

# Procedimiento extrajudicial hipotecario (I): Consideraciones doctrinales

por

MARTA MOLINS GARCÍA-ATANCE  
*Notario*

y

GALO ALFONSO ORIA DE RUEDA ELÍA  
*Notario*

## SUMARIO

*PRIMERA:* LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE SU INCONSTITUCIONALIDAD.

*SEGUNDA:* SOBRE LA SUSTRACCIÓN DE JURISDICCIÓN.

*TERCERA:* SOBRE LA INADECUACIÓN SUSTANCIAL SUBJETIVA DE LA TRAMITACIÓN.

*CUARTA:* SOBRE LA INADECUACIÓN SUSTANCIAL OBJETIVA DE LA TRAMITACIÓN.

*QUINTA:* SOBRE LA SUJECIÓN A RESERVA DE LEY Y SOBRE EL NOTARIO COMPETENTE.

*SEXTA:* SOBRE LA INDEFENSIÓN AFECTANTE A PARTES Y TERCEROS.

*SÉPTIMA:* SOBRE LA IMPARCIALIDAD DEL ÓRGANO EJECUTANTE.

*OCTAVA:* SOBRE EL VERDADERO TRASFONDO DEL PROCEDIMIENTO.

*NOVENA:* SOBRE EL CONTROL DE OFICIO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN ABUSIVAS Y SU TOTAL AUSENCIA EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO.

*DÉCIMA:* SOBRE LA INSEGURIDAD JURÍDICA.

CONCLUSIÓN.

Nos referimos al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria regulado en los artículos 129 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 234 a 236 del Reglamento Hipotecario.

A un procedimiento, paralizado durante veinte años por su falta de ajuste a Derecho, que el legislador todavía no se ha decidido a abrogar y que difícilmente encajará en el ordenamiento jurídico de un Estado democrático de Derecho. Las sentencias recaídas que han anulado algunos procedimientos y escrituras que de ellos traen causa son testigos de lo afirmado, y los reiterados pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aún están pendientes de ser escuchados. Y como los intereses de los fuertes siempre, tarde o temprano pretenden abrirse camino a costa de la justicia y del derecho del párvido, es obligación de los juristas defender a estos últimos, y a la vez su honra. Por ello, en defensa de los valores irrenunciables para cualquier servidor del Derecho, es por lo que se formulan las presentes consideraciones que, sin reparos, sometemos a cualesquiera otras mejor fundadas en Derecho y más preocupadas de alcanzar el bien general.

#### ***PRIMERA: LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE SU INCONSTITUCIONALIDAD:***

Es jurisprudencia reiterada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que «...el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial resulta contrario a las exigencias y garantías previstas en los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 de la Constitución Española...», así lo apunta la sentencia del Tribunal Supremo de 25-5-2009, que constata que dicho pronunciamiento tiene rango de jurisprudencia reiterada, e invoca la sentencia de 4 de mayo de 1998, y las de 30 de enero y 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2007 y 14 de julio de 2008; constituyendo doctrina legal de dicho Tribunal. Los fundamentos materiales o de fondo que versan sobre la normativa reguladora preconstitucional son exacta e igualmente aplicables al precepto base postconstitucional, lo que muda es que se ha imposibilitado legislativamente la inaplicación directa y automática de dicho procedimiento extrajudicial por Jueces y Tribunales por derogación sobrevenida por la Constitución española. Dicho de otra forma, hay una restricción de legitimación y una restricción de pronunciamiento que afectan al antedicho procedimiento en beneficio de las entidades financieras; y ello con independencia de lo sostenido por el Tribunal Supremo y de su ajuste o no a nuestro Derecho.

## SEGUNDA: SOBRE LA SUSTRACCIÓN DE JURISDICCIÓN

El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria lesiona el principio de exclusividad e integridad de jurisdicción que reserva a los tribunales la facultad de aplicar y ejecutar las leyes, y que además sólo a estos corresponde el desarrollo de tales funciones (art. 117 de la Constitución). La sentencia de la antedicha Sala del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1998, lo declaró en los siguientes términos: «...Pero, además,... el Real Decreto de 27 de marzo de 1992, número 290/1992 ... confiesa el preámbulo, a las claras, que lo que se pretende “es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial”, finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato e item más, en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público. Tampoco puede sostenerse —como continúa diciendo el preámbulo de dicha disposición— que “..la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado”, pues este precedente de autoejecución se asemeja a la defensa privada justamente proscrita por la intervención de los Tribunales de justicia. Este “derecho privado” ... puede confundirse ... con la clásica y superada confusión entre el derecho material y la acción procesal, contemplada desde esta vertiente ejecutiva. Finalmente,... la ejecución ... es función atribuida, exclusivamente, a la jurisdicción...».

Nosotros debemos matizar que la llamada «voluntad de las partes» no es cosa distinta alguna de la propia y exclusiva voluntad de la parte acreedora, entidad financiera ordinariamente, que redacta y suministra a la Notaría e impone a la deudora su prerrredacción contractual del oportuno modelo-tipo hipotecario, vetando modificación alguna y primando un contenido dictado en su propio y exclusivo beneficio por medio del cual impone a la contraparte, la débil que solicita la financiación que precisa, el asentimiento y sometimiento al procedimiento de ejecución extrajudicial, elevado así a *conditio sine qua non* de la concesión u obtención del crédito; y esto es relevante porque así, contemplado en su realidad, demuestra que lo que hay no es un pacto libre, nada más lejos, sino una verdadera y encubierta renuncia, una abdicación de derechos y garantías exigida por la parte fuerte del contrato, la que facilita los fondos pecuniarios a la que carece de ellos y los precisa, resultando que, con independencia de su simulada articulación convencional, aquella renuncia a lo que se extiende es al derecho a un «proceso», la primera de las garantías y fundamento de todas las demás. Y por este perverso mecanismo se alcanza el ansiado objetivo de evitar a toda costa que la tramitación de la ejecución sea instruida ante un órgano, que en términos constitucionales, es independiente, inamovible, responsable y sometido únicamente al imperio de la Ley (art. 117 de la Constitución). Y esto

es esencial, porque algunos de estos rasgos, que definen con rango constitucional a Jueces y Magistrados, no son predicables de los notarios y, en absoluto, tutelados constitucionalmente.

### TERCERA: SOBRE LA INADECUACIÓN SUSTANCIAL SUBJETIVA DE LA TRAMITACIÓN

A) Sobre el control de legalidad: A consecuencia de las observaciones anteriores se deduce una inadecuación del procedimiento, por el sujeto-órgano que lo tramita, en relación con el respeto exigido al principio de legalidad. El control de legalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es irrenunciable en un Estado de Derecho. Y considérese que la ejecución afecta no sólo a las partes sino también a los terceros.

En primer lugar se debe declarar que el control notarial de legalidad de la tramitación del procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecario, materia sujeta a reserva de ley, no ha sido establecido; no lo ha dispuesto el artículo 129 reformado de la Ley Hipotecaria. Y en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2008, se pronunció sobre el control de legalidad por los notarios, ante la impugnación del artículo 145 del Reglamento Notarial en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 45/2007, disponiendo que: «...en lo que atañe al alcance del denominado control de legalidad, conviene señalar que tal terminología no se utiliza por la Ley del Notariado, omisión que no resulta irrelevante, en cuanto ... viene a referir una decisión notarial sobre la legalidad del acto o negocio jurídico con los correspondientes efectos... facultad que por propia naturaleza y en cuanto afecta a la determinación de la legalidad sustantiva del acto o negocio ... no puede ejercerse sino en cuanto venga reconocida por la Ley, en los términos o medida que la misma establezca y por el procedimiento y régimen de revisión de la decisión igualmente establecido en la Ley...». Continúa la sentencia recordando que «...en nuestro caso, aparte de lo ya expuesto sobre el control de legalidad en cuestión, falta una concreta habilitación legal que permita... la denegación de la autorización o intervención notarial como consecuencia del juicio de legalidad...».

Por otra parte, la sentencia declara paladinamente la permisión a que por ley se establezca dicho control de legalidad, pero lo cierto es que legislativamente no se ha dispuesto. Por otra parte la posibilidad de su establecimiento, no queda claro, si debiera remover algún obstáculo, sobre todo tras la integración operada por la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 55/1999, de los Cuerpos de Notarios y de Corredores de Comercio en el Cuerpo único de Notarios. Nótese que el Anexo IV al Reglamento Notarial (RD 30/07/1982) exigía, de entre otros sujetos a los corredores de comercio, la condición de hallarse en

posesión de la licenciatura jurídica correspondiente para poder ser acreditados como fedatarios electorales.

B) Sobre la carencia de jurisdicción: Además debe considerarse que el notario carece de jurisdicción y, por consecuencia, de cuantas facultades traen causa de aquella; lo que se extiende, entre otras a la de librar mandamientos, autoridad precisa para proveer al cumplimiento de los trámites esenciales del procedimiento y, en general, a las de ordenación del mismo; resultando el caso de que trámites esenciales oficiados por el notario, pueden no haber sido cumplimentados; o ejecutados, no haber sido devueltos al procedimiento debidamente diligenciados acreditando su práctica, trámites, de cuya efectiva realización dependa la suerte definitiva del aquél. Y si esto es así, ¿cómo podrá el notario fiscalizar la tramitación regular del proceso, garantía de su legalidad? Y que la fiscalización del procedimiento y la legalidad de su desenvolvimiento son presupuestos básicos y necesarios del mismo parece que no alberga dudas. Así en la STC de 21 de enero de 2008, que versa sobre un procedimiento de ejecución hipotecaria de los regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras reiterar el derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, con arreglo a las normas de competencia y procedimiento legalmente establecidas, se declara que: «...es al órgano judicial a quien, fiscalizando en este caso la actividad desplegada por el Registrador de la Propiedad, le corresponde ex artículo 24.1 CE velar por los derechos de defensa de las partes en el seno del proceso, en concreto, como ya hemos tenido ocasión de señalar, por una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico-procesal...».

C) Sobre el establecimiento de la relación jurídico-procesal: El procedimiento extrajudicial hipotecario se inicia mediante requerimiento de la parte ejecutante dirigido al notario (art. 236 «a» del RH), pero la relación jurídico-procesal, propiamente dicha, se establece, y el procedimiento de ejecución se inicia [art. 236 letra b) del RH], por una y con una decisión del notario, netamente procesal en su significado y plenamente jurisdiccional en sus efectos, la que adopta tras examinar el requerimiento y los documentos que lo acompañan, y por la que resuelve «haberse cumplido todos los requisitos» por la parte ejecutante. Esta resolución notarial, según el último precepto citado, es posterior a la formulación del requerimiento. Su plasmación documental no aparece regulada, pero conforme al Derecho Notarial cabría entender que es una diligencia extendida por el notario actuante encabezada con el consabido «POR MÍ Y ANTE MÍ»; y cuyo contenido solo puede ser, o la estimación de que «están cumplidos todos los requisitos», o su contraria, equivaliendo en ambos supuestos y respectivamente, ora al despacho de la ejecución, ora a su denegación. En el primero de los casos la diligencia nos parece opcional, porque si el notario no decide incorporarla expresamente al instrumento público se deducirá en forma tácita de la diligencia de petición de la correspondiente certificación registral,

trámite que por disposición reglamentaria procede una vez que el notario «estima cumplidos todos los requisitos». Pero en el último supuesto la diligencia, a nuestro juicio, deberá ser expresa, debiendo notificarse mediante remisión de copia de la misma a la requirente, para que proceda según conviniere a su derecho, y conteniendo los hechos y fundamentos de Derecho por los que se deniega la ejecución.

Lo que importa dejar en claro de lo expuesto son dos conclusiones: Primera, que la resolución notarial de admisión o denegación del despacho de ejecución es de una importancia trascendental, ¿cabrá en un momento posterior del procedimiento, y en qué forma, dar marcha atrás al mismo, si se advierte ulteriormente error o defecto sustancial en la apreciación de los títulos y documentos por los que se acordó el despacho de la ejecución? Y segundo: ¿Es que no estamos tratando en esta sede temas propios de actividad jurisdiccional?

#### **CUARTA: SOBRE LA INADECUACIÓN SUSTANCIAL OBJETIVA DE LA TRAMITACIÓN**

Una lectura atenta del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria pone de relieve su inadecuación material a los fines pretendidos porque no regula con precisión, mejor dicho, no regula la forma de proceder ante las incidencias que pueden surgir a lo largo de su tramitación, ni las subjetivas, causadas por las partes y los terceros, ni las objetivas, errores e incidencias en el procedimiento, las cuales, infinitud, y a buen seguro producidas, carecerán de cobertura legal y norma de procedimiento. Y ello, aún más grave, planteadas ante un órgano, el notario, que nunca ejerció jurisdicción. Tampoco hay previsión alguna de poder suspender trámites ante errores del órgano ejecutante o negligencias de terceros que afecten al procedimiento. Tampoco aparece regulada la posibilidad, diríamos que esencial, de declarar en un momento dado la nulidad de lo actuado. En fin, tampoco se prevé trámite a posibles intentos de personación o alegación en el procedimiento y, recurrir a la vía de hecho no parece solución plausible en un Estado de Derecho. Y he aquí la paradoja, a la verdad resulta que casi no podría ser de otra forma porque el notario no goza, ni ejerce, ni puede ejercer funciones jurisdiccionales, dado el principio de unidad de jurisdicción. Empero, forzoso es reconocer que esto no obstará a que partes y terceros, tengan o pretendan tener derecho a alegar lo que a sus legítimos intereses convenga, y no obsta a que tengan o pretendan tener derecho a que se diligencie ya su alegación, ya sus advertencias al órgano actuante, y aún incluso a que pretendan que se les facilite una resolución motivada a sus pretensiones. Lo contrario podría ser indefensión. Y el problema y el obstáculo vuelve a ser que esta tramitación —sujeta a reserva de Ley— carece de regulación suficiente. Y si esto es así, que lo es, entonces surge la cuestión: ¿Cómo se sustanciarán por el notario

los trámites que se planteen? Y, ¿Sobre quién recaerán las responsabilidades que se declaren judicial y oportunamente a su tiempo y sean derivadas del defecto esencial de regulación? Y no resulta ocioso considerar, en este punto, otra circunstancia propia de la naturaleza de la función jurisdiccional que la diferencia de la notarial: «*Jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*» (art. 1.7.º CC), que nos remite al régimen constitucional de sometimiento al imperio de la ley.

## **QUINTA: SOBRE LA SUJECCIÓN A RESERVA DE LEY Y SOBRE EL NOTARIO COMPETENTE**

### **SOBRE LA SUJECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO A LA RESERVA DE LEY**

La sentencia de 14 de julio de 2008, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declara cuestionado el procedimiento extrajudicial regulado preconstitucionalmente, lo que sigue: «*Pero resulta, además, que en el caso se conculca, por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el invocado artículo 9 de la Constitución Española, en relación con el artículo 117.3, por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la “reserva de ley” que esta disposición constitucional prevé para “las normas de competencia y procedimiento...”*». Y la STS de 20 de mayo de 2008 recuerda que la reserva de Ley «*...no impide la colaboración reglamentaria siempre que se trate de desarrollar y completar las previsiones legales y que no responda a una remisión general e incondicionada que suponga la deslegalización de la regulación, pues como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 112/2006, de 5 de abril, con referencia a la sentencia 83/1984, de 24 de julio, el principio de reserva de Ley “entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho...” suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal —por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril; F. 4 y 184/2003, de 23 de octubre F. 6, a)—», precisando que no se excluye «*que las Leyes “contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador”*» (STC 83/1984, de 23 de julio, F. 4, confirmado, por todos, en el F. 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre).*

## SOBRE EL NOTARIO COMPETENTE EN LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A propósito de la reserva de ley resulta de particular importancia para la suerte definitiva del procedimiento extrajudicial sumario y de los negocios que del mismo traigan causa, que el órgano actuante en la ejecución lo haya sustanciado siendo competente.

Respecto de la competencia para llevar a cabo la tramitación del procedimiento, el artículo 236 del Reglamento Hipotecario dispone que: «*La realización extrajudicial de la hipoteca se llevará a cabo ante el notario hábil para actuar en el lugar donde radique la finca hipotecada y, si hubiese más de uno, ante el que corresponda con arreglo a turno*».

La cuestión cobra particular relieve tras la modificación del Reglamento Notarial operada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero de 2007.

En relación a la competencia territorial del notario, el régimen legal es el siguiente: «*La jurisdicción notarial... se extiende exclusivamente al Distrito Notarial en que está demarcada la Notaría* (art. 3, apdo. 4 RN): «...*Los notarios podrán ejercer indistintamente dentro del partido judicial en que se halla su Notaría* (art. 8 LN)». «*Los notarios residentes en una misma localidad podrán ejercer su ministerio, indistintamente, dentro de su término municipal. También podrán ejercerlo en los términos municipales de los demás pueblos del mismo distrito notarial con arreglo al artículo 8 de la Ley en los que no exista notaría demarcada* (art. 117 RN)». «*Las Juntas Directivas determinarán las bases, manera o forma de llevar los turnos de documentos sujetos contemplados en los artículos anteriores, dando cuenta para la aprobación del sistema que implanten a la Dirección General* (art. 134 RN)».

Por consecuencia, en la mayoría de los casos habrá más de un notario hábil o competente para actuar en el lugar donde radique la finca hipotecada y, por tanto, la designación del hábil y competente para tramitar el procedimiento extrajudicial hipotecario habrá de proceder de la resolución que lo designe en aplicación regular del obligado turno competencial, legalmente establecido y debidamente aprobado.

En principio, la competencia para entender del procedimiento extrajudicial hipotecario debe apreciarse de oficio por el notario requerido al tiempo de formularse el requerimiento; y el resultado de esa apreciación, sobre todo cuando su designación proceda de la resolución adoptada por el órgano correspondiente en aplicación del turno, debiera resultar reflejada expresamente tanto en el acta que sustancie el procedimiento y sus vicisitudes, como en la escritura pública de venta forzosa que de ella traiga causa; y ello, por dos motivos determinantes a saber: primero: al efecto de evitar indefensiones del ejecutado y de los terceros; y segundo, porque es materia sujeta a calificación registral. Así, la calificación registral y la responsabilidad subsiguiente se extiende a la competencia del órgano, ya sea judicial, «*La calificación por los registradores de los documentos*

*expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal...»* (art. 100 RH); ya sea administrativo, «*La calificación registral de documentos administrativos se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano...»* (art. 99 RH). Y ésta, y no otra, es la razón de que el artículo 236 RH disponga en su apartado 2.<sup>º</sup> y, antes de afirmar en el 3.<sup>º</sup> que: «*La escritura será título bastante para la inscripción...»*, que «*...en la escritura se harán constar los trámites y diligencias esenciales...»*, y sin olvidar que la inscripción no convalida aquellos actos o contratos que pudieren ser nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH).

Nótese además, que el artículo 235.2 del RH, referente al procedimiento extrajudicial hipotecario dispone con carácter de derecho cogente que aquel «...se ajustará necesariamente a lo dispuesto en los artículos siguientes...», y siguiente al artículo 235 RH es el artículo 236 RH que regula la competencia del órgano actuante en la ejecución. Es decir, que en el procedimiento extrajudicial hipotecario la normativa, imperativa, excluye todo carácter dispositivo de las reglas de competencia (criterio que incluso es predicable de actos de jurisdicción voluntaria como el expediente de dominio (Resolución de la DGRN de 7-2-1995), esto es, no permite pacto de sumisión alguno, y su tramitación se excluye del arbitrio de la voluntad de las partes, y aún con mayor razón, a la voluntad unilateral del ejecutante; lo que en suma, encuentra su razón de ser en la garantía que supone para el deudor ejecutado y los terceros afectados, y constituyendo un presupuesto básico de la interdicción constitucional de la indefensión.

Por otra parte debe considerarse que el Reglamento Hipotecario no regula intervención alguna, ya de partes, ya de terceros, con relación a la eventual incompetencia del órgano actuante. Y que tampoco se contempla la posibilidad de una eventual nulidad de actuaciones derivada de la apreciación de oficio por el propio órgano actuante de su incompetencia, entiéndase, apreciada ulteriormente a la petición de la certificación registral correspondiente.

## **SEXTA: SOBRE LA INDEFENSIÓN AFECTANTE A PARTES Y TERCEROS**

La Constitución y la doctrina legal que paulatinamente la desarrolla han definido la interdicción de la indefensión como una garantía esencial propia de un Estado democrático de Derecho.

El derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, proclamado en el artículo 24 de la Constitución, se configura ontológicamente por la concurrencia de una serie de elementos integrantes: Subjetivamente, es extensivo a todas las personas, como literalmente prescribe dicho precepto, lo que significa que no admite discriminación ni limitación subjetiva; temporalmente, el derecho constitucional a la defensa debe hallarse vigente en todo momento y

tiempo, «...*El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión...*» (STC 18-5-1993); y objetivamente, la interdicción constitucional de la indefensión se extiende a todas las instancias y fases: «“...la posibilidad de indefensión puede apreciarse en cada instancia”, pues en cada una de ellas ha de preservarse el derecho constitucional a la defensa [SSTC 28/1981, 84/1986 y 102/1987, entre otras]...» (STC 19-10-1992).

Nosotros no denunciamos en esta sede que la indefensión que ocasiona el procedimiento extrajudicial sumario derive de la ausencia de contradicción procesal (STC 18-12-1981; STC 17-5-1985; STC 24-1-994); ni negamos que quiera acudir al consabido declarativo posterior, aunque su suficiencia en ciertos ha sido contradicha (STC 9-5-1995); ver no obstante STC 2-10-1997).

Aquí no hablamos de serias restricciones a la defensa de los derechos e intereses de partes y terceros. No. Aquí lo que se ventila es todavía más trascendente, la auténtica y verdadera indefensión, la que se manifiesta allí donde se priva al ciudadano del derecho más básico y esencial, el de acceder a un proceso ordenado bajo la jurisdicción de un juez o tribunal y con todas las garantías. Porque esta es la cuestión. Y no se diga que queda la posibilidad de acudir a un proceso declarativo ulterior, porque no es posible. Y no lo es, sencillamente porque no hubo proceso anterior. Porque hubo sustracción de jurisdicción. Y esto es capital. La STC 2-4-1992, en un recurso de amparo en el que se debate acerca de la indefensión sufrida por la recurrente por su falta de intervención en el proceso de fijación por la entidad del saldo deudor resultante, el Tribunal resuelve con una negativa afirmada SOBRE LA BASE DE QUE HUBO PROCESO: «...el párrafo 4.<sup>º</sup> del artículo 1435 de la LEC... la norma cuestionada ...no priva al deudor de un proceso con todas las garantías ni lo sume en indefensión».

Y es que el derecho a la tutela judicial efectiva presupone, como *quid* previo de su existencia, el derecho al proceso, y sólo en él existe; así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: «...A cuyo fin ha de recordarse que este Tribunal ha declarado ... Y dicho reiteradamente que el artículo 24.2 CE, al reconocer los derechos a un proceso con todas las garantías...» (STC 3-4-1995). «...Y como reiteradamente ha declarado este Tribunal, por constituir una manifestación de un principio esencial de todo proceso, “la posibilidad de indefensión puede apreciarse...”» (STC 19-10-1992); «...el artículo 24 de la CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse...» (STC 18-5-1993); las citadas lo son de entre muchas.

Visto lo anterior podemos concluir que la supresión del proceso, en aquella materia en que por su naturaleza está sujeta al mismo, determina ya la indefensión. Desjurisdiccionar legislativamente una materia bajo jurisdicción es defraudar el derecho a la tutela judicial efectiva y cercenar el derecho constituci-

cional a la defensa. Y esto también lo ha declarado el Tribunal Constitucional, así en la STC de 4 de abril de 1984 declaró: «...En el artículo 24 de nuestra Constitución ... La interdicción de la indefensión, que el precepto establece, constituye prima facie una especie de cláusula o fórmula de cierre. “Sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”, ...la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa, que, si se produce por vía legislativa sobrepasa el límite del contenido esencial prevenido en el artículo 53...».

Algunos, al resguardo del pacto que remite al procedimiento extrajudicial hipotecario incorporado en las condiciones generales de los modelo-tipo de contrato que prerrredactan las entidades financieras, pretenden que la actuación de ejecución del notario no es jurisdiccional sino puro desenvolvimiento contractual. Pero esta afirmación no se sostiene. Primero, porque desconoce nuestra doctrina de las obligaciones: el contrato recibe su enjundia del consentimiento contractual sobre la cosa y la causa del mismo (art. 1261 CC), y desde entonces obliga, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC). Pero aquí nadie habla de cumplimiento de contrato, nadie sostiene que se hayan satisfecho las prestaciones correspondientes, sino que de lo que se trata es de incumplimiento, de sujeción a sus consecuencias y de responsabilidad. No parece razonable defender, según resulta de la verdadera naturaleza del mal calificado «pacto de venta extrajudicial», que cuando el deudor sujeta directa y especialmente unos bienes a la seguridad de una obligación, haya pensado, querido, y en lo que a nosotros importa, incorporado a la causa del contrato, su venta posterior a la entidad financiera acreedora. Y lo mismo cabe decir en cuanto a esta última.

Ante el incumplimiento de la deudora, el mecanismo típico de los contratos crediticios hipotecarios bancarios responde al siguiente esquema: Primero: una de las partes contratantes, la entidad financiera, manifiesta que se ha producido el incumplimiento de la otra parte. Segundo: la dicha parte, por sí sola, valora y enjuicia la trascendencia resolutoria del incumplimiento de la deudora, y manifiesta la resolución del contrato (nótese que los negocios crediticios no son sólo el préstamo simple, contrato real perfeccionado por la entrega, sino que los hay de crédito, o con reducciones temporales de límites, u obligacionales con entregas sucesivas de dinero por la prestamista... Y esto tiene su importancia en relación con el mecanismo resolutorio y los efectos de la resolución en la deudora). Tercero: dicho enjuiciamiento y manifestación, procedente de una sola de las partes, inicia el procedimiento que da lugar al de ejecución. Y Cuarto:... Aquí hemos llegado al segundo argumento por el que decíamos que aquella afirmación no se sosténía. Y cuarto: se despacha ejecución. La Resolución de la DGRN de 7-2-1995 determina la causa de la ejecución extrajudicial de hipoteca, «realización del valor de la finca hipotecada mediante su enaje-

nación»; y se refiere a las fincas hipotecadas como «*aquellas que son objeto de la enajenación forzosa*».

Porque lo cierto es que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria no tiene naturaleza contractual, ni su desenvolvimiento depende en absoluto de las manifestaciones de las partes. Su regulación es imperativa. Por eso el artículo 235 del RH ordena: «...la ejecución extrajudicial se ajustará necesariamente a lo dispuesto en los artículos siguientes». Aquí no cabe la autonomía de la voluntad, y no cabe porque su verdadera naturaleza no es la de un consentimiento contractual (negocio jurídico), sino la de una mera manifestación de voluntad (acto jurídico), esto es, una de aquellas manifestaciones que prestadas producen únicamente los efectos que las leyes determinan. Una vez aclarado el concepto sigamos con el despacho de la ejecución. Entendemos que no cabe sostener que el inicio de la ejecución, que deriva del incumplimiento del contrato, es actividad de desenvolvimiento contractual. Como veremos más abajo, el notario, en una decisión jurisdiccional en la que no tiene cabida la autonomía de la voluntad de las partes, decide iniciar la ejecución por haberse cumplido los requisitos procesales y materiales legalmente exigidos. En palabras del Tribunal Constitucional: «...La “denegación de la ejecución” puede ocurrir en dos momentos distintos: En fase de admisión y en fase de sentencia (arts. 1440 y 1473, respectivamente). En el primer caso, sin dar audiencia al demandado y tras examinar la demanda, el título ejecutivo y los documentos presentados con ella, el juez denegará la ejecución in limine litis. ...Pues así como el despacho o la denegación de la ejecución (ex art. 1440) habrán de ser adoptados “sin prestar nunca audiencia al demandado...”» (STC 14/1992 de 10 de febrero).

Y en el presente punto es oportuno decir, con referencia a la eventual indefensión del ejecutado, que si el procedimiento extrajudicial de hipoteca, de derecho imperativo, está sustraído a la voluntad contractual de las partes contratantes, aún más debe estarlo al arbitrio del acreedor ejecutante, al que no debería admitirse modalización o petición procedural alguna no prescrita en el procedimiento, el cual debe respetarse escrupulosamente. Recuérdese el respeto debido a la igualdad de armas; doctrina predicada en la doctrina constitucional como una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (STC de 18 de mayo de 1993, entre muchas).

## SÉPTIMA: SOBRE LA IMPARCIALIDAD DEL ÓRGANO EJECUTANTE

Una de las garantías que envuelven la actividad judicial es la de su independencia (art. 117 de la CE), y conexa a ella la de su imparcialidad. Según la doctrina constitucional la imparcialidad exige «*no ser “juez y parte” ni “juez de la propia causa”*» (STC 155/2002, de 22 de julio); o siendo la primera de las garantías básicas del proceso «*ser tercero entre partes*» (STC 140/2004, de 13

de septiembre). Lo afirmado en la primera de dichas sentencias supone, según la misma: «...dos reglas: “según la primera, el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte...”, lo que vedaría la admisión en el requerimiento de inicio del procedimiento de toda petición de la parte ejecutante que desviara la actuación notarial de observar escrupulosa y estrictamente el procedimiento prescrito; y prosigue», “...por la segunda, el juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra”», lo que implicaría la necesidad de un estatuto legal personal del notario que diera satisfacción completa a dicho requisito, y a la par una normativa y unos procedimientos legales eficaces que determinaran que la elección de notario en el tráfico crediticio no quedara comprometida o dependiera de la conducta de aquel y la correlativa de los grandes acreedores. El grado de eficacia de los preceptos que regulan y protegen el derecho de elección de notario por los consumidores es conocido. A su vez, lo afirmado en la segunda de las sentencias referidas se cumple, según sus términos, al «permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio». Pero la concurrencia de la imparcialidad en el notario ejecutante puede ser cuestionada tanto por las partes como por los terceros afectados por el procedimiento. Y ya hemos puesto de relieve que las garantías constitucionales que acompañan al juez no son igualmente predicables del notario. Y además, en términos generales podríamos decir que nos encontramos ante una situación legal de la que resulta que los mismos funcionarios que han autorizado los títulos por los cuales se ha de despachar la ejecución son precisamente los encargados de enjuiciarlos y de despacharla, títulos de cuyo buen fin el notario es personalmente responsable, «...El notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable...» (art. 146 del RN).

#### OCTAVA: SOBRE EL VERDADERO TRASFONDO DEL PROCEDIMIENTO

Hablar de expresiones como haberse «*pactado la venta extrajudicial del bien hipotecado*» o de que se haya «*estipulado la sujeción de los otorgantes a este procedimiento*», ambas propias de la normativa hipotecaria y aplicadas al procedimiento extrajudicial hipotecario supone simplificar la verdadera naturaleza del mismo, que es más compleja. Porque lo cierto es que el indicado pacto no es otra cosa que una previsión más, de entre todas las que unilateralmente ha predisputado una de las partes contratantes, la prestamista, en un contrato prerrredactado por ella y posteriormente facilitado a la Notaría al objeto de ser trasladado a la correspondiente escritura pública. De todos es sabido y debe hacerse constar expresamente en las escrituras, que los clausulados de los prés-

tamos o créditos hipotecarios que conceden los grandes acreedores proceden de una minuta, la cual se integra exclusivamente por las disposiciones y manifestaciones previstas por ellos mismos para ambas partes, y que han redactado, quizás, desde una única perspectiva, la de su propia utilidad e interés. Y es esta génesis de desequilibrio contractual la que permite el acercamiento a la naturaleza verdadera de dicho pacto. Sucede que el eventual prestatario o acreditado, si quiere acceder a la financiación que precisa, no le queda otra opción que adherirse al pacto de sujeción a la ejecución extrajudicial hipotecaria. En suma, nos hallamos ante un contrato de adhesión en el que se somete a la contraparte más débil y necesitada de protección a unas determinadas condiciones generales de contratación, las cuales, caso de ser nulas, no quedarían subsanadas por la aceptación del deudor (STS 103/2010 de 17 de marzo).

#### **NOVENA: SOBRE EL CONTROL DE OFICIO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN ABUSIVAS Y SU TOTAL AUSENCIA EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO**

La presente cuestión reviste gran importancia, porque el procedimiento extrajudicial hipotecario al no estar sometido a la fiscalización del órgano jurisdiccional evade el control judicial de oficio sobre las cláusulas abusivas de las condiciones generales de contratación.

El desarrollo de esta consideración debe partir del conocimiento de unas premisas previas:

#### **SOBRE LA DIRECTIVA COMUNITARIA 93/13/CEE**

La Directiva Comunitaria 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (DOCE L O 95, 21-4-1993) sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con fecha de entrada en vigor 11-5-1993 y plazo límite de transposición en los Estados miembros 31-12-1994 tras señalar: «...*la importancia de proteger a los consumidores contra las cláusulas contractuales abusivas; que ... los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder ... del prestador ..., en especial contra los contratos de adhesión...*» y considerar que «...*las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual..*», y que «...*es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales... que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, ...necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses*

*en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes...», y que «...los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores...»; dispone en su artículo 3 que: «1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión... El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba...». Y consecuentemente con la necesaria protección de los consumidores los artículos sexto, séptimo, octavo y décimo disponen, en lo que aquí interesa: «...Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas; ... velarán por que, en interés de los consumidores... existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos... Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas...».*

#### **SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA DIRECTIVA**

La precedente Directiva ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la siguiente forma:

*«El Tribunal de Justicia declaró ... que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear, por sí mismos, el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula... es menester garantizar al juez nacional la mencionada facultad... (lo contrario) ...excluiría la posibilidad de que el juez nacional apreciara de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en el marco del examen de la admisibilidad de la demanda de la que conoce y sin petición expresa del consumidor con tal fin... que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional “no vincularán al consumidor”. El Tribunal de Justicia puso de relieve que se trata de una disposición imperativa que, habida cuenta de la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos*

*y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas...» (TJCE 4-6-2009).*

*«En cuanto a la cuestión de si un Tribunal, al que se haya sometido un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de dicho contrato, es preciso recordar que el sistema de protección establecido por la Directiva... es preciso considerar que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva (LCEur 1993/1071) —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7... De cuanto antecede se desprende que la protección que la Directiva (LCEur 1993/1071) otorga a los consumidores implica que el juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales...» (TJCE 27-6-2000).*

*«...En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible. 43. En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva (LCEur 1993/1071), contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta...» (TJCE 3-6-2010).*

*«...Así, en el marco de las funciones que le incumben en virtud de la Directiva (LCEur 1993/1071), el juez nacional debe comprobar, inicialmente, si una cláusula de un contrato que es objeto del litigio del que conoce está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva. En caso afirmativo, el juez nacional debe apreciar dicha cláusula, si fuera necesario de oficio, teniendo en cuenta las exigencias de protección del consumidor previstas en las disposiciones de la referida Directiva...» (TJUE 9-11-2000).*

## SOBRE LA REGULACIÓN NACIONAL

La Ley 7/1998, de 13 de abril, reguladora de las condiciones generales de la contratación, en su artículo octavo sanciona la nulidad de pleno derecho de aquellas que «*contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva... 2. En particular las ...abusivas...»*; y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en su artículo 82 declara abusivas «*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente ... que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*, siendo, prosigue el apartado 4.<sup>º</sup> de dicho precepto: «*...en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: ...b) Limiten los derechos del consumidor y usuario...»*; y en lo que aquí interesa dispone el artículo 86: «*...En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:... 7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario»*. Y respecto de la actuación del órgano jurisdiccional, el artículo 83 del TRLCU, de 16 de noviembre, dispone que: «*...Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato...»*.

Y al respecto se pronuncia el Tribunal Supremo en la STS número 401/2010, de 1 de julio: «*Más aún, ante la incapacidad del mercado para expulsar con carácter definitivo cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores, el TJUE declaró la posibilidad de control de oficio, sin necesidad siquiera de denuncia de parte... razona que: El objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros ...Es preciso considerar que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas... La protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a estos implica que el juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo*

*de una cláusula del contrato que le haya sido sometido... 71. A su vez en la sentencia de 4 de junio de 2009 ... no solo permite, sino que impone el examen de oficio de la abusividad: así pues, el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial».*

Pues bien, visto lo expuesto resulta que en nuestro Derecho nacional, en materia de cláusulas abusivas, la normativa remite, además de al juez, a unos funcionarios, notario y registrador, y los presenta como garantes del cumplimiento de la Directiva 93/13/CEE y de la protección de consumidores y usuarios. Pero, ¿es esto cierto?

Para comenzar analicemos el carácter de su función. Y para ello nada más a propósito que acudir a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En la Resolución de 24-7-2008 que versaba sobre calificación registral de un título presentado al Registro el día 28-3-2008, una escritura de préstamo hipotecario a favor de una Caja de Ahorros, la Dirección fundamentó que: «...*Y es que, respecto del ámbito de la función calificadora del registrador, dicho precepto legal concuerda con el criterio formulado por los artículos 83 y 84 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (de los cuales resulta, respectivamente, que se atribuye al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas; y se establece que los Registradores de la Propiedad no inscribirán aquellas cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales), 9, 22 y 23 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, y 258.2 de la propia Ley Hipotecaria. Por otra parte, según el criterio reiterado por este Centro Directivo, el enjuiciamiento de la validez o nulidad de tal tipo de cláusulas se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes (cfr., por todas, la Resolución de 19 de abril de 2006)... Y es que, de nuevo, debe afirmarse que el registrador, en su condición de funcionario público (art. 274 de la LH) no sólo no participa de naturaleza jurisdiccional alguna —lo que resulta obvio—, sino que además, y por ser funcionario público, le es de aplicación una norma básica de actuación de cualquier Administración Pública, esto es, que cualquier funcionario público debe limitar su actuación a la competencia conferida... de modo que aquel acto que proviene de funcionario material u objetivamente incompetente es, sin más, nulo de pleno derecho...».*

En la Resolución de 6-3-2008 que versaba sobre calificación registral de 16-6-2007 a una escritura de préstamo hipotecario a favor de otra Caja de Ahorros la Dirección declara que «...*Se sigue así el criterio de diferenciar las cláusulas ... que son las que debe calificar el registrador, y las restantes cláusulas que no ... manteniendo el criterio formulado por las leyes para la defensa de los consumidores y usuarios, sobre condiciones generales de contratación, y la propia Ley Hipotecaria. Por otra parte, esa ha sido la doctrina mantenida por este Centro Directivo, en orden a que el enjuiciamiento de la validez o nulidad de tal tipo de cláusulas se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes (cfr., por todas, la Resolución de 19 de abril de 2006)... Por tanto, para los supuestos de calificación registral que haya de realizarse una vez entrada en vigor la nueva norma, deberá el registrador proceder no a la inscripción de tales cláusulas, sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resulten del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna respecto de aquéllas...*».

También creemos procedente en el asunto que nos ocupa traer a colación la Resolución de 28-9-2005, que fundamenta: «...*El carácter vinculante de las resoluciones de este Centro Directivo encuentra su fundamento en tres razones esenciales: primera, el carácter de funcionario público a todos los efectos del registrador; segunda, su posición de subordinación jerárquica a esta Dirección General cuando ejerce su función pública...*». Estas últimas resoluciones aclaran, respecto de los funcionarios antedichos, su función y las condiciones de ejercicio de la misma. Nótese que tienen poco en común con las de los órganos judiciales.

A otros efectos, sin embargo, la posición de la Dirección General ha mudado, así en la reciente Resolución de 4-11-2010 declara que: «...*los objetivos perseguidos con la redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria tras la reforma introducida por la Ley 41/2007 deben ser ponderados, en primer lugar, con los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que dentro de su ámbito material de aplicación, desarrolla ... el control de legalidad de notarios y registradores al señalar que ... los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente ... Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción ... cuando no cumplan la legalidad vigente... En segundo lugar, no es posible ignorar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en materia de protección de consumidores y... la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas ... necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de*

*los Estados miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto notarios como registradores...».*

Considerando todo lo expuesto, resulta que de la Directiva 93/13/CEE y de su interpretación jurisprudencial, podemos deducir las notas que definen los elementos precisos para su debida cumplimentación en la protección de consumidores y usuarios, y que son los siguientes: Uno: que es el órgano jurisdiccional al que compete controlar las cláusulas abusivas de las condiciones generales de contratación. Dos: que debe garantizársele legislativamente la actuación de oficio en el antedicho control. Tres: que la calificación por el órgano jurisdicente del carácter abusivo de una cláusula se producirá al tiempo de la admisión de la demanda sometida a su conocimiento. Cuatro: que el resultado de dicho control de oficio será que la cláusula abusiva no vinculará al consumidor, es decir, que carecerá de fuerza obligatoria. Cinco: que el control jurisdiccional sobre el carácter abusivo de las cláusulas ha de ser completo (TJCE 3-6-2010). Y seis: que la cláusula abusiva será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta, es decir el juez la inaplicará o la inaplicará integrando el contrato.

Sucede que en nuestro ordenamiento nacional también se atribuyen competencias a notarios y registradores respecto de las cláusulas abusivas. Lo que en principio, además de legal resulta loable, pues la propia Directiva en su artículo 8 dispone que los Estados miembros «podrán adoptar o mantener... disposiciones más estrictas con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección». La cuestión surge cuando por la concurrencia descoordinada de ambas fiscalizaciones, la judicial y la notarial-registral, resulte que el control mínimo exigido por la Directiva Comunitaria se frustre. Dicho de otro modo; porque habiendo disposiciones más estrictas dentro del derecho nacional, sin embargo, el control sea menor, incluso deficiente, llegando a suponer una carencia de control eficaz para los consumidores.

Y todo esto tiene mucho que ver con el procedimiento extrajudicial hipotecario. La cosa es fácil de entender. El pacto de ejecución extrajudicial, en su significado y función última de cláusula de adhesión, pese a los reiterados y fundados pronunciamientos jurisprudenciales contrarios a dicho procedimiento, lleva muchos años —todos diríamos— incorporándose a las escrituras de crédito y préstamo hipotecario, en previsión de una eventual remoción de los obstáculos constitucionales y legales que han impedido su desenvolvimiento. De suerte, que en el mismo momento en que dicho procedimiento supere el freno jurisdiccional estará en condiciones de usarse masivamente por las entidades financieras. Y este es el problema. Porque si una ejecución se insta en un proceso, el órgano judicial, en el marco de la admisibilidad de la demanda, controla de oficio la abusividad de la cláusula y actúa inaplicándola (TJCE 4-6-2009). Pero si se aparta al juez de la ejecución, mediante el subterfugio de las entidades financieras de acudir al procedimiento ejecutivo extrajudicial, entonces, el antedicho control queda excluido y la Directiva Comunitaria soslayada. Porque de este

modo, el juez, ni intervino en la formación o verificación del título ejecutivo, ni tampoco en el enjuiciamiento del mismo en el despacho de la ejecución que aquel propició, o sea, que dicho lisa y llanamente, no intervino nunca; y por consecuencia, el control y las funciones que le asigna la Directiva Comunitaria serán poco menos que ilusorias. Y es claro que el deudor ejecutado, por lo común, no se va a encontrar en condiciones de promover un declarativo ordinario para defender sus derechos respecto del perjuicio efectivo que le hubieran supuesto las cláusulas de que tratamos. Pero aunque no fuera así, la Directiva, en su interpretación jurisprudencial veta aquel resultado de falta de control judicial eficaz previo, porque como la misma indica: «...el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual...».

Y, así expuestas las cosas, es preciso preguntarse sobre si el preterido control judicial puede ser sustituido en igualdad de condiciones por el desarrollado por notarios y registradores. Y ya anticipamos que la cosa no parece defendible. Y no lo parece por la diferencia esencial que se da entre la función jurisdiccional, de una parte, y la notarial y la registral, de otra.

Consideremos las razones:

Uno: Porque no es lo mismo tener competencia universal para poder apreciar la abusividad de una cláusula predisposta por cualquier prestamista, y apreciada inaplicarla, como la tiene el juez (art. 83 el RDL 1/2007-TJCE 3-6-2010) que tener una competencia superrestringida como acaece con los notarios y los registradores. Expliquémoslo. Vista la STS 20-5-2008, de sus fundamentos resulta palmario que el control de legalidad que ejercen los notarios, al no estar reconocido en la Ley del Notariado, o atribuido expresa y específicamente por una ley, con carácter general no existe como tal, y por tanto, del propio modo no es posible la denegación de prestación de su función, considerados los derechos de los ciudadanos a que afectaría. Además dicha sentencia dispone la anulación del artículo 145 del RN en su nueva redacción, que regulaba el correspondiente recurso frente a tal denegación, el antiguo de queja. También la STS 20-5-2008 disponía la necesidad de regular los recursos a las denegaciones de funciones notariales, y siendo esto así, nos encontramos con que la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, ajustándose a lo expuesto, regula en su artículo 18 la denegación notarial de prestación de función y el correspondiente recurso ante la DGRN conforme a la legislación específica. La cuestión es que esta ley, su ámbito de aplicación, como dice el Centro Directivo y la propia norma, excluye a las entidades financieras, esto es, a los grandes acreedores. A ellos no les es aplicable. A ellos se les aplicará el Real Decreto Legislativo 1/2007,

y en este ya no se atribuye el control de legalidad a los notarios, ni los efectos de la falta de obligatoriedad de las cláusulas abusivas, porque aquí se limita la denegación de autorización (o inscripción, caso del registrador) tan solo a aquellos «...contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». Tampoco se regula el recurso a la denegación. Todo se limita a la obligación de información prevista en el artículo 81 del Real Decreto-ley 1/2007.

Dos: Porque no es lo mismo calificar la abusividad de una cláusula conforme al sistema de fuentes del Derecho, en una actividad jurídica plena, como le corresponde al juez, que hacerlo extraordinariamente constreñido, de tal guisa que resulte muy difícil hablar de calificación jurídica, así la Resolución de la DGRN, de 4 de noviembre de 2010, declara que: «...En definitiva, sólo una interpretación ... coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores ... y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del registrador respecto de las cláusulas... Y el resultado ... impide asumir la exclusión absoluta de la calificación ... aunque sí una modalización en cuanto a su extensión. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas ... en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto... la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos ... sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo... sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial».

Tres: Por la naturaleza del control: no es lo mismo la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula en sede jurisdiccional que en el ámbito de un despacho notarial o de una oficina de Registro. Las funciones judiciales y las notariales, y sus condiciones de ejercicio son esencialmente distintas. Tampoco ayuda mucho a la eficacia del mecanismo la carga impuesta al notario que deniegue la autorización, dentro del ámbito de la Ley 2/2009, de redactar «un escrito», construido con hechos y fundamentos de Derecho, y que al final pueda llegar a colocar al notario en situación de recurrente frente al criterio sostenido por la entidad financiera y el órgano administrativo. No parece que sea esta la solución que persiga la Directiva Comunitaria. Mas acorde a la Directiva

Comunitaria sería que la negativa del notario, debidamente fundada, pasara en recurso al control de la autoridad judicial donde, de ser el caso, fuera la entidad financiera la recurrente y sin necesidad de actuación notarial ulterior.

Cuarto: Tampoco son lo mismo las condiciones en que la abusividad de una cláusula puede ser apreciada por un órgano, como el judicial, cuya independencia se haya tutelada constitucionalmente, que aquellas con que lo puedan hacer otros órganos que carecen de la referida garantía.

Pues bien, demostrada la sustancial diferencia de posibilidades de control de las cláusulas abusivas entre unos órganos y otros, la conclusión es clara. Conforme a la Directiva Comunitaria 93/13/CEE, aquellos mecanismos que permitieran eludir a los grandes acreedores el control básico que corresponde a los jueces, incumplirían la misma y frustrarían los fines pretendidos.

## **Y DÉCIMA: SOBRE LA INSEGURIDAD JURÍDICA**

*La seguridad jurídica, garantizada por la Constitución y presupuesto del Estado de Derecho, puede resultar seriamente amenazada por el procedimiento extrajudicial hipotecario. Los reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, y de otros órganos judiciales, y de muchos profesionales del Derecho, aunque no constituyan un pronunciamiento con eficacia erga omnes propio del Tribunal Constitucional, no por ello dejan de ser dignos de ser atendidos o carecen de valor alguno, y además, caso de ser acogido aquél, lo inverosímil sería lo contrario, confirmarían la opinión absolutamente mayoritaria, tanto a nuestro parecer como al de los órganos con jurisdicción, de que el procedimiento extrajudicial hipotecario no es ajustado a Derecho. Y eso tendría efectos serios sobre la seguridad jurídica al haber propiciado titularidades reales claudicantes.*

## **CONCLUSIÓN**

*Por todo lo expuesto, a nuestro juicio, y con el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el AUTO por el que confirmaba la nota de calificación del Registrador de la Propiedad (Resolución de la DGRN, de 13-2-2004) podemos afirmar que «...el principio de exclusividad e integridad de la jurisdicción, que reserva a los tribunales la facultad de aplicar y ejecutar las leyes, y además sólo a estos corresponde el desarrollo de tales funciones (art. 117 de la Constitución), y no cabe, al socaire de un pretendido principio de autonomía de la voluntad, por pactos privados, cercenar o restringir estas funciones constitucionales del Poder Judicial, lo que ocurriría al atribuir la ejecución del contrato de hipoteca a la institución notarial, ajena en su esen-*

*cia a tales menesteres; y no cabe porque son normas imperativas de primer orden, de aquellas que forman el núcleo duro de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos».*

#### RESUMEN

#### HIPOTECA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

*Los autores defienden que el procedimiento de ejecución hipotecaria ante notario no se ajusta a la Constitución ni a las Directivas de la Unión Europea sobre cláusulas abusivas y es contrario al sistema de seguridad jurídica preventiva al reducir el control de legalidad y la calificación del registrador. Por otra parte defienden que en caso de cesión del crédito hipotecario, la ejecución solo pueda instarse por parte del cessionario del crédito que tenga inscrito su derecho de hipoteca, de manera que sin inscribir la cesión no pueda expedirse certificación de cargas.*

#### ABSTRACT

#### MORTGAGE FORECLOSURE PROCEEDING

*The authors argue foreclosure proceedings that before a notary does not conform to the Constitution and to the European Union Directives, are unfair and contrary to preventive legal security system, so they reduce the power of review by the land registrar. On the other hand argue that in case of assignment of mortgage credit, the execution can only encouraged by the assignee of having registered their right mortgage, so that the transfer unregistered certification can not be issued.*

*(Trabajo recibido el 31-7-2012 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)*