir que “*es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en qué consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*”, no ha tenido casi aplicación práctica en nuestro panorama jurídico. Es ahora con la grave crisis de morosidad cuando comienza a ser considerado como una alternativa de “ejecución” más rápida y barata que la judicial.

Dicho procedimiento, dejando aparte las polémicas sentencias del TS de fecha 4 de mayo y 30 de noviembre de 1998, que declararon inaplicable el párrafo 2º del art. 129 de la LH en su primitiva redacción y los arts. 234 a 236 del RH, al entenderlos contrarios a los arts 24.1 y 117.3 de la CE, precisa para ser utilizable que en la propia escritura pública de constitución

de la hipoteca se haya fijado el valor en que los interesados tasan la finca... que no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el judicial.

Hoy tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, este procedimiento ha recibido un nuevo impulso, pues se elevan de rango las disposiciones que le regulan y se fortalece la legalidad del procedimiento.

La ley 1/2013 ha establecido las siguientes disposiciones, que iré comentando - en lo que a éste pequeño comentario compete -, en el mismo orden en el que se enuncian:

CAPÍTULO II

Medidas de mejora del mercado hipotecario

Artículo 3. Modificación de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946.

La Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, queda modificada como sigue:

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

«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:

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.

Es muy frecuente que las entidades de crédito a la hora de proceder a certificar el saldo, requieran al notario para ratificar el facilitado por la entidad y que habitualmente sólo se refiere a un concreto y determinado período: el comprendido entre del comienzo del impago y la fecha de la certificación.

La ley habla del documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca y es obvio que dicha certificación así como el acta que la recoge y eleva a público, en casi todos los supuestos, es incompleta por parcial y por no responder a lo ordenado en este precepto. “La forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca” no puede referirse sólo a ese período sino a todo el período transcurrido desde la formalización del préstamo. Es por ello conveniente que exijamos que se refiera a todo el período transcurrido desde la formalización del préstamo hasta el momento en que se certifique el saldo.

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.

Nada se ha legislado para dar eficacia práctica a lo ordenado en estos dos epígrafes. Nada se ha dicho o hecho a este respecto, por lo que el Notario requerido para la venta extrajudicial se encontrará ante el dilema de proceder como hasta antes de la entrada en vigor de esa ley, y celebrar la subasta en la notaría; o paralizar el procedimiento hasta que la subasta electrónica sea regulada. En el supuesto de optar por la primera opción, se plantea la duda consistente en responder a la pregunta de ¿serían objetables esas subastas por defecto de forma? ¿No habría lesión en los derechos económicos del ejecutado?

Además, en caso de no celebrarse, ¿se devengarían intereses de demora? O en caso de devengarse dichos intereses ¿deberían de

ser satisfechos por el ejecutado? ¿Deberían de ser “perdonados” por el acreedor? O, ¿deberían de ser satisfechos por la Administración? Esto último parece que sería la solución más acorde con la justicia, ya que el mal funcionamiento de un departamento de aquella no puede resultar perjudicial para una sola de las partes: el ejecutado. La disminución de la presión popular ha adormecido la sensibilidad de nuestros legisladores. Nuevamente la actualidad sustituye a la necesidad, poniendo de relieve uno de los principales problemas de las democracias mediterráneas: la política de aparente respuesta a los problemas sociales mediante, lo que vengo en llamar, normas de maquillaje.

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

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo

684 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.»

De esta novedosa regulación, se derivan ciertas mejoras para los consumidores hipotecarios. Así:

- a.- Sólo cabe por impago de capital o de intereses. Las demás causas de vencimiento anticipado no dan entrada a este procedimiento.
- b.- El valor de tasación no puede ser inferior al 75 % del obtenido conforme a la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario.
- c.- Las consecuencias son distintas si se trata de vivienda habitual.
- d.- La subasta será única y electrónica.
- e.- El notario ha de valorar si existen o no en el contrato en el que se pactó la ejecución extrajudicial, cláusulas abusivas, y tras comunicarlo a las partes suspenderá el procedimiento si se acredita la intervención judicial a este respecto.

La reciente S del T de J de la UE de 14 de marzo de 2013, ha significado, con independencia de cualquier valoración, un revulsivo en el pacífico y tranquilo panorama jurídico-procesal español.

Somos muchos los juristas que creemos que el Derecho como instrumento ha de lograr la justicia y el equilibrio en la resolución

de los conflictos, ha de solucionar los conflictos que surgen como consecuencia de los diversos intereses en juego, y ha de hacerlo equilibrada y justamente. Cuando el Derecho fracasa en ese cometido, surgen otros conflictos derivados de nuevas situaciones injustas, que pueden llegar a poner en peligro la paz y la convivencia. Algo así parece estar sucediendo en materia de ejecución hipotecaria.

Con relación a esta materia he de recordar que nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha sido reticente a reconocer los importantes desequilibrios de los que adolece nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria: el Auto 113/2011, inadmite a trámite una cuestión de constitucionalidad en base a la inexistencia de contradicción procesal en el proceso de los arts. 579, 695 y 698 de la LEC; no aprecia indefensión al existir la posibilidad de plantear proceso declarativo posterior al de ejecución.

Nuestro TC puede presumir de una larga cadena de resoluciones en las que se muestra reticente a apreciar los desequilibrios y disfunciones que la más avanzada jurisprudencia europea ha puesto de manifiesto.

Es en aquel punto que al principio señalaba, dónde la STUE enmienda la doctrina del TC, y lo hace al considerar la *irreversibilidad* de “la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado”.../... ya que “aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entraña la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria” la nulidad de tal procedimiento sólo permitiría garantizar al consumidor una protección *a posteriori* meramente indemnizatoria, que tal y como pone de relieve la S, “resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula...”.

Nos encontramos ante un derecho –el de a una vivienda digna y adecuada– constitucionalmente protegido –[art 47 CE](#)– , que si bien no puede ser individualmente invocado, ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, tal y como señala el 53.3.

El notario, como controlador de la legalidad, y ejecutor hipotecario, ha de cumplir un papel fundamental en esa nueva dimensión constitucional y jurisprudencial que ofrece una doble perspectiva:

- La preventiva. Controlando la inclusión de cláusulas abusivas.

Está entrenado en la prevención, tiene esa cultura.

- La patológica. Suspendiendo el mal llamado procedimiento de ejecución extrajudicial o venta forzosa notarial de bienes hipotecados, en caso de observar cláusulas abusivas en el contrato cuyo incumplimiento dio lugar a la ejecución.

A esta última perspectiva hace referencia indirecta el Consejo General del Notariado a través de una reciente comunicación en la que recomienda la suspensión del procedimiento en caso de que se acredite: la admisión a trámite de demanda de impugnación por abusividad de alguna cláusula, o de solicitud de medidas cautelares de suspensión. Todos conocemos el contenido de esta comunicación que doy por leída y asimilada.

La critiqué por tímida y oportunista. Es claro hasta lo obvio, que por aplicación extensiva de la doctrina jurisprudencial europea debería de actuarse así, lo contrario equivaldría a que el notariado se convirtiera en un portillo de escape a la aplicación de la normativa de protección al consumidor. Pero no basta con esto.

Soy de la opinión que la referida S habla de “encargado” del procedimiento, sea éste cual sea, no exige que se trate de un juez, y ordena que sea este “encargado” el que califique las

cláusulas contractuales como abusivas o no aprecie tal circunstancia.

Es tímida la comunicación porque debería haber recogido un tercer supuesto que respaldase la actuación suspensiva del notario que sin que se le acrede la admisión a trámite de tal demanda, decidiese la suspensión del procedimiento al apreciar “por sí mismo” la existencia de cláusulas abusivas. Si el notario tiene esa responsabilidad no puede limitarse a eximirse de la misma sólo en los dos supuestos que la comunicación fija, ha de actuar responsablemente y por tanto decidir con arreglo a su criterio formado con los argumentos que esa S proporciona.

Opino que suspender “de oficio” el procedimiento de venta extrajudicial en caso de que el notario observe la existencia de una cláusula abusiva contractual es coherente con nuestra Constitución y con la jurisprudencia del T de la UE.

Soy de la opinión de que el notario no puede ni debe recomendar la presentación de demandas al ejecutado poco avisado o informado. Los intereses en juego están constitucionalmente protegidos, las obligaciones del notario con el cliente menos informado o más débil están claramente definidas por la legislación notarial, la doctrina sentada por esta S es igualmente

clara, y me parece que no debemos esconder nuestra decisión tras un acto procesal innecesario. ¿De qué se trata, de que siempre intervenga un juez, aunque se utilice el procedimiento extrajudicial? ¿Podría un notario continuar adelante con un procedimiento de venta forzosa de finca hipotecada, conociendo la existencia de alguna cláusula abusiva, y percatándose de la irreversibilidad de tal decisión? Creo que no y además sostengo que no caben posiciones equidistantes. La aplicación de una norma legal injusta, que ha sido puesto de manifiesto por el propio sistema jurídico que la cobija, y para cuya correcta aplicación se ofrecen mecanismos explícitos en la S no puede tener como resultado la aplicación acrítica y automática del derecho por los notarios, ello nos convertiría en falsarios.

Por ello quiero regresar al aspecto preventivo y proponer una fórmula que considero adecuada y necesaria.

La contratación en masa ha de encontrar apoyo y soporte en el Derecho y el notariado ha de colaborar en su eficacia, pero ha de hacerlo en condiciones de equilibrio y equivalencia para ambas partes contratantes de derechos y obligaciones. Si al notariado se le exigen responsabilidades ha de estar dotado de herramientas.

No se puede responsabilizar al notario autorizante de una escritura que contenga cláusulas abusivas, si legalmente está obligado a

aceptar sin posibilidad de enmendar o corregir, la minuta presentada por una sola de las partes. Estamos ante un contrato de adhesión al que se ha querido dulcificar acompañándolo de ofertas vinculantes o revestimientos informativos previos que sólo encarecen y no sirven de nada, pues la libertad de contratación está, por definición, limitada. Además esa información la tiene que facilitar el notario y sin sobrecoste, todo lo demás son mistificaciones que sólo tratan de aparentar preocupación por la protección de unos derechos, los del consumidor, que en realidad no resultan protegidos.

Es obvio que el consumidor parte de una posición de inferioridad y que precisa un plus de protección e información que la entidad financiera no requiere, es por ello por lo que debería de crearse un órgano consultivo de consumidores financieros que tuviese entre sus cometidos el extender un visado, una especie de *nihil obstat* respecto de las minutillas que la entidades de crédito utilizan en todas sus operaciones financieras, sean o no hipotecarias. Esta precaución moralizaría el sector y evitaría, preventivamente, conflictividad, al menos en cuanto a la abusividad de ciertas cláusulas. Ese órgano consultivo debería de estar constituido por representantes del notariado, del cuerpo registral y del Consejo General de Consumidores. No se diga que tal órgano cercenaría la

libertad de contratación o la creatividad notarial, pues no creo que ambas estén en su mejor momento.

Mi opinión es, por tanto, favorable a la suspensión del procedimiento en el caso de existir cláusulas abusivas apreciadas por el notario.

e.- El notario ha de emitir una certificación con el precio del remate, deuda pendiente y reglas de imputación.

f. – Ha de tener en cuenta, en caso de tratarse de vivienda habitual, la nueva regulación contenida en la ley mencionada respecto a intereses de demora y prohibición del anatocismo.

NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES.

A ese respecto y a modo de cierre de este comentario he de referirme a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que declara la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esa Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, y que en particular, declara nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales los que han quedado definidos anteriormente.

Se trata, sin género de dudas, de una nulidad radical que implica, desde luego, y entre otras cosas, que no están sometidos a ningún plazo de impugnación (caducidad), ni cabe convalidación alguna de los mismos, por lo que en cualquier tiempo pueden solicitarse la misma por los interesados en ella. Conviene recordar a este respecto que la nulidad radical establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (que no por la Ley) se basa principalmente en la infracción de una norma imperativa, y el rigor legal de esta normativa ha sido claramente atenuado por la reciente S TS de 9 de mayo de 2013, en materia de cláusulas abusivas.

Probablemente, y como recuerda la propia jurisprudencia la distinción entre acuerdos nulos y anulables se debió a la influencia de la antigua Ley de Sociedades Anónimas que en sus artículos 115 y 116 distinguía entre acuerdos nulos subsanables (los contrarios a las leyes) y los acuerdos radicalmente nulos (contrarios al orden público), añadiendo que “cuando la Ley no lo dice expresamente, hay que ser prudentes a la hora de decretarla”. Así pues en este caso, dado el pronunciamiento expreso de la norma, es indudable la sanción de nulidad radical o inexistencia de la condición abusiva.

Dicha declaración habrá de ser formulada judicialmente. La ley señala que podrán interponerse, respectivamente, dos clases de acciones, las llamadas acciones de cesación y retractación.

La acción de cesación va dirigida a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a obligarle a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Dicha acción puede incluir la petición de que se determine o aclare, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

A dicha acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la dirigida a solicitar la devolución de las cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones cuya declaración de nulidad se solicita y la indemnización de los daños y perjuicios que hubiere causado, precisamente, la aplicación de dichas condiciones.

Por su parte la acción de retractación tiene por objeto obtener, mediante una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro, con lo que el alcance de la prohibición sería completo.

La ley regula así mismo la llamada acción declarativa que se dirige o tiene la finalidad de obtener mediante una sentencia el reconocimiento de que una cláusula tiene el carácter de condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda conforme a lo previsto en la ley,

que prevé la inscripción de las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que me he referido.

Creo que los argumentos a favor de la suspensión del procedimiento en el caso de existir cláusulas abusivas apreciadas por el notario, se ve claramente reforzada tras este pequeño análisis.

2.-Continuo con la regulación contenida en el Tres de la Ley 1/2013.

Doy así paso al siguiente apartado.

El mismo art. 3 de la repetida ley 1/2103 establece:

- Uno. Se añade un apartado 3 al artículo 21 que queda redactado del siguiente modo:

.....

3. En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar 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 ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución.»

Dos. Se añade un tercer párrafo al artículo 114 que queda redactado del siguiente modo:

«Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Si se lee con atención este precepto, parece que solo será aplicable a los préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual y que quedan fuera de su protección los que recaigan sobre ese tipo de vivienda pero no se han destinado a adquirirla. Creo que no, que es aplicable a todas las figuras conectadas con esa primera finalidad y que una interpretación en clave protectora de los deudores hipotecarios no puede dejar fuera las refinanciaciones, modificaciones, ampliaciones, etc.

La prohibición del anatocismo elimina un abuso frecuente consistente en que los intereses impagados generaban a su vez intereses. Hoy en esta sede de vivienda habitual no es posible, lo que supone así mismo un avance.

La referencia a las ejecuciones hipotecarias en las que no se han saldado las cantidades a reclamar (art. 579 LEC), al aplicar el interés legal del dinero, también benefician al deudor o consumidor.

En esta sede es donde podemos encontrar una de las disfunciones más perjudiciales para el deudor moroso o incumplidor. Consiste en que por aplicación de las cláusulas de vencimiento anticipado existentes en todas las escrituras de préstamo o crédito hipotecario, producido el impago de las cuotas establecidas, se devenguen intereses de demora por todo el capital prestado y no sólo por la parte de capital impagada. Es aquí, en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado dónde una legislación protectora de los derechos del consumidor hipotecario debería de equilibrar las posiciones, evitando dar lugar a devengos de intereses de demora injustos, aunque se hayan limitado en su porcentaje. Esta sigue siendo una de las disfunciones más graves e injustas y que no se acaba de abordar con decisión. Ello sin dejar de referirme a las causas que provocarían ese vencimiento anticipado de consecuencias tan brutales, algunas de difícil justificación y otras claramente abusivas.