

Procedimiento extrajudicial hipotecario (II): De sus consecuencias y del lanzamiento

por

MARTA MOLINS GARCÍA-ATANCE

Notario

y

GALO ALFONSO ORIA DE RUEDA ELÍA

Notario

SUMARIO

DE LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO.

DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCEDIMIENTO, DE SU MODALIZACIÓN AL ARBITRIO DEL ACREEDOR Y DE LA FALTA DE JURISDICCIÓN.

DE LOS REQUISITOS A OBSERVAR POR EL ACREEDOR EN EL REQUERIMIENTO Y DE SU TRASCENDENCIA.

DE LA NECESIDAD PARA PROCEDER DEL TÍTULO EJECUTIVO.

DE CUÁL SEA EL TÍTULO EJECUTIVO HÁBIL PARA PROCEDER.

DE LA DEUDA AMPARADA POR EL TÍTULO EJECUTIVO.

SOBRE EL CUESTIONAMIENTO DE UNA CONDICIÓN GENERAL PRERREDACTADA POR LAS ENTIDADES FINANCIERAS REFERENTE AL TÍTULO EJECUTIVO.

SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO AL TIEMPO DEL LANZAMIENTO Y SOBRE LA CARENCIA DE TÍTULO QUE LEGITIME ESTE ÚLTIMO.

CONCLUSIÓN.

DE LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO

El presente artículo pretende dilucidar la verdadera naturaleza del procedimiento extrajudicial hipotecario, el referido en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria (LH) y desarrollado en los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario (RH). Y principiaremos por anunciar que, pese al título del apartado, la cuestión dista mucho de ser meramente doctrinal ya que, de una parte, de la naturaleza propia de aquel dependerán sus presupuestos y requisitos, sus consecuencias y cuales sean los institutos jurídicos llamados a suplir sus lagunas normativas, y de otra parte, de una tramitación que prescinda de cualesquiera presupuestos o requisitos esenciales del procedimiento se podrá derivar civilmente la nulidad del mismo y, en cadena, la de los negocios jurídicos que de él traigan causa, reacción civil que sólo se detendría ante un tercero hipotecario que cumpliera las exigencias del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y sin perjuicio de las demás consecuencias civiles que pudieran desprenderse.

Y para abordar la cuestión que nos ocupa nos parece óptimo hacerlo desde una doble perspectiva: positiva y negativa. La primera, para esclarecer qué sea dicho procedimiento, qué finalidad cumple o satisface a tenor de su específica regulación; y la segunda, para delimitarlo, excluyendo todo aquello en lo que el mismo no consista. Pues bien, semánticamente, el procedimiento extrajudicial hipotecario se revela como un verdadero proceso de ejecución, cuyos presupuestos y jalones procesales son los connaturales a uno de aquellos, si bien que adelantados al requerimiento de pago y apremio. Rasgos definidores:

Primero: Nos hallamos ante un procedimiento con finalidad ejecutiva y por tanto forzoso, como toda ejecución. En efecto, la ejecución que acoge el extrajudicial hipotecario, al igual que el proceso judicial correlativo, tiene su causa en un previo incumplimiento contractual, el de la prestación debida, aquella que se configuró en el correspondiente título declarativo. El procedimiento persigue, a través de la actuación de la responsabilidad, la satisfacción efectiva del interés del acreedor mediante el resultado de las actuaciones procesales precisas, del apremio. El hecho de que una concreta actividad ejecutiva se halle limitada objetivamente a bienes especialmente afectos por una hipoteca no modifica en nada la naturaleza del correspondiente procedimiento; como sucede con el judicial hipotecario.

Segundo: Porque las cosas, ontológicamente, sólo pueden ser lo que son. Basta un examen estructural y comparativo del proceso judicial hipotecario con el correlativo extrajudicial para llegar a esta conclusión. Preguntémonos: ¿Qué es lo que se reclama por igual en ambos procedimientos por el acreedor ejecutante? Tanto en la demanda ejecutiva, como en el requerimiento dirigido al notario, lo que reclama el actor es la satisfacción de su crédito, esto es, ya «la cantidad

*exacta objeto de reclamación en el momento del requerimiento, especificando el importe de cada uno de los conceptos» [art. 236.a) RH] o ya, «la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada con la que se prevea para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de ésta» (art. 575 de la LEC) ¿Ante quién se reclama? En ambos casos ante el órgano competente dispuesto por las leyes (arts. 236.1 del RH y 684 de la LEC). ¿En virtud de qué títulos se reclama? En virtud de título hábil para ejecutar y los documentos complementarios precisos [arts. 236.a) del RH y 572, 573 y 574 de la LEC]. ¿Qué y cómo se reclama lo que el acreedor pide en ambos casos? Se reclama aquello a lo que el acreedor tiene derecho, el pago, y se articula a través de un requerimiento de pago [arts. 236.c) del RH y 686 de la LEC]. ¿Qué posibilidades caben ante el requerimiento formulado? Pagar y extinguir la obligación asegurada (art. 236 RH) o ser destinatario en bienes patrimoniales de la ejecución forzosa, lo que conducirá a la subasta de bienes del deudor [art. 236.f) del RH y 691 de la LEC]; esto es, a una enajenación forzosa. ¿Cabría sostener que la enajenación notarial no sea una ejecución forzosa? La naturaleza de las cosas parece que lo impide: El artículo 236, letra c), punto 4 del Reglamento Hipotecario dispone que: «*Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda*». Es decir, que el que una ejecución sea o no forzosa no puede depender de un hecho jurídico ajeno al cumplimiento de la prestación debida, cual es el de practicarse o no el requerimiento de pago en los términos del artículo reglamentario precitado (circunstancia fáctica cuya producción es ajena al título); lo que sí depende de aquel hecho es el tipo de ejecución a seguir, porque fracasado aquel requerimiento en los términos legalmente dispuestos quedará franca la vía judicial. Y nótese que la designación en el título del domicilio correspondiente a efectos de requerimientos y notificaciones por el deudor o hipotecante carece de significado diferenciador, es exigencia común a las dos vías de ejecución (art. 682 de la LEC y art. 234.1.2.^a RH). ¿Cabría sostener que la enajenación notarial no sea una ejecución forzosa por la exigencia de convenir un valor o precio, aquel en el que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta? Parece que no, pues dicho requisito es común a los procedimientos judicial y extrajudicial, e incluso dicho valor debe ser el mismo (art. 234.1.1.^a RH y art. 682.2.1.^o LEC). ¿Cómo se procede a instancia del acreedor ante el incumplimiento del deudor ínterin se tramita el procedimiento o proceso correspondiente? Pues ejecutando «forzosamente» sobre el patrimonio del deudor, enajenando bienes del mismo. Y, por último, ¿cuál es el fin común de los procedimientos que tratamos y que finalizan con la subasta o adjudicación en pago? Pues no es otro que el pago al acreedor de lo debido, la satisfacción de su crédito, presupuesto de que esté amparado por el título ejecutivo y cubierto por la hipoteca [art. 236.k) del RH y 692 de la LEC].*

Estas consideraciones expuestas no son vanas, porque demuestran a las claras que todas las actuaciones precisas para lograr el fin pretendido conforman *un auténtico proceso de ejecución, y forman parte del derecho fundamental a la tutela efectiva* (STC 113/1989, de 22 de junio). Utilizando los propios términos normativos el procedimiento extrajudicial hipotecario no es sino «otro cauce» de actuar una misma pretensión (RD 290/1992) u «otra vía» [art. 236.c) 4 del RH]. Y esta naturaleza es reconocida explícitamente en su calificación legal, el RH lo denomina «procedimiento ejecutivo extrajudicial»; en su interpretación auténtica, la exposición de motivos del Real Decreto 290/1992 lo confirma como ejecución hipotecaria, «...es preciso, por ello, desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial...»; y en su tratamiento sistemático, la LH se remite a él en el artículo 129, referente a la *acción hipotecaria*, precepto reformado por la LEC, una *ley procesal*.

Tercero: También la jurisprudencia civil ha declarado reiteradamente en doctrina legal que nos hallamos ante un procedimiento de ejecución; baste, por todas, la STS 373/2009, de 25-5-2009, en la que tras acoger el motivo del recurso y tachar de inconstitucional el procedimiento, «...la jurisprudencia de esta Sala... ha considerado 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...», recuerda la reiterada posición jurisprudencial: «...desde su sentencia de 4 de mayo de 1998, seguida por 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...» de aseverar la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición contenida en el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria (vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978), al confirmar como fundamento del pronunciamiento que «...dicha norma autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial en un procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional...».

Cuarto: También la propia Dirección General de los Registros y del Notariado afirmó la naturaleza propia del procedimiento. Así la Resolución de 7-2-1995, en los Fundamentos de Derecho declara: «*VISTOS los artículos ... del Reglamento Hipotecario, en la redacción dada por el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo... Ha de tenerse en cuenta: 1.º Que la ejecución extrajudicial de la hipoteca se dirige a la realización del valor de la finca hipotecada mediante su enajenación...*», y prosigue indicando el carácter de la enajenación: «*...las fincas hipotecadas como aquellas que son objeto de la enajenación forzosa...*».

Quinto: También los propios órganos corporativos del Notariado así lo han entendido. La Circular 1/2012, de 25 de febrero, del Consejo General del Notariado, declara, en lo aquí interesa, los siguientes extremos: *a) Que el procedimiento ejecutivo extrajudicial es un verdadero procedimiento de ejecución de*

hipotecas, «...Interesa destacar que al tiempo de la aprobación del Real Decreto 290/1992, para la ejecución de hipotecas existía otro procedimiento, como era el judicial sumario (art. 131 de la LH)...». Y, b) Que los procedimientos de ejecución de inmueble previo embargo, procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria y procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca tienen como finalidad última y común, «la ejecución de un bien inmueble previa su subasta», por lo que «carecería de sentido... que... la regulación fuera dispar en un aspecto esencial...».

Pues bien, una vez determinada la naturaleza del procedimiento debemos dar respuesta, por haberse suscitado por acreedor ejecutante, a las siguientes cuestiones:

1. Si es posible que la acreedora ejecutante pueda a su voluntad, manifestada en el requerimiento dirigido al notario, modalizar o modificar la tramitación del procedimiento extrajudicial hipotecario; y si cabe dicha modificación a través de la voluntad común de las partes plasmada en la adhesión del deudor a la cláusula contractual predispuesta por el acreedor en el título ejecutivo; y, en relación inmediata con las anteriores, en qué forma afecta al procedimiento la falta de potestad jurisdiccional del órgano ejecutante.
2. Si en el requerimiento aportado al notario cabe omitir por el acreedor el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos referentes a la postulación.
3. Si es posible tramitar el procedimiento ejecutivo extrajudicial sin título ejecutivo.
4. Si es posible tramitar el procedimiento ejecutivo por una deuda certificada y liquidada de una cuenta distinta de la pactada en el título ejecutivo.
5. Y postteriormente, la incidencia de las cuestiones anteriormente expuestas sobre la legalidad del procedimiento y una referencia a la ejecución del lanzamiento.

DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCEDIMIENTO, DE SU MODALIZACIÓN AL ARBITRIO DEL ACREEDOR Y DE LA FALTA DE JURISDICCIÓN

La respuesta a la posibilidad de que por pacto de las partes (probablemente adhesión a cláusula prerredactada), o por voluntad del acreedor ejecutante se pueda actuar modificando el procedimiento, sugiere *ab initio*, aparte del carácter reglado de la actividad ejecutiva, una primera objeción: ni notario, ni Registrador de la Propiedad, ni órgano superior alguno de la Administración ejercen o pueden ejercer jurisdicción. Y lo afirmado invoca dos consideraciones

de primer orden, a saber: *Primera*: que como afirma la doctrina científica, si bien los órganos de la Administración deben actuar con sometimiento a la ley sirviendo a los intereses generales o públicos y siendo para ellos el Derecho una cobertura y no un fin en sí mismo, por contra la jurisdicción tiene como presupuesto el sometimiento del juez al imperio de la ley, y la aplicación de aquella es su fin esencial, porque el juez no adopta decisiones políticas, actúa con desinterés objetivo y no está ni puede estar sometido jerárquicamente a órgano alguno. Y *segunda*: que la interpretación y aplicación jurídica de las normas en el procedimiento extrajudicial debe ser de carácter general. El notario no puede ni debe adoptar resoluciones particulares aplicables al caso concreto sin estar regladas, precisamente porque carece de jurisdicción. Cierto que debe actuar inmerso en la cobertura del ordenamiento jurídico, pero cierto que sin ejercer jurisdicción. Y esto es relevante, porque los eventuales y concretos acuerdos entre sujetos de derecho (incluso motivados a veces por intereses ajenos a los propios contradictorios de la particular ejecución instada, piénsese en eventuales supuestos entre sociedades y entidades financieras), puede llevarles a plantear ante el órgano notarial ejecutante una casuística de cuestiones convenidas que hagan precisa una decisión de naturaleza jurisdiccional, y no solo por ellos sino también por afectar a terceros (nos hallamos ante un proceso de ejecución), y recuérdese que todo se produce fuera del amparo y ámbito de un proceso. En la Resolución de la DGRN, de 23-1-2012, que versa sobre el ámbito objetivo de aplicación del artículo 235 del RH (*...sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada*) interpreta el Centro Directivo que la ratio del precepto es la falta de controversia sobre la liquidez de la deuda, para de seguido aplicar analógicamente la cobertura de la norma a un supuesto de hecho excluido por el tenor de la misma, al de la hipoteca constituida en seguridad de una cuenta corriente de crédito. En el caso objeto de resolución había derechos de terceros anotados en el Registro con posterioridad a la hipoteca objeto de ejecución (el Estado), circunstancia que, juntamente con la consideración por la funcionaria calificante de la insuficiencia de la titulación presentada (acta notarial en la que el deudor manifestaba su conformidad con la liquidación llevada a cabo por la acreedora), determinó la denegación de aquella de la inscripción solicitada. Lo que interesa ahora poner de manifiesto son dos consideraciones que de nuevo pondrán en cuestión el procedimiento extrajudicial hipotecario. Primera: La DGRN afirma que no se ha planteado en la nota de calificación, y que por tanto no se trae a este expediente, la consideración de si el acta notarial es el título adecuado para hacer constar la declaración de voluntad del deudor. Aquí, sin abordar la cuestión referente al derecho sustantivo (si hace falta escritura y nuevas declaraciones contractuales de ambas partes para novar el primitivo contrato y transformar la hipoteca y que esta acceda al Registro), lo que importa poner de relieve es, por una parte, los efectos que conlleva una calificación legal limitada, no plena,

posibilitando el acceso a los libros de titularidades claudicantes o viciadas; y de otra, significar que el problema no se suprime, no se resuelve, sino que se traslada al órgano ejecutante, quien en el trámite del artículo 236.b) 1 del RH, al apreciar si se han cumplido todos los requisitos, deberá proceder, no solo por lo que resulte del Registro de la Propiedad, sino también en función de la validez del propio título ejecutivo, y aquí no cabrá una calificación limitada, aquí la calificación deberá ser plena. ¿O es que se puede sostener que sólo habrá control de legalidad y suficiencia del título ejecutivo en el procedimiento judicial hipotecario, quedando éste frustrado en el procedimiento extrajudicial hipotecario? No nos engañemos, al fin lo que subyace es una nítida diferencia entre tener jurisdicción o carecer de ella, circunstancia que condicionará decisivamente tanto la forma de tramitar como el respeto de las garantías legales de los derechos del ejecutado. Y segunda: La DGRN, en la Resolución citada, sostiene que la determinación del saldo deudor es cuestión ajena a los intereses de los terceros; y esto es cierto..., mejor dicho, materialmente lo sería (que jurídicamente nunca) siempre que en el patrimonio del deudor ejecutado hubiere quedado lo suficiente para que aquellos pudieran hacer efectivos sus créditos. Y aquí surge otra objeción, y esta capital, la de que las ejecuciones extrajudiciales (como es público y notorio y así ha trascendido por los medios de comunicación social) debido a la deficiencia regulatoria han provocado el desconcierto entre los órganos encargados de tramitarlos, y han dado lugar a adjudicaciones por porcentajes ínfimos del valor de tasación llegando a producirse incluso por un euro, y todo por aplicación del artículo 236.g) 6 del RH, que ordena la celebración de la tercera subasta sin sujeción a tipo. El problema expuesto se ha mitigado levemente desde una perspectiva material por lo que atañe al procedimiento extrajudicial hipotecario ejecutado sobre la vivienda habitual del deudor (tras la aprobación del RD-ley 6/2012, de medidas urgentes), pero los interrogantes procesales que quedan son muchos, y las incertidumbres para el resto de ejecuciones, todas... y el notario, sin potestad jurisdiccional.

Aclarados los extremos anteriores procede ahora hacer unas breves consideraciones referentes a la autonomía de la voluntad, para delimitar las pretensiones de aquellos que pretenden reducir la naturaleza del procedimiento al de ser una mera «venta extrajudicial». Uno: Respecto de la autonomía de la voluntad. Los contratos se rigen por la autonomía de la voluntad y obligan a lo convenido (arts. 1255 y 1258 del CC) empero el proceso de ejecución se halla regulado imperativamente (art. 235.2 del RH: «*La ejecución extrajudicial se ajustará necesariamente a lo dispuesto en los artículos siguientes*»). Dos: Respecto del carácter relativo del contrato. El contrato es *res inter alios* acta para terceros ajenos al mismo (art. 1257 CC), sin embargo en el proceso de ejecución los terceros resultan afectados (art. 236.l del RH: «*La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos*

los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella»). Tres: Respecto del consentimiento. En la compraventa concurre sobre la cosa determinada y el precio cierto (art. 1261 y 1445 CC), pero en el procedimiento extrajudicial el único acuerdo que existe (aparte de la adhesión del deudor a que se use contra él) recae sobre el valor de tasación que lejos de ser un precio cierto es más bien un requisito procesal de ejecución. Y cuatro: Respecto del origen y la nominalidad. Si la causa de la compraventa es el acuerdo entre cosa y precio, en el procedimiento extrajudicial su origen es un hecho jurídico, el impago de la prestación debida. En suma, denominar al procedimiento de «venta extrajudicial» ni altera su naturaleza ni tiene significado autónomo. Obsérvese que del propio modo podría llamarse al judicial hipotecario «venta judicial», pues la actuación del juez es sustitutiva del deudor, pero está claro que la voluntariedad subyacente del deudor no diferirá mucho por el procedimiento por el que se le haya ejecutado, es más, no deja de causar extrañeza que regularmente hubiera preferido ser ejecutado por el que «no pactó»; al menos a juzgar por lo expresado públicamente por las plataformas constituidas de afectados hipotecarios que han calificado de «*más perverso al procedimiento extrajudicial*» al compararlo con el judicial.

Por lo demás, hablar de venta extrajudicial no es correcto, una adjudicación en pago o una adjudicación para pago son enajenaciones, pero no compraventas. En fin, a nuestro juicio entendemos que la autonomía de la voluntad no debe tener cabida en la tramitación del procedimiento extrajudicial hipotecario, y las actuaciones de las partes aún deben ser más restringidas que en el judicial porque el notario, a diferencia del juez, carece de jurisdicción.

Y por lo que atañe a la intervención del acreedor en la instancia y tramitación del procedimiento solicitando cosas o trámites no contemplados legalmente entendemos que debe darse la misma solución. Recuérdese que la ejecución se despacha *inaudita parte debitoris*, y que la rigidez del procedimiento y su carácter reglado e imperativo viene a ser el sustitutivo y garante de «la igualdad de armas» proclamada constitucionalmente, y que el notario carece de competencia *extra legem* para resolver si una concreta petición del acreedor viola el referido principio. Por lo demás así resulta de la naturaleza ejecutiva del procedimiento, de lo dispuesto en el artículo 235.2 del RH: «*La ejecución extrajudicial se ajustará necesariamente a lo dispuesto en los artículos siguientes*», de la Resolución de la DGRN de 24-3-2003: «*...no se trata de una enajenación que pueda realizar por sí solo el acreedor; en las condiciones libremente fijadas por él, sino una enajenación ...que realiza el notario ...después del cumplimiento de los trámites y diligencias previstos en los artículos...*»; y de la Circular antes meritada del CGN de 1/2012, de 25 de febrero, en la que se dice: «*...procedimiento ejecutivo extrajudicial ...2º) De su regulación legal y desarrollo reglamentario (arts. 234 a 236) se deducía que sus normas eran imperativas, por ser de orden público, eliminando cualquier recurso a la autonomía de la voluntad...*».

DE LOS REQUISITOS A OBSERVAR POR EL ACREEDOR EN EL REQUERIMIENTO Y DE SU TRASCENDENCIA

El artículo 236.a).1 del RH dispone que: «*El procedimiento se iniciará mediante requerimiento dirigido al notario, expresando las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de la reclamación en el momento del requerimiento, especificando el importe de cada uno de los conceptos*». Frente al tenor claro del precepto, algún acreedor ejecutante ha intentado reducir en extremo el contenido del requerimiento a un texto genérico limitado a solicitar del notario la iniciación del proceso de venta extrajudicial de una determinada finca hipotecada en seguridad de una deuda, acompañando a tal petición los documentos complementarios que determinan las leyes. Y la cuestión es clara, dado que el notario al recibir aquel requerimiento debe tomar una decisión consistente en estimar si cumple o no «todos los requisitos» [art. 236.b) del RH] al efecto de proseguir con la tramitación del procedimiento, debe resolver si el formulado en los términos expuestos, es bastante. Y en principio no parece admisible, con independencia del nombre del procedimiento, que el acreedor se limite a pedir del notario la «venta extrajudicial» de una finca determinada. El acreedor, de suyo, no tiene un derecho consistente en la venta de unos bienes determinados del deudor, y esto parece fuera de toda duda; el acreedor, en principio, a lo que tiene derecho es a obtener la satisfacción de su crédito, a que se haga «*la prestación en que la obligación consista*» (art. 1157 CC), sin perjuicio de otras instancias o peticiones que procedan. Y es aquella prestación debida, la apreciada y manifestada por la acreedora en el requerimiento dirigido al notario y formulada bajo su responsabilidad (declaración de conocimiento referente a hechos jurídicos), la que debe reclamar de la deudora (declaración de voluntad), lo que cumplimentará el notario mediante su traslado al correspondiente requerimiento de pago al deudor [art. 236.c).1 del RH]. Veamos. En el esquema legal el acreedor es quien solicita el despacho de la ejecución de los pronunciamientos contenidos en el título ejecutivo, ya total o ya parcialmente, lo que significa que el título ejecutivo no dota de contenido volitivo a la pretensión de la acreedora, sino que tan solo la confina en el ámbito de sus pronunciamientos; y otro tanto cabe decir, en su caso, de la documentación complementaria que acompaña al requerimiento dirigido al notario. A la luz de lo expuesto resulta claro que la petición del acreedor ejecutante debe preceptivamente ser instada en el requerimiento dirigido al notario, quien deberá aceptarlo o rechazarlo, entre otros extremos, según se atenga o no a los límites cubiertos por el título ejecutivo. Lo que parece indubitado es que el notario ni puede ni debe adoptar la condición de parte en el procedimiento (al igual que el juez en el correlativo ejecutivo hipotecario), ni por tanto configurar la postulación del acreedor con sus propias declaraciones de voluntad. A mayor abundamiento baste considerar la trascendencia del importe

que ha debido reclamar la acreedora en el requerimiento: Dicho importe es el que determina en caso de pago, la finalización del procedimiento extrajudicial de ejecución y la conclusión del acta [art. 236, letra d) y art. 236, letra e), ambos del RH], es el que permite y legitima al notario a efectuar sin dilación el pago al acreedor [art. 236, letra k) del RH], y, finalmente, es el que determina el sobrante objeto de consignación afecto a las resultas de los créditos posteriores; [art. 236, letra k) del RH]. De todas formas, al haberse suscitado el problema en el procedimiento extrajudicial por algún acreedor queda una pregunta por contestar. ¿Es que sería posible instar el proceso judicial hipotecario correlativo sin presentar una demanda ejecutiva o escrito en el que se omitiere la tutela que se pretende o se pretiriere la cantidad que se reclamare y demás determinaciones legalmente exigidas de la misma? (vid. art. 549 LEC).

DE LA NECESIDAD PARA PROCEDER DEL TÍTULO EJECUTIVO

Ante la pretensión de algún acreedor hipotecario de que se tramite el procedimiento extrajudicial sin título ejecutivo debemos plantear si dicha posibilidad es ajustada a Derecho. Y ya adelantamos que a nuestro juicio no. Asentado que el extrajudicial hipotecario es un procedimiento ejecutivo, le debe ser de aplicación un requisito esencial de aquel, «...*deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución*» (art. 517 LEC), porque como reza el adagio *nulla executio sine titulo*. Y a lo que tratamos ahora interesa que «*Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: ...4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes...*» (art. 517.2.4.º LEC). De suerte que *prima facie* parece que no se ajusta a derecho proceder en el hipotecario extrajudicial sin un título ejecutivo habilitante. En verdad el ordenamiento jurídico, en consonancia con la naturaleza del procedimiento, da por supuesta su necesidad y creemos que lo hace por las siguientes razones: *Primera*: El procedimiento extrajudicial hipotecario es un procedimiento optativo o alternativo para el acreedor, así lo considera el artículo 236-C.4 del RH al disponer que fracasado el procedimiento extrajudicial «...quedará expedita la vía judicial que corresponda» en la que dicho título es preciso. *Segunda*: No hay fundamento jurídico alguno que justifique que el notario, funcionario carente de potestad jurisdiccional, pueda ejecutar en el procedimiento extrajudicial hipotecario aquello que ni siquiera el juez puede hacer, dentro de un proceso ejecutivo con todas las garantías legales y constitucionales que ello conlleva; artículos 517.2.4.º de la LEC y 685.2.I: «...*A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución...*». *Tercera*: Considérese que la LEC da por supuesto

que el título ejecutivo es el único que puede fundar el despacho de la ejecución con independencia del concreto procedimiento utilizado, por esta razón el artículo de la LEC 574, norma común a los procedimientos de ejecución, declara aplicable para despachar ejecución por el saldo de cantidad determinada en casos de intereses variables, lo preceptuado en el artículo 573.1.2.º de la LEC, que a su vez exige para despacharla por saldo de cuenta que se aporte el documento fehaciente que acredite haberse efectuado la liquidación en la forma pactada por las partes *en el título ejecutivo*, y en el mismo sentido el artículo 572.2 del referido texto legal referente a la liquidez de la deuda y despacho de ejecución por saldo de operaciones resultantes de las pactadas en escritura pública exige, además del correspondiente pacto, que la cantidad exigible por el acreedor sea la que se convino *en el propio título ejecutivo*. Cuarta: El artículo 236-C.4 del RH, interpretado *a sensu contrario*, deja patente que la vía judicial de ejecución queda cerrada temporalmente ínterin se sustancie el procedimiento alternativo de la vía extrajudicial, pues será el fracaso de ésta lo que dejará franca la otra vía de ejecución, la judicial, lo que es concorde con la naturaleza lógica de las cosas y con el hecho de que el título ejecutivo se halla aportado al procedimiento extrajudicial, impidiendo su utilización simultánea por el acreedor en otro ejecutivo judicial no hipotecario. Y a esta misma conclusión conduce lo dispuesto en el artículo 579 de la LEC que para permitir el ejercicio de la acción ejecutiva por el ejecutivo ordinario exige la previa finalización del ejecutivo hipotecario y la insatisfacción del crédito del actor.

DE CUÁL SEA EL TÍTULO EJECUTIVO HÁBIL PARA PROCEDER

La LEC en el artículo 517.2.4.º dispone, por lo que al presente artículo interesa y respecto del título ejecutivo exigible: «*Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes*»; precepto relacionado con el artículo 17.1,4 de la Ley del Notariado, que dispone: «*Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. A los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter*».

De la normativa traída a colación resulta que la ley establece la expedición para el acreedor de un único título ejecutivo de la deuda correspondiente, título al que se denomina primera copia o primera copia con efectos ejecutivos. Y al efecto de asegurar su cumplimiento la ley dispone los oportunos mecanismos. Así los artículos 17.1,4 y 18 de la Ley del Notariado establecen que: «*Expedida dicha copia el notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e*

interesado que la solicitó», y que: «No podrán expedirse segundas o posteriores copias de la escritura matriz, sino en virtud de mandato judicial y con citación de los interesados, o del promotor fiscal cuando se ignoren estos o estén ausentes del pueblo en que esté la Notaría». Pues bien, como se apreciaba, la nota que el notario suscribe en la matriz una vez expedida la copia con efectos ejecutivos sirve para avisarle a él mismo, a sus sustitutos, y a sus sucesores en el Protocolo del hecho de que el título ejecutivo ya fue sacado, y le proscribía la expedición de otros de igual virtualidad salvo que se cumplan los requisitos legalmente prescritos. La nota protocolar salvaguarda la garantía de unicidad del título con efectos ejecutivos, y esta unicidad es lo que a su vez le dota de virtualidad para el despacho de la ejecución. La exigencia procesal del título ejecutivo, aunque mediatamente presupone razones de orden material (de autenticidad probatoria del documento, art. 1218 del CC), inmediatamente lo son de orden procesal, proteger al deudor de abusos de los acreedores que pretendan o insten el despacho de dos o más ejecuciones por una misma deuda y contra un mismo deudor. En consecuencia con lo expuesto, el mecanismo procesal para la obtención por el acreedor de segunda copia con efectos ejecutivos se funda en el principio de protección del deudor, y siendo este basamento común a ambos procedimientos hipotecarios, judicial y extrajudicial, en ambos debe ser igualmente exigible.

Y esta es la conclusión a que llega el Tribunal Supremo en STS de 19-5-1988, en la que confirma la nulidad del juicio ejecutivo especial sumario de autos por razón de haberse despachado la ejecución en virtud de una segunda copia librada por el notario sin revestir los requisitos legales para ser título ejecutivo.

DE LA DEUDA AMPARADA POR EL TÍTULO EJECUTIVO

La presente cuestión también reviste trascendencia práctica. Tiene que ver con la pretensión de algún acreedor de ejecutar a través del procedimiento ejecutivo notarial hipotecario una deuda resultante de una cuenta financiera distinta de la convenida por las partes en el título ejecutivo, es decir, de una cuenta que aparece en el procedimiento por alegación de parte, la que unilateralmente la certifica y liquida, contradictoria con la que consta en el título ejecutivo. Y regresando al artículo 236.b) del RH debemos preguntarnos, ¿puede el notario estimar en dichas circunstancias, que se han cumplido todos los requisitos? Adelantemos que a nuestro juicio ni puede, ni debe, en atención a la siguiente fundamentación:

Primero: La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 104 LH). Esto significa que la hipoteca no asegura solidaria o indistintamente cualesquiera créditos y correlativas deudas entre un deudor y un acreedor determinados, sino sólo y exclusivamente aquella para cuya seguridad fue constituida.

Segundo: El procedimiento hipotecario extrajudicial es un procedimiento de ejecución, por lo que en su cumplimiento debe actuarse todo lo reclamado por el acreedor ejecutante pero, solo y exclusivamente, en la medida en que resulte y se halle amparado por el título ejecutivo.

Tercero: Que el notario, al carecer de jurisdicción, tampoco tiene potestad para apreciar y resolver si una deuda, diversa de la que consta pactada por las partes en el título ejecutivo, es o no la misma deuda a la que aquel se refiere e identifica; y que del propio modo carece de competencia para valorar las alegaciones de la ejecutante y de los medios probatorios que ésta proponga. Lo contrario, dejando a salvo que nos corrijan los procesalistas, daría lugar a un incidente declarativo que el notario, ni constitucionalmente, so pena de usurpar jurisdicción, ni legalmente, por defecto de regulación en el procedimiento, puede resolver.

Cuarto: Que de lo anterior se desprende que sólo la incorporación al título ejecutivo de la novación de la cuenta financiera que incorpora la deuda permitirá la ejecución instada, lo que conforme a Derecho exigirá el correspondiente y previo otorgamiento de escritura pública de novación modificativa que deberá haber contado con el consentimiento de ambas partes. Y también, obviamente, deberá ser registrada, pues el contenido de los asientos de inscripción circunscribirán el ámbito del procedimiento, como del propio modo sucede en el ejecutivo judicial hipotecario.

SOBRE EL CUESTIONAMIENTO DE UNA CONDICIÓN GENERAL PRERREDACTADA POR LAS ENTIDADES FINANCIERAS REFERENTE AL TÍTULO EJECUTIVO

Debemos cuestionarnos ahora la validez de una cláusula que, de ordinario, se inserta como una condición general más de las que integran las minutas contractuales prerredactadas por las entidades financieras, una cláusula que sin perjuicio de sus variantes de redacción viene a disponer que la parte deudora consiente que la entidad financiera, con su sola intervención, pueda solicitar y obtener del instrumento público correspondiente segundas y posteriores copias con eficacia ejecutiva, cláusula que unas veces adopta la apariencia de una declaración de voluntad negocial, y otras la de una prestación unilateral de consentimiento anticipada por el deudor. A nuestro juicio, dicha cláusula calificada con arreglo a su verdadera naturaleza no es más que una renuncia impuesta al deudor de las garantías procesales hasta aquí examinadas. Los acreedores argumentan que tal consentimiento del deudor viene permitido por el artículo 517.2.4.º de la LEC, «...o que se expida con la conformidad de todas las partes»; pero a nosotros nos parece más bien que tal conformidad legal nunca debería entenderse como simultánea a la formación del título declarativo, es decir, constar en el mismo, porque en ese tiempo carece de causa que la justifique, sino que debería prestarse

en un tiempo ulterior, propiamente el coetáneo al impago, tiempo en el que la parte acreedora, que tiene derecho legítimo a la ejecución, se ve imposibilitada de acceder a ella por falta o perjuicio del título ejecutivo. A nuestro juicio es a ese tiempo al que se refiere la LEC, un tiempo en el que la conformidad de la deudora dependerá del hecho de no haber sido ejecutada con anterioridad en su patrimonio por aquella deuda (y nótese que lo hubiera podido ser en otros bienes distintos de los hipotecados a través del proceso de ejecución común instado en virtud del título ejecutivo referido); y caso de que la negare, no por ello la parte acreedora quedará huérfana de protección legal, pues entonces la podría obtener «...*en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante...*», esto es, permitiendo siempre al deudor alegar lo que a su derecho procediere, sin causarle indefensión.

La importancia de lo expuesto es eminentemente práctica, porque la validez de la cláusula meritada es sumamente cuestionable, ora si se estimare que es contraria a norma imperativa de naturaleza procesal, ora si se la considerare cláusula abusiva por suponer una «*renuncia ...de los derechos impuesta al consumidor y usuario*» que le privase «*de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas...*», siendo en todo caso inaplicable de oficio por el juez (art. 86 del RDL 1/2007, TR de LGDCU y otras leyes complementarias).

SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO AL TIEMPO DEL LANZAMIENTO Y SOBRE LA CARENCA DE TÍTULO QUE LEGITIME ESTE ÚLTIMO

En nuestro artículo anterior: *Algunas consideraciones doctrinales sobre el procedimiento extrajudicial hipotecario*, al que nos remitimos, ya se abordaron con detalle las cuestiones referentes a la deficiencia de los controles de legalidad notarial y registral, deficiencias que resultan especialmente graves en materia de contratos propios de las entidades financieras, pero no procede insistir ahora sobre estos extremos.

Lo que sin embargo sí resulta obligado tratar aquí y ahora, por inexplicable, es la constatación de una nueva y añadida limitación a la calificación registral de legalidad, la que nace del artículo 236-1.3 del RH. Dicho precepto al establecer que «*la escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella*», lo que en realidad hace sin llegar a expresarlo, es afirmar que el Registrador de la Propiedad, en el ejercicio de su función calificador de la legalidad de los títulos, tiene vedado el acceso a la copia del acta del procedimiento extrajudicial hipotecario y, por tanto, a la calificación íntegra de la legalidad de su tramitación. Se dirá que el artículo 236-1.2 del RH ya

dispone que «en la escritura se harán constar los trámites y diligencias esenciales practicados...», pero esta afirmación es claramente objetable: Primero, porque no parece muy lógico que siendo el notario el órgano responsable que tramita el procedimiento sea a su vez quien enjuicie y traslade los particulares que él mismo considere esenciales del acta diligenciada a la escritura de enajenación. Segundo, porque no habiendo participado el registrador en el procedimiento, necesariamente desconocerá los particulares esenciales que hubieren podido concurrir en el mismo, los cuales serán extravagantes a la calificación. Tercero, porque en la práctica, todo presupuesto o requisito para proceder y todo trámite efectuado, so pena de considerarlo superfluo, deviene en esencial, o cuando menos los interesados tienen derecho a considerarlo así. Y cuarto porque en un procedimiento de ejecución, sobre el que pesa una jurisprudencia uniforme contraria a su constitucionalidad y legalidad, ¿qué razones justifican la nueva limitación añadida al control de legalidad registral?

Las consideraciones anteriores no son una nonada, porque si el control de legalidad del procedimiento extrajudicial hipotecario no tiene la amplitud del judicial, y a las evidencias nos remitimos, entonces las titularidades derivadas del mismo tal vez no debieran beneficiarse de la presunción de legalidad del artículo 38 de la LH; lo que a su vez da pie a otra consideración de enorme calado: El artículo 236.m) del RH, con relación al extrajudicial hipotecario dispone que «el adjudicatario podrá pedir la posesión de los bienes adquiridos al juez de primera instancia del lugar donde radiquen». Y esto, en cierto modo, no se entiende. ¿En virtud de qué título ejecutivo el órgano judicial actuante despacha sin más el lanzamiento o deshaucio instado? Porque, sin duda, el resultante de la tramitación no lo es, como tampoco lo es la adjudicación ulterior o venta extrajudicial. Resulta que la LEC excluye de fuerza ejecutiva a la escritura pública (art. 517.1.2.4.º) que incorpore una obligación no dineraria (art. 520.1), y si esto vale para el supuesto ordinario de una obligación típica de origen negocial que presupone acuerdo de partes y control de legalidad extrajudicial pleno, ¿cómo es que sin embargo no vale para el caso presente donde no hay acuerdo de partes y donde el control de legalidad difícilmente puede ser más menoscabado? ¿Por qué una norma meramente reglamentaria (que no respeta la jerarquía normativa y que además, por su naturaleza, debería estar sujeta a reserva de ley, según jurisprudencia) ordena al órgano jurisdiccional una actividad plenamente ejecutiva basada en un título extrajudicial que legalmente carece de ejecutividad? Todo esto presupone una actividad ejecutiva judicial superprivilegiada que, a salvo de mejor juicio fundado, va más allá del Derecho.

CONCLUSIÓN

De todo lo hasta aquí expuesto y fundamentado, que sometemos a cualesquiera otras razones mejor fundadas en Derecho, se desprende que el proce-

dimiento extrajudicial hipotecario, como proceso de ejecución que es, exige potestad jurisdiccional en el órgano que lo tramita, lo que se manifiesta ya desde su mismo inicio, en y con la decisión de dar trámite (*in limine litis*) a la ejecución instada, y que prosigue luego de ese momento en las diversas incidencias que se plantean al órgano ejecutante, el cual deberá inexcusablemente decidir con arreglo a las leyes para el caso particular de que conozca, y sin limitación alguna, diciendo Derecho y aplicando Derecho, y esto solo tiene un nombre: Jurisdicción y potestad jurisdiccional, como la que debiera tener el órgano ante el que se plantearan y sustanciaran los eventuales recursos.

Por todo ello, sin perjuicio de afirmar una vez más a efectos doctrinales, de forma concorde con la jurisprudencia uniforme de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que el procedimiento extrajudicial hipotecario es inconstitucional y no ajustado a Derecho, concluimos el presente artículo aseverando que su mantenimiento, en beneficio de los sujetos de derecho que de él han de servirse para la consecución de sus fines particulares, socava los fundamentos o pilares sobre los que se asienta la seguridad jurídica preventiva en nuestro Derecho patrio, y compromete al mismo Estado de Derecho, y todo debido a sus graves deficiencias de regulación, a las fuertes restricciones al control de legalidad que sufre, y en mayor manera a la falta de autoridad y atribuciones jurisdiccionales del órgano ejecutante, cuyas decisiones, además y a la postre, quedarán siempre remitidas a una eventual responsabilidad civil, lo cual es poco menos que inaudito.

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 cesionario del crédito que tenga inscrito su derecho de hipoteca, de manera que sin inscribir la cesión no pueda expedirse certificación de cargas.

ABSTRAC

MORTGAGE FORECLOSURE PROCEEDING

The authors argue foreclosure proceedings that the 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 10-10-2012 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)