

El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad (*)

SUMARIO: I. ESENCIA DE LA HIPOTECA.—II. CARACTERES DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.—III. LÍMITES: 1. EL PROCEDIMIENTO TIENE QUE SER PACTADO: a) *Que se estipule la sujeción al procedimiento (art. 234.1 y 2).* b) *Debe constar en cláusula separada.* c) *¿El pacto ha de constar en la misma escritura de constitución?* 2. EL PACTO HA DE CONTENER LAS SIGUIENTES CIRCUNSTANCIAS. 3. LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL SÓLO PODRÁ APLICARSE A LAS HIPOTECAS CONSTITUIDAS EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES CUYA CUANTÍA APAREZCA INICIALMENTE DETERMINADA (ART. 235 RH).—IV. DIFERENCIAS CON LA REGULACIÓN ANTERIOR A 1992.—V. LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO: 1. LEGALIDAD DE LA REFORMA REGLAMENTARIA. 2. EL CONTROL NOTARIAL DE LA REALIZACIÓN DE LA HIPOTECA Y LA CONSTITUCIÓN. 3. LA RETRO ACTIVIDAD ESTABLECIDA EN LAS DISPOSICIONES ADICIONAL Y TRANSITORIA.

El Código Civil al permitir la realización de la prenda mediante su enajenación en subasta pública ante Notario y sin necesidad de pacto previo, recogió lo que constituye la esencia de los derechos de garantía: la posibilidad que se brinda al acreedor de cobrar su crédito sin la colaboración del deudor, mediante la realización del valor de la cosa gravada, procurando por acto propio la cantidad que le corresponde.

La evolución de las figuras de garantía real se produce en un doble sentido: en el de alcanzar, por un lado, un medio que confiera al acreedor seguridad suficiente y, por otro, en el de recortar el excesivo poder que pudiera derivarse de facultades desproporcionadas, para evitar abusos en su ejercicio (prohibición de pacto comisorio y control de la enajenación que permita la

(*) Este trabajo se publicó en la *Revista de Derecho Privado* en 1993. Dada la importancia y actualidad de los problemas planteados se publica ahora de nuevo en esta Revista, a solicitud expresa del autor.

obtención de un precio justo); y se llega con la hipoteca, quizá por influencia del Derecho germánico, al máximo rigor, al limitarse el cauce de la realización hipotecaria a la vía de ejecución judicial (1).

Y así, la Ley Hipotecaria en su artículo 133 sólo admitió esta posibilidad. Y por ello antes del Código Civil, como señala ROCA (2), a nadie se le había ocurrido pactar un procedimiento extrajudicial.

Pero publicado dicho Cuerpo legal —añade el mismo autor— empezó a estipularse en las escrituras este último procedimiento de realización de la hipoteca. Y aunque la validez de dicho pacto fue discutida, tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros admitieron el pacto y el procedimiento (3).

El Reglamento Hipotecario de 1915 acogió su posibilidad y reguló en el artículo 201 los trámites básicos del proceso, pero excluyendo su aplicación cuando existieran terceros con título inscrito antes de la nota marginal establecida en dicho precepto (4). Y la Ley Hipotecaria actual consagra expresamente su validez y también su eficacia frente a tercero, en el artículo 129, párrafo segundo, remitiendo al Reglamento la regulación de los trámites.

El Reglamento Hipotecario de 1947 reguló minuciosamente el procedimiento extrajudicial en los artículos 234, 235 y 236.

La doctrina prestó escaso interés a esta innovación. Y un autor como LA RICA manifestaba la escasa simpatía hacia tal procedimiento sobre todo por la posibilidad de aplicarlo en caso de existir terceros, considerando que supone

(1) Como señala ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 2, pág. 1000, en Derecho romano, si bien imperaba la prohibición del pacto *commissorium*, no obstante se facultaba al acreedor para proceder por sí a la venta de la cosa pignorada, caso de impago del crédito garantizado, e incluso se permitió que el mismo acreedor quedara dueño de la cosa por el valor estimado en el momento del vencimiento del débito y abonando la diferencia; fórmula que pasó a las Partidas.

Pero frente a esta corriente se encuentra otra de Derecho germánico, reflejada en la edición latina del Fuero Juzgo y en el Fuero Real, queriéndose ver una expresión de la misma en el artículo 133 de la primitiva Ley Hipotecaria, el cual sólo preveía una ejecución judicial.

(2) *Ob. cit.*, pág. 1000.

(3) Sentencias de 21 de octubre y 3 de noviembre de 1902, y Resoluciones de 28 de noviembre de 1893 y 2 de junio de 1914, entre otras.

(4) Lo que fue objeto de crítica por la doctrina, al concederse así un arma al deudor para inutilizar con una venta o hipoteca simulada un derecho consagrado en un pacto, que de este modo surtía sólo efectos personales y no respecto de terceros, por lo que resultaba inútil hacerlo constar en el Registro. Era el espectro del pacto de comiso que impresionó al legislador, pero ni en el pacto de retro —se dijo— ni en la compraventa con pacto comisorio, se adoptaban tales limitaciones, a pesar de que en el fondo era semejante la situación a la de este procedimiento, ROCA, *ob. cit.*, t. IV, vol. 2, pág.* 1004, nota 4.

un riesgo de desnaturalizar la función notarial, obligándola a invadir campos acotados hasta ahora a la función judicial (5).

En la realidad no ha tenido éxito y ha sido muy poco utilizado. La posibilidad de suspender el procedimiento ante cualquier oposición formulada en juicio declarativo (art. 236 RH) y el rígido sistema de doble subasta con sujeción al mismo tiempo, lo hicieron prácticamente inoperante. Y quedó como una reliquia legal, olvidado por la doctrina y arrinconado en la práctica.

Esta inoperancia y la necesidad de descongestionar la Administración de Justicia, cuyo colapso podría poner en peligro el dinamismo que la economía exige, sobre todo en un sector básico como es el de la vivienda, motivó la revisión del procedimiento extrajudicial mediante Decreto de 27 de marzo de 1992. Cuyo propósito —como dice el *Preámbulo*— no ha sido otro que el de arbitrar un dispositivo viable, equilibrado y seguro que ofrezca un cauce alternativo para la satisfacción del acreedor.

Se da así nueva redacción a los artículos 234, 235 y 236 del RH con la finalidad de remover los obstáculos procedimentales que pudieran constreñir la expansión del crédito territorial.

Pero esta nueva regulación plantea una serie de problemas, no ya funcionales, derivados de la redacción de aquellos preceptos y de los mecanismos técnicos a los que acude el legislador, sino de viabilidad misma del procedimiento.

Al análisis de estos últimos va dirigido este trabajo.

I. ESENCIA DE LA HIPOTECA

A) Para entender el significado o trascendencia del llamado procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, conviene, a mi juicio, dejar claro cuál es la esencia de la hipoteca.

La evolución histórica de la obligación nos muestra una tendencia a separar la vinculación personal del deudor y la responsabilidad por el incumplimiento, concretada ésta sobre el patrimonio del deudor y centrando en ella la coactividad o efectividad de la obligación, con lo que se conseguía así compatibilizar la libertad individual con la seguridad de las transacciones económicas. Si el deudor no cumple, el acreedor ha de quedar investido con la facultad de tratar de satisfacer el mismo interés con un acto de su iniciativa

(5) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, págs. 249 y sigs. Y añadía que de la regulación minuciosa y acertada parece adivinarse algo así como un oculto deseo de que tal procedimiento carezca de frecuente aplicación práctica. Y auguraba que los propios Notarios serían los primeros en aconsejar a los contratantes que no pacten ese procedimiento, no sólo por el personal interés de los fedatarios, compelidos a funciones ajenas a su ministerio, sino también de los deudores, y quizá también de los acreedores.

o por lo menos con un acto oficial producido a su instancia, como señala PUIG BRUTAU (6).

Esta posibilidad o poder coactivo, en las sociedades organizadas, tiene que realizarse judicialmente, es decir, por medio de órganos jurisdiccionales, y a través de un procedimiento, que es el proceso de ejecución (7). Y afecta a todo el patrimonio del deudor que responde, como dice el artículo 1.911 del Código Civil, del cumplimiento de las obligaciones, constituyendo así algo inherente al crédito mismo.

Sin embargo, esta responsabilidad genérica no resulta suficiente para tutelar eficazmente el interés del acreedor, que puede frustrarse por el deudor simplemente enajenando bienes o contrayendo nuevas deudas. Además —como dice CASTÁN— interesa al Derecho más todavía que asegurar el cumplimiento forzoso con intervención de los órganos judiciales, procurar que se produzca la satisfacción voluntaria normal del crédito (8).

Aparecen así las garantías de la obligación como modos específicos de reforzar la posición jurídica del acreedor, ampliando su ámbito de poder, añadiendo —como dice Díez-Picazo— un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito (9).

Entre estas garantías está la hipoteca, que constituye la forma más evolucionada y eficaz, como veremos a continuación.

En un primer momento se acude a la transmisión de la propiedad con fines de garantía (*fiducia cum creditore*). Con todos los inconvenientes de las titularidades excesivas, en la medida que facilitan el abuso por el acreedor, que goza de facultades desproporcionadas (10).

Tales inconvenientes se corrigen mediante el instituto de la prenda, y la garantía se apoya en la entrega de la posesión, que tiene, en principio, tan

(6) *Fundamentos...*, t. I, vol. 2.º, 1959, pág. 49. Añade este autor que ello no significa que tal poder le haga titular de un derecho real sobre los bienes del obligado, y sólo sucederá así cuando se haya constituido previamente y de manera expresa en garantía de la obligación.

(7) Díez-Picazo, *Fundamentos...*, vol. 1.º, pág. 734.

(8) *Derecho civil*, t. III, 1959, pág. 96.

(9) *Ob. cit.*, pág. 571.

(10) Como dice ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 1968, t. IV, vol. 1.º, pág. 123, las épocas primitivas son de gran simplicidad. En el Derecho romano antiguo, que desconocía el instituto prendario, las necesidades de garantizar realmente el cumplimiento de una obligación debían satisfacerse mediante la *fiducia cum creditor e*, o sea, con la transmisión de una cosa al acreedor, pero tan sólo a los fines de garantía, y cuando el deudor no cumplía, la propiedad de la cosa transmitida *sub fiducia* se hacía definitivamente del acreedor (*commissum*), con lo que se producían consecuencias excesivas e injustas.

En el Derecho germánico —dice WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, t. III, 2.º, 1970, pág. 178— es dudoso que se haya partido de una garantía real por transmisión de la propiedad. En cambio, en el Derecho inmobiliario inglés la institución del *mortgage* se ha desarrollado como una pura transmisión de garantía sin cesión de la posesión.

sólo carácter coactivo, pues el acreedor, al retener la posesión de la prenda, priva de la cosa al pignorante y le fuerza a cumplir o hacer cumplir la obligación para poder recuperar el bien del que se ve privado (11).

Pero con la prenda se producía un debilitamiento de la posición del acreedor, que sólo podía retener la posesión. La evolución de esta figura tiende a corregir tal deficiencia mediante la concesión al acreedor de medios de auto-satisfacción del crédito a través de dos vías: el pacto comisorio y el pacto *de vendiendo*. El primero tenía el peligro de provocar enriquecimiento injusto, y por eso el Emperador Constantino prohibió la utilización de la *lex commissoria* con ese fin. Quedó entonces como resorte único para fortalecer la posición del acreedor pignoraticio el *ius vendendi*, y el pacto que lo establecía se hizo tan frecuente que la jurisprudencia de fines del siglo II d.C. llegó a considerarlo como elemento natural de la prenda (12).

Pero el desplazamiento posesorio planteaba en muchos casos serios inconvenientes para el deudor, por lo que se generaliza la posibilidad de la prenda sin posesión (*pignus conventum* o *hipoteca*) en la que la entrega de la posesión se difiere hasta que la obligación se incumple, a fin de proceder a su venta (13).

La garantía quedaba así reducida al derecho concedido por el pacto *de vendendo*, y la esencia de la hipoteca fijada en el *ius vendendi*, que el acreedor podía ejercitar, si bien debía devolver el *superfluum* del precio obtenido (14).

En la evolución de la hipoteca el último paso lo representa la sustitución de la posesión necesaria para la venta por la publicidad registral, en una fase avanzada, que permite la enajenación aséptica, sin entrega de la posesión, gracias a los mecanismos registrales de publicidad y a la protección de los intereses en juego mediante el control estatal de aquella enajenación.

B) La hipoteca aparece hoy ya conformada sobre la base del *ius vendendi*, y su esencia radica en ese derecho que el acreedor tiene de proceder a la

(11) En este sentido, ALVARO D'ORS, *Derecho privado romano*, 1698, págs. 386 y 388, quien añade que el acreedor tiene la posesión pretoria y el pignorante comete un *furtum possessionis* si sustrae la prenda. El pignorante tiene la posesión civil, pero el acreedor pignoraticio adquiere también un derecho de garantía similar a un derecho real. Lo que se da en la *datio pignoris* es sencillamente la garantía y no la cosa misma en propiedad.

(12) D'ORS, *ob. cit.*, pág. 389.

(13) Desde la primera mitad del siglo I a.C. se concedió al propietario arrendador el *interdictum Salvianum* para prohibir que los objetos introducidos en la finca, que quedaban afectos en *garantía* del pago de las rentas, se retirasen de ella. El interdicto se completó con una acción (*actio Serviana*) contra el que impidiera que el acreedor tomara posesión de la cosa para proceder a su venta. D'ORS, *ob. cit.*, pág. 391.

(14) Aunque el acreedor vende sin ser propietario puede hacerlo válidamente porque tiene autorización del pignorante, pero la venta solía hacerse sin asumir la responsabilidad por evicción. D'ORS, *ob. cit.*, pág. 388, nota 13.

venta del bien sobre el que recae la garantía. Se trata de un señorío sobre la cosa que la sujeta frente a todos y que consiste en la realización de su valor, a través de su enajenación.

El derecho de enajenar la cosa hipotecada es el centro de energía de la hipoteca, su núcleo, su esencia. Y en tal posibilidad reside también su utilidad: frente al incumplimiento de la obligación, el acreedor no necesita acudir a la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor, con los problemas judiciales que plantea tanto de concreción de la cosa como de determinación de la obligación misma, además de los riesgos que la responsabilidad genérica conlleva en el caso de enajenaciones o sobredeudas del obligado. Le basta al acreedor realizar la garantía, vendiendo la cosa, en virtud de un derecho específico y pactado, que es la hipoteca, y sin necesidad de acudir a la activación de la responsabilidad patrimonial universal. El acreedor realiza así una «ejecución» pactada, que no forzosa.

Ahora bien, en el desarrollo y evolución de la hipoteca se manifiesta una tendencia a rodear de cautelas la realización o enajenación, que impidan abusos por el acreedor, y que concluyen en la exigencia de someter la venta a control público: ha de realizarse con intervención del Estado.

La Ley Hipotecaria de 1861 no señalaba un procedimiento especial para la ejecución. La Ley de reforma de 1909 estableció el procedimiento judicial sumario, y en el artículo 126 aludía al ejecutivo ordinario cuando se dirigía contra un tercer poseedor. El RH de 1915, como hemos visto ya, reguló el procedimiento extrajudicial.

La Ley Hipotecaria actual se refiere al procedimiento ejecutivo ordinario en el artículo 126, regula el procedimiento típico de ejecución hipotecaria, el judicial sumario, en los artículos 129 a 132, y admite en el artículo 129 que se pacte un procedimiento extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria.

Nuestra Ley Hipotecaria parte de que la realización de la hipoteca se efectúa a través de una acción procesal. Y la doctrina considera que el ejercicio de la acción hipotecaria se desenvuelve a través del correspondiente procedimiento de ejecución, y que es característica de nuestra legislación la variedad de estos procedimientos (judicial sumario, ejecutivo ordinario, extrajudicial y declarativo ordinario) (15).

(15) Señala ROCA, *ob. cit.*, pág. 959, que la acción real hipotecaria es siempre manifestación procesal del derecho de realización de valor que la hipoteca entraña, cuyo valor en la fase ejecutiva se extrae de la cosa hipotecada. A diferencia del Derecho romano, en el que se atribuía al acreedor un derecho a incautarse del objeto hipotecado, entrando en posesión del mismo, y pudiendo, una vez conseguida ésta, proceder privadamente a la enajenación, hoy el *ius distrahendi*, despojado de todo elemento posesorio, llena exclusivamente el contenido de la acción hipotecaria, ejercitándolo el acreedor necesariamente en forma pública.

La relevancia de este aspecto procesal en la hipoteca provocó la duda y consiguiente discusión acerca de si la hipoteca es un negocio de tipo sustantivo o meramente procesal y también si es un verdadero derecho real (16).

Pero el control estatal del derecho de realización de valor no debe empañar el carácter sustantivo del mismo, que se manifiesta claramente observando su origen como derecho del acreedor a procurar por un acto propio el importe correspondiente.

La esencia de la hipoteca consiste en la realización del valor de la cosa, a fin de que el titular pueda obtener de ella una cierta cantidad de dinero.

Y cualquiera que sea el modo como se lleve a efecto, la realización del valor ha de entenderse como un derecho básico que confiere al acreedor la posibilidad de actuar por sí, lo que tiene especial plasticidad y significación cuando el procedimiento es extrajudicial.

Ahora bien, el *ius vendendi*, centro y fuerza de la hipoteca, ha de actuarse con control del Estado. Pero este control no tiene por qué ser necesariamente judicial: basta con que se rodee de las garantías necesarias para evitar el abuso y los excesos que su ejercicio pudiera provocar. El que la Ley emplee a tal efecto la vía de la ejecución forzosa no quiere decir que la satisfacción sea ejecución forzosa (que sea forzoso llevar por vía judicial la pretensión), sino sólo que ha de tener lugar en las formas de ejecución forzosa (17). Pero también, como reconce el artículo 129 de la LH, mediante el control notarial.

(16) Así, SOHM, citado por WOLF, *ob. cit.*, pág. 190, nota 5, considera que la moderna hipoteca no es un derecho real porque el acreedor no se satisface a sí mismo, sino que es satisfecho con la intervención del Estado.

Desde otro punto de vista, un sector importante de la doctrina sitúa la hipoteca en el campo del Derecho procesal, considerándola como negocio jurídico procesal, cuya finalidad es asegurar la eficacia de la eventual ejecución forzosa y que tiene por objeto destinar específicamente bienes concretos a ser objeto de tal ejecución. Máximo defensor de esta tesis es CARNELUTTI. Para un estudio detallado de la misma y su crítica, puede verse ROCA SASTRE, *ob. cit.*, págs. 132 y sigs.

Esta exigencia de cooperación judicial para ejercitar el derecho sobre la cosa ha permitido que algún autor, como hemos visto, niegue a la hipoteca el carácter de derecho real, ya que no puede ejercitarse directamente sobre la cosa, sin intervención del deudor o de la autoridad judicial.

En nuestra doctrina, VALLET considera la hipoteca como un embargo anticipado y voluntariamente aceptado por el deudor actual o futuro, *Panorama de Derecho civil*, 1963, pág. 170.

También CÁMARA, «Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real», en *RDP*, 1949, págs. 377 y sigs., considera que no estamos ante un derecho real, y lo que sucede es que se somete *a priori* la finca hipotecada al poder de ejecución, sin que este poder sea un derecho real, pues, simplemente, se destina un bien a ser objeto de ejecución.

(17) En este sentido, WOLF, *ob. cit.*, pág. 190, quien añade que se trata de formas para garantizar en cierto modo un producto justo y protegen contra la posibilidad de una enajenación contra Derecho. El Estado actúa al servicio del titular, cuya actividad es la fuerza impulsora, al igual que el negocio de Derecho privado de transmisión de un

Como señalan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, dentro de las variantes que la Ley Hipotecaria ofrece para conseguir la efectividad de la hipoteca, algunas presuponen la existencia de título ejecutivo (procedimiento ejecutivo y sumario), otras no (procedimiento extrajudicial); unas presuponen demanda o actuación judicial y otras no (18).

Pero la fuerza nuclear de la hipoteca la constituye ese derecho a ser satisfecho el acreedor, realizando previamente el valor de la finca, él mismo, mediante su venta, como claramente expresa el artículo 1.858 del Código Civil, al margen de la forma o control que revista dicha realización.

Por tanto, más que de una ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor por incumplimiento, se trata de ejercitar el derecho en que consiste la garantía hipotecaria, de vender la finca y cobrarse con su producto, aunque dicho ejercicio se conduzca por la vía del procedimiento de ejecución. Pero el *ius vendendi* se actúa por el acreedor como acto propio, cualquiera que sea el modo como se lleve a efecto (19).

Lo que se ve claro si tenemos en cuenta lo siguiente:

1. Que en el caso de la prenda, cuya esencia es la misma que la de la hipoteca, que no es sino una figura desgajada de aquélla, más espiritualizada, como hemos visto, el Código Civil en su artículo 1.872 reconoce claramente que es el acreedor el que podrá proceder a la enajenación de la cosa, si bien «por ante Notario».

2. Cuando la hipoteca se convierte en prenda de crédito o irregular, en caso de siniestro o expropiación de la finca, conforme al artículo 110.2 de la LH, y el crédito garantizado con la hipoteca está vencido, no hay ejecución sino, sencillamente, realización de la garantía mediante apropiación por acto unilateral. El acreedor está facultado para convertirse de poseedor *alieno nomine* en propietario.

El acreedor podrá ejercitar y cobrar directamente el crédito que sustituye a la cosa hipotecada; y si la prestación consiste en metálico, aplicar ésta desde luego al pago de su propio crédito. Y tratándose de prenda irregular, en caso de incumplimiento de la obligación principal, puede ser aplicada la garantía al pago de aquélla (20).

inmueble, que entre otros requisitos exige el cumplimiento de una pretensión de carácter público contra el Estado, dirigida a que se practique la inscripción.

(18) *Comentarios al Tratado de Cosas*, de WOLF, cit., pág. 270.

(19) Así, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *ob. cit.*, pág. 196.

(20) Así, CASTÁN, *Derecho civil*, t. II, 1957, págs. 821 y 827. Y PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *ob. cit.*, pág. 496, aclaran que en la prenda de dinero no es de aplicación el artículo 1.872 del Código Civil, pues la venta en la prenda se exige para realizar el valor, y el pacto comisorio se prohíbe para evitar que el acreedor pignoraticio obtenga una ganancia inmerecida a consecuencia de no hacerse la adjudicación previa una tasación pecuniaria que determine el valor que recibirá el adjudicatario. Ni aquello es posible ni este peligro se corre en el caso de la prenda pecuniaria.

3. La misma Ley Hipotecaria remite en el artículo 129 al control notarial para la realización del *ius vendendi* a través del procedimiento extrajudicial, y, por tanto, al margen de la actuación judicial.

Se trata, pues, del ejercicio de un Derecho privado, el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada, que, al igual que en el supuesto de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa, puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado (21).

II. CARACTERES DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

1. Un amplio sector de la doctrina considera el procedimiento extrajudicial como un proceso de ejecución pura, de la misma naturaleza que el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, si bien sustanciado ante Notario.

El procedimiento judicial sumario, introducido por la Ley de 1909, nació para favorecer la realización del crédito inmobiliario, proporcionando a los acreedores un medio fácil de efectividad del crédito hipotecario, breve, sencillo y económico. Pues el juicio ejecutivo ordinario era largo y antieconómico, sobre todo tratándose de hacer efectivo un derecho real de hipoteca, constatado en el Registro, con todas las seguridades que la inscripción proporciona (22).

En esta línea de equiparación con el procedimiento judicial sumario, señala ROCA que, al igual que en éste, se produce una simplificación del procedimiento ejecutivo ordinario, al que se le amputa la fase del juicio ejecutivo propiamente dicho, o sea, lo que es proceso de cognición, conservando sólo la fase de apremio o ejecución en sentido estricto, y eliminando varios trámites en este último. Se trata así de un procedimiento especial de apremio, sin fase de contención, oposición o controversia entre partes. *No es un juicio*, sino un simple proceso de ejecución, y concretamente *un procedimiento de realización de valor en cambio de la finca hipotecada* (23).

(21) Así lo reconoce el Preámbulo del Decreto de 27 de marzo de 1992, que modifica el procedimiento extrajudicial.

(22) En este sentido, ROCA SASTRE, *ob. cit.*, vol. II, pág. 1023, quien añade que había plena unanimidad en considerar que el juicio ejecutivo ordinario, como medio para obtener la realización de los créditos hipotecarios, no sólo era complicado, sino que permitía fácilmente al deudor de mala fe entorpecerlo con incidentes y suspensiones, alargándose más aún, aumentando su coste y aburriendo a los acreedores. Y la dificultad de cobro retraía a los prestamistas, elevándose el tipo de interés, o incitaba a la sustitución de la hipoteca por fórmulas mucho más drásticas para el deudor, como la venta con pacto de retro.

(23) *Ob. cit.*, pág. 1024. También GUASP, «La ejecución procesal en la LH», en *RCDI*, 1941, pág. 596, considera que la característica básica del procedimiento judicial

La mayoría de la doctrina, aun destacando la especialidad del judicial sumario, sobre todo la ausencia de fase de oposición, lo mantiene dentro del campo procesal, y a lo más que llega es a considerar que no se trata de un verdadero juicio.

Sin embargo, las características singulares de aquel proceso había hecho pensar a algún autor que su verdadera sede era la jurisdicción voluntaria (24). O que no hay ejercicio de acción en juicio, sino simplemente efectuación de una relación jurídica (25).

Y es que, verdaderamente, no estamos ante una acción canalizada a través del correspondiente juicio, sino ante el control estatal del ejercicio del *ius vendendi* en que consiste sustancialmente la hipoteca. Como hemos visto al analizar la esencia de la hipoteca, el acreedor tiene varias alternativas para proceder a la venta y realización de valor del bien hipotecado: sujetarse a los trámites del juicio declarativo o del ejecutivo, o a los establecidos *ex profeso* para aquel fin: procedimiento judicial sumario o extrajudicial. En estos dos últimos supuestos no hay juicio, sino control de legalidad del ejercicio del *ius vendendi*, reducido a la comprobación de la certeza y exigibilidad del crédito [arts. 131.2.º LH y 236.a).1 RH], la realidad de los requerimientos y notificaciones que permitan al deudor y titulares de derechos reales enterarse de que se está procediendo a la realización de la hipoteca, y, finalmente, al control de la propia venta con el fin de obtener un precio justo.

Tanto en el supuesto del procedimiento judicial sumario como en el notarial, la fuerza de la misma garantía hipotecaria y el impulso de su ejecución o realización excluyen cualquier discusión sobre aspectos que no consten en la escritura o en el Registro.

El Derecho permite que se pacte, en aras de la seguridad y sobre la base protectora que brinda la actuación notarial y registral, una reducción de los medios normales de defensa cuando la garantía se concreta en una cosa. Y la enajenación a la que tiende de manera natural la hipoteca se producirá, concluirá, a salvo la suspensión en los casos límite del artículo 132 de la LH, y sin perjuicio de que en juicio declarativo se planteen todas las cuestiones que interesen al deudor y sean procedentes.

2. El procedimiento extrajudicial es el conjunto de trámites a través de los cuales se canaliza el control notarial de la realización hipotecaria. Y

sumario es la ausencia de tramitación de una fase destinada a la comparecencia del demandado y a la audiencia de posibles alegaciones. No es que no haya contienda o controversia, sino ausencia de un período procesal destinado a examinarla, o sea, carencia de fase de oposición.

(24) GARCÍA FERNÁNDEZ, «DOS cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario», en *RGU*, 1912, II.

(25) Así, LÓPEZ DE HARO, «Acciones del acreedor hipotecario...», en *RGLJ*, 1932, I.

ninguno de cuyos trámites exige actividad jurisdiccional, como veremos a continuación.

a) Para que el procedimiento se inicie basta que *se compruebe la certeza y exigibilidad del crédito garantizado con la hipoteca* [art. 236.a).1 RH].

Y esta acreditación o comprobación se apoya únicamente en datos fehacientes: escritura de constitución de hipoteca (fe pública notarial) y certificación registral (fe pública registral) (26).

El requirente entregará al Notario la escritura de constitución de hipoteca con nota de haberse inscrito. Y si no pudiese presentarse la escritura inscrita, deberá acompañarse con la que se presente nota simple del Registro de la Propiedad que refleje la inscripción, dice el artículo 236.a).2 del RH (27).

Y, luego, el Notario, si estima cumplidos todos los requisitos para la viabilidad del procedimiento extrajudicial: pacto con las circunstancias del artículo 234 del RH, obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada (art. 235 RH) y la propia competencia notarial (art. 236.1 RH), además de los ya señalados de la certeza y exigibilidad del crédito y cantidad exacta objeto de la reclamación [art. 236.a).1 RH], solicitará *certificación registral* en la que conste entre otros extremos, la inserción literal de la inscripción de la hipoteca en los términos en que esté vigente (28).

Y en vista a la certificación del Registro decidirá si continúa el procedimiento.

(26) Lo que no está en la escritura o en el Registro de la Propiedad no tiene relevancia a los efectos de la realización.

(27) Sólo en relación con los intereses, en el caso de créditos con interés variable, admite que se acrediten con el documento o documentos que permitan determinarlo con exactitud. Documentos que unas veces serán oficiales (Boletín Oficial) y otras meras certificaciones bancarias. Pero en todo caso se trata de cantidades accesorias y documentos que gozan de seriedad y credibilidad suficientes.

(28) Es la certificación registral la que permitirá completar los datos necesarios para calificar la viabilidad del procedimiento, pues dado el carácter constitutivo de la hipoteca, las prórrogas y modificaciones en general, e incluso la propia legitimación para iniciarlo, si existe cesión del crédito hipotecario, por ejemplo, sólo podrá detectarse con la certificación registral.

Por eso ROCA, en relación con el procedimiento judicial sumario, decía que la exigencia de presentar la escritura no se aviene con la base fundamentalmente registral de dicho procedimiento, unido al carácter constitutivo del derecho de hipoteca, y que debería bastar que se acreditara la existencia registral de la hipoteca que acude a la ejecución, lo que concordaría con el criterio que preside el artículo 41 de la LH, *ob. cit.*, pág. 1040.

Es cierto lo que dice ROCA, pero no sobra, a mi juicio, que se presente también la escritura, que pudiera reflejar datos que todavía no han llegado al Registro, si se cumple lo que dispone el Reglamento Notarial sobre coordinación de escrituras, y que pudieran ser decisivos para paralizar el procedimiento.

En todo caso, el Notario, para seguir el procedimiento ha de analizar la escritura y la certificación, pues, como dice el artículo 236.c).1 de la LH, el requerimiento de pago, que es la continuación del procedimiento, se hará a la realización hipotecaria solicitada.

El apoyo básico del procedimiento notarial, como del judicial sumario, está en la fe pública notarial y registral y en el principio de legitimación.

Señala ROCA, refiriéndose al judicial sumario, que el fundamento está en los datos del Registro, y al acreedor como titular registral de un derecho real de hipoteca se presume que le pertenece tal y como el Registro lo presenta (29). Presunción de legitimidad que puede destruirse fuera del procedimiento de ejecución, pero sin suspenderlo (art. 132 LH), pues éste sigue su curso apoyado solamente en los datos registrales; y lo único que autoriza la Ley, para evitar sorpresas, es la retención de la cantidad obtenida en el procedimiento (30).

Se podrían aceptar estas consideraciones añadiendo que el Notario ha de hacer la comprobación de los datos referidos en base al Registro, pero conjuntamente con los derivados de la escritura pública, pues en ella podrían reflejarse modificaciones que no hubieran tenido acceso al Registro y que afecten a la viabilidad del procedimiento.

b) El desarrollo del procedimiento se realiza mediante una serie de actos de carácter fehaciente, dada la propia eficacia de la intervención notarial [requerimientos: 236.c).1; notificaciones: 236.d); comunicaciones: 236.f).5], basados en datos registrales y, por tanto, con el amparo de la publicidad registral [domicilio del deudor, titulares de derechos reales, etc.: 236.c),d).2].

Los actos que se producen dentro del procedimiento con un contenido negocial, como el pago [art. 236.e)], subrogación [art. 236.e).2], cesión del remate [art. 236.h)A] y sobre todo la subasta, con sus consignaciones, adjudicaciones y remates [art. 236.g), h), i), j), k)], constituyen todos ellos materia propia de la actuación notarial.

Por último, la terminación misma del procedimiento se realiza mediante un acto tan notarial como la autorización de la escritura de transmisión a favor del rematante o adjudicatario, que servirá, además, para cancelar los asientos posteriores a la inscripción de la hipoteca (art. 236.1).

3. La realización extrajudicial de la hipoteca se dirige por el Notario y se realiza a través de una serie de actuaciones típicamente notariales, que

(29) *Ob. cit.*, pag. 1026. Recuerda al *solve et repete* de los negocios jurídicos abstractos en actuación. Y añade que es el mismo espíritu del artículo 38 de la LH el que atribuye al acreedor una presunción de titularidad efectiva, sin perjuicio de que después, en el juicio plenario, se compruebe si su pretensión carecía de base. Pero mientras esto no se demuestre, hay que sostener los pronunciamientos registrales. El contenido del Registro, en lo relativo a la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito hipotecario, cobra sustantividad al concedérsele, al menos provisionalmente, pleno valor de verdad. La inscripción de hipoteca revela una situación jurídica no menos digna de legitimidad que una sentencia de remate obtenida con contadas excepciones y defensas.

(30) De ahí que al ser un proceso de realización sin juicio previo deje intactas las cuestiones de fondo para que puedan ser discutidas en juicio ordinario (Sentencia de 12 de diciembre de 1950). No produce, pues, efecto de cosa juzgada.

dotan a la ejecución de una seguridad y garantía de legalidad del mismo nivel, por lo menos, que el control judicial, por la fuerza que le da la fe pública registral unida a la propia de la función notarial, dentro de la cual encajan, tal como hemos visto, todos los trámites del procedimiento.

Pues aquéllos que exigirían coactividad se soslayan en la realización hipotecaria notarial. Así, la rebeldía del dueño de la finca, mediante la técnica típica del Derecho privado, que es el apoderamiento irrevocable (234.1.3.º), y la entrega de la posesión al adjudicatario remitiéndose al Juez [art. 236.m)].

La realización de la hipoteca se desarrolla, pues, íntegramente desde una actuación que encaja plenamente dentro de la función notarial, al soslayar el legislador cualquier actividad que suponga, o bien contradicción u oposición —pues en tal caso o se suspende [236.ñ)] o se desvía la oposición hacia el cauce judicial [236.o)]—, o bien coactividad, tal como hemos visto. Y está dentro la órbita amplia que describe el artículo 1 del Reglamento Notarial.

El *ius vendendi*, que constituye la esencia de la hipoteca, se efectúa así de manera aséptica, por la vía de intervención notarial en perfecta simbiosis con el Registro de la Propiedad, provocando las inscripciones y cancelaciones consiguientes, sin necesidad de acudir a la vía coactiva, gracias a la coordinación de la función notarial con la eficacia registral. De modo semejante a la realización extrajudicial de la cláusula resolutoria en la compraventa con precio aplazado, conforme al artículo 59 del RH (31).

El Preámbulo del Real Decreto 290/1992 se hace eco de esta autosuficiencia notarial del procedimiento cuando dice que «la dirección y ordenación notarial de la actividad realizatoria se cohonesta con una minuciosa regulación de los trámites a seguir y de las incidencias que eventualmente puedan aparecer; y que la posible colisión entre los derechos del acreedor y de los terceros se resuelve con el exclusivo criterio de la prioridad registral de sencilla constatación por parte del Notario». Y deja a salvo los aspectos contenciosos o meramente jurisdiccionales cuando añade que «sin perjuicio del establecimiento de un cauce adecuado para resolver posibles tercerías de mejor derecho, que no paralizan la enajenación del bien...» (32)

(31) En efecto, en dicho precepto se prevé un sistema ágil y eficaz de realización de la garantía de la cláusula resolutoria mediante un sencillo procedimiento notarial registral, aunque la virtualidad del mismo haya disminuido después de una interpretación excesivamente paternalista de la Dirección General de los Registros. Este problema lo he analizado en un trabajo titulado «Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria», en *RCDI*, 1992, págs. 63 y sigs.

(32) Y añade que la gran certeza que ofrece la documentación pública y la publicidad registral de las relaciones hipotecarias hacen que el objetivo de desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial, sea plenamente viable, sin merma de las debidas garantías del deudor.

III. LIMITES

1. EL PROCEDIMIENTO TIENE QUE SER PACTADO

El legislador no ha considerado oportuno regular el *ius vendendi*, en el que la hipoteca se traduce fundamentalmente, estableciendo directamente el control notarial de la venta, como lo hace en el artículo 1.872 para la prenda. Y podía haberlo hecho, pues las mismas razones habría en el caso de la prenda, de la que la hipoteca es una derivación más atemperada, al prescindir de la posesión, para entender que el pacto expreso de ejecución por vía notarial era imprescindible.

Porque, como ya hemos visto, ni el procedimiento judicial sumario es una auténtica acción, que no sería necesaria, pues la esencia de la hipoteca está, precisamente, en la facultad del acreedor de realizar por sí el objeto de la garantía, sino una simple forma o medio de control público de la enajenación. Ni, por consiguiente, el procedimiento extrajudicial es una derivación espúrea del procedimiento judicial: es sencillamente otra forma pública de control de la venta, y con no menos garantías, como hemos visto.

Por otra parte, como explicaré luego, la virtualidad de esa exigencia paccionada es irrelevante en la práctica. El pacto sobre el procedimiento extrajudicial se ha convertido en una cláusula de estilo que integra el conjunto regulador normal de los préstamos hipotecarios, y la libertad para excluirlo por el prestatario es tan ilusoria como la de modificar o influir en cualquier otra cláusula que forme parte de las condiciones generales que, de manera prefijada, imponen las entidades crediticias. Por tanto, en la realidad el problema de la libertad contractual se remite a la voluntad de celebrar el contrato, es decir, a si al prestatario le interesa o no el préstamo al interés y plazo que convengan, y, en lo demás, en el detalle de su regulación, se impone por el prestamista sin posibilidad de negociación; y sin que, justo en reconocerlo también, generalmente, se interesen tampoco excesivamente los prestatarios por las vicisitudes posteriores a la entrega del dinero, que son las reguladas por el engorroso y complejo clausulado de los préstamos hipotecarios (33).

No hay, pues, ninguna razón sustancial que impida al legislador establecer el procedimiento extrajudicial directamente, como consecuencia natural de la

(33) Lo que el prestatario quiere es resolver su problema económico lo más rápidamente posible, y, por tanto, que se le agilice al máximo la tramitación, con el fin de que pueda recibir el dinero cuanto antes. Cuando el Notario le explica el significado de las distintas cláusulas (obligaciones del hipotecante, vencimiento anticipado, procedimiento extrajudicial, etc.), raramente pone más reparos que el de que si hiciera caso a la lectura de tantas ataduras y prevenciones por parte de la entidad prestamista no firmaría el contrato, añadiendo que, en definitiva, cumpliendo puntualmente, todas las prevenciones son papel mojado. Y ven muy lejano, o quieren verlo, el día del incumplimiento.

hipoteca, siempre que en el contrato se hayan previsto las circunstancias operativas necesarias para el desarrollo de la realización hipotecaria. Lo mismo que en el procedimiento judicial sumario y lo mismo también que para el procedimiento extrajudicial en el caso de la hipoteca mobiliaria y para la realización de la prenda sin desplazamiento (34).

Pero lo cierto es que el legislador ha considerado oportuno exigir el pacto expreso para que el acreedor pueda utilizar el control notarial para la realización de la hipoteca en el artículo 129 de la LH. Y en el RH, reformado por Real Decreto de 27 de marzo de 1992, se añade: que se haya estipulado en la escritura de constitución de hipoteca la sujeción de los otorgantes al procedimiento y que la estipulación conste separadamente.

a) *Que se estipule la sujeción al procedimiento (art. 234.1 y 2)*

La LH en su artículo 129 dice que podrá válidamente pactarse el procedimiento extrajudicial, y el artículo 234, antes de la última reforma, que para que sea aplicable será necesario que en la escritura de constitución se designe por el deudor un mandatario y el precio de tasación.

La doctrina, al comentar este requisito, entendía que lo que se exigía era estipulación expresa (35). Pero no parecía que hubiera obstáculo para el empleo de fórmulas indirectas, como, por ejemplo: «A los efectos del procedimiento extrajudicial se tasa la finca...» (36).

Con la nueva redacción del RH la solución es más dudosa: «La tramitación... requerirá que en la escritura... se haya estipulado la *sujeción* de los otorgantes a este procedimiento y ("además", se puede entender) que consten las siguientes circunstancias...», dispone el artículo 234.1. Es decir, primero, sujeción expresa y, luego, además, las circunstancias que señala. Y el mismo

(34) El artículo 130 de la LH dispone que para que sea aplicable el procedimiento judicial sumario será necesario que se haga constar en la escritura un domicilio para requerimientos y el valor de tasación. El artículo 86 de la LHM añade para el extrajudicial la designación de mandatario. Y para la prenda sin desplazamiento, el artículo 94 de la LHM regula directamente la realización bajo control notarial, sin más.

Cuáles sean las razones de fondo que lleven al legislador a establecer un tratamiento, si se quiere, más rígido, en este sentido formal, de estipulación *expresa* para el control notarial en el caso de la hipoteca inmobiliaria, no se perciben. La Exposición de Motivos de la LHM se limita a señalar que «las líneas fundamentales de la regulación son análogas a las de dicha Ley (LH), si bien imprimiendo mayor rapidez y brevedad a los trámites y suprimiendo algunos en atención a la diferente naturaleza de los bienes».

(35) Así, ROCA, *ob. cit.*, pág. 1002.

(36) En cambio, parecía necesaria una referencia al procedimiento judicial sumario, ya que la mera designación de domicilio y valor de tasación a efectos ejecutivos en general, se consideró insuficiente.

artículo en su número 2, se dice así: «la estipulación en virtud de la cual los otorgantes hayan pactado la sujeción al procedimiento...» (37).

Y no hay que olvidar que una de las razones de la reforma es potenciar el dinamismo de un sector de vital importancia para la cobertura de las necesidades básicas del ciudadano, como son las relativas a la adquisición de viviendas. Y dentro de esta órbita habrá que tener en cuenta la normativa basada en los principios constitucionales que recogen los artículos 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada), y 51 (protección de los consumidores y su información) de la Constitución. Y muy especialmente la Ley de 19 de julio de 1984, desarrollada para la vivienda, en concreto, por Decreto de 21 de abril de 1989, en cuyo artículo 10 se establece que las cláusulas o estipulaciones estarán redactadas con concreción, sencillez y con posibilidad de comprensión directa.

Hay que reconocer que la manifestación directa y expresa de sujeción al procedimiento extrajudicial, conduce a una mayor claridad y, por tanto, está en más consonancia con las exigencias de aquella legislación protectora del consumidor.

Y si a esta exigencia de expresa sujeción al procedimiento se añade la de su redacción en cláusula separada, que analizaré luego, no cabe duda que existen más posibilidades de conseguir una mejor inteligencia o, por lo menos, de que el deudor o hipotecante se entere mejor o sencillamente preste más atención a la lectura que el Notario debe hacer, lo que, a su vez, provocará mayor interés por conocer su alcance, que el Notario aclarará en el ejercicio de su función de asesoramiento (38).

(37) Se observa en la redacción del Real Decreto que modifica el procedimiento una clara voluntad de facilitar la agilización de la realización hipotecaria a través del control notarial, pues como señala el Preámbulo: es preciso desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial, reconociendo que la presión enorme que se puede producir sobre la Administración de Justicia puede poner en peligro un sector de vital importancia de la economía.

Pero, por otro lado, se advierte una influencia, hasta cierto punto contradictoria o, por lo menos, recelosa ante tanta facilidad ejecutiva, de un sector más atento a la protección del consumidor, que, como veremos, ha provocado una serie de frenos o cautelas e, incluso, limitaciones que puedan dejar frustrado el procedimiento, de modo parecido a lo que sucedió hasta ahora con la regulación anterior.

(38) El artículo 1 del Reglamento Notarial establece este deber de asesorar y aconsejar. No obstante, la rigidez formal de redacción, que se desprende de la nueva regulación del procedimiento extrajudicial no resulta superflua, desde el punto de vista de la claridad que con mayor intensidad debe presidir el clausulado de las condiciones generales impuestas; pues una redacción indirecta, por alusión, hace más fácil, en la práctica, que, si el Notario se limita a su lectura, pase inadvertido dicho pacto, sin que el interesado se entere del mismo.

Pero el Notario, que ha de estar especialmente sensibilizado en este campo de las cláusulas generales a las que se refiere la Ley para la Defensa de los Consumidores, por la propia naturaleza de la función, que le exige aclarar hasta donde sea preciso el signi-

Sin embargo, hay que reconocer que en esta materia de protección al consumidor las normas se suelen quedar en meras formulaciones de intenciones, pues aun admitiendo que en el caso concreto que nos ocupa se consiga, con la nueva regulación, una mayor claridad de las cláusulas, lo que supone, desde luego, un perfeccionamiento, un avance; sin embargo, no se logra alcanzar una auténtica protección real, pues el *quid* de ésta está en la prohibición clara de las cláusulas abusivas, detallando cuáles sean éstas, y ya con mayor alcance, atajando la raíz del problema, con una política económica que compense los desequilibrios y que cumpla verdaderamente el mandato constitucional de acceso a una vivienda digna, sin que el ciudadano tenga que vivir angustiado de por vida ante la posibilidad de perderla por una serie de causas, que aunque derivadas de cláusulas impuestas por las entidades de crédito desde una clara posición dominante, no dejan de ser muchas de ellas una consecuencia lógica del juego normal del contrato de préstamo hipotecario, aceptado por el deudor que acude a la financiación ajena por entidades privadas, las cuales no tienen por qué sustituir al Estado en el papel que constitucionalmente le está encomendado. Y ese es el verdadero terreno desde el cual el legislador debiera enfrentarse a la solución del problema de la vivienda (39).

b) *Debe constar en cláusula separada*

El artículo 234.2 es claro: La estipulación en virtud de la cual los otorgantes hayan pactado la sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca *deberá constar separadamente* de las restantes estipulaciones de la escritura.

Esta exigencia no es caprichosa, y no es, a mi juicio, mera reiteración de la recomendación notarial que hace el artículo 176 del Reglamento Nota-

ficado de lo que firma a quien lo necesite, no ha de limitarse a leer de forma rutinaria aquellas cláusulas, sino explicar su significado y alcance, hasta que se entiendan. Los Notarios sabemos que en la mayoría de los casos la simple lectura de las estipulaciones de los préstamos hipotecarios, redactadas de manera farragosa, con un lenguaje, a veces ininteligible para el mismo jurista, y en un número excesivo y *superfluo*, se hace tan pesada que los prestatarios, que ya se han decidido a obtener el préstamo, renunciarían de buena gana a escuchar algo que no entienden, y que, como ya he señalado, están dispuestos a aceptar en todo caso.

Pero otra cosa distinta es si le explica su alcance con el lenguaje sencillo, hablado, bien diferente del escrito, y que permite, por lo menos entender lo que firman, con la tranquilidad que supone, aunque les parezca excesivo.

(39) Por otra parte, la mayoría de las normas dictadas para la protección al consumidor, al no enfrentarse directamente con el problema, no son más que disposiciones de cara a la galería, sin que se logre una eficacia seriamente protectora. Con más detalle se analiza la hipocresía legislativa en mi trabajo, *La seguridad jurídica y el Estado de derecho en España*, Sevilla, 1993.

rial (40). Sino un requisito sustantivo cuyo fundamento obedece a las mismas razones ya explicadas en relación con el pacto expreso, de claridad en la contratación como exigencia que afecta a la validez, impuesta con carácter general por la legislación de protección al consumidor.

La claridad, concreción y sencillez a que se refiere el artículo 10 de la Ley de 19 de julio de 1984, y cuya infracción determina la nulidad de pleno derecho de la estipulación que no respete aquellos criterios, se concreta en materia de hipoteca y especialmente en cuanto al pacto de sujeción al procedimiento extrajudicial, en la exigencia de *cláusula separada*.

Lo cual es lógico, si tenemos en cuenta lo antes dicho sobre la paciencia que hay que tener para escuchar la lectura de tantas cláusulas *superfluas*, oscuras, farragosas, amenazantes, así como la dificultad para entender las estipulaciones que integran las minutas que imponen las entidades de crédito y que invaden el documento, haciendo que suponga aquella actuación pasiva una pequeña tortura (41). Ello se traduce, en la práctica, si la lectura se hace sin pausa, en una desatención que permitirá que pasen inadvertidos muchos pactos, sobre todo si no están material y gráficamente separados.

El hecho de constar en una cláusula distinta obliga a hacer una pausa que facilitará una mayor atención y reflexión sobre el texto redactado independientemente.

Por tanto, la redacción separada es requisito de validez del pacto de sujeción al procedimiento extrajudicial (42).

No lo entendió así la Dirección General de los Registros, que en Resolución de 7 de julio de 1992 consideró que el requisito de la constancia separada es una simple exigencia de técnica notarial que no afecta al surgimiento del derecho a la ejecución por la vía extrajudicial, por las siguientes razones: 1) El artículo 234 distingue claramente, dedicando apartados distintos y

(40) Establece dicho precepto que «La parte contractual se redactará... con los pactos o convenios entre las partes que intervengan en la escritura, cuidando el Notario de reflejar con la debida claridad y separadamente los que se refieran a cada uno de los derechos creados..., así como el alcance de las facultades, determinaciones y obligaciones de cada uno de los otorgantes o terceros a quienes pueda afectar el documento...».

(41) No se entiende por qué las entidades de crédito persisten de manera obcecada en mantener unas minutas larguísimas, con repeticiones, lenguaje reiterativo, estipulaciones nulas, con las que únicamente se logra dar una imagen de abuso de posición dominante, que en nada les beneficia. Por el contrario, perjudica la inscripción rápida de la escritura, hace más costosa ésta, y dificulta la ejecución hipotecaria.

La Academia Sevillana del Notariado publicó hace dos años varios modelos de préstamos hipotecarios, que se enviaron a diversas entidades de crédito, sin que tuvieran repercusión alguna.

(42) En este sentido, GARCÍA MÁ, «Apuntes al procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario», en *Boletín del Colegio de Granada*, 1992, pág. 3187. También MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, en «La realización de hipotecas mediante subasta notarial», en *RDP*, pág. 109.

numerados separadamente, entre requisitos para que nazca el derecho a la realización extrajudicial y exigencia de configuración documental, que queda al margen de dichos requisitos. 2) La exigencia de constancia separada no establece una norma nueva que no existiera antes, pues se limita a reiterar, en el ámbito hipotecario, una norma de carácter notarial. Y no se trata, pues, de un requisito de validez o eficacia del negocio documentado, y su infracción carece de trascendencia sustantiva y puede originar, únicamente, responsabilidad del fedatario infractor.

Realmente no se explica uno ni los argumentos tan forzados que utiliza, pues la norma del artículo 234.2 es bien clara, sustantiva, tajante e imperativa: «deberá constar», frente a la recomendación del artículo 176 del RN, «cuidará», dirigida al Notario, ni los motivos para una interpretación tan flexible y, por lo demás, contradictoria con la exigencia de protección al consumidor (43).

c) *¿El pacto ha de constar en la misma escritura de constitución?*

A primera vista, y partiendo de la redacción de la norma del artículo 234.1 del RH, pudiera parecer que el pacto ha de constar precisamente en la «escritura de constitución».

Pero ni desde el punto de vista formal o escriturario, ni de fondo o de fines que se persiguen con dicho pacto se puede deducir tal solución.

En efecto, la constitución de la hipoteca se integra por la escritura inicial más las posteriores complementarias, de rectificación e, incluso, las modificativas, pues en todas ellas, conjuntamente, confluye la total regulación privada de la hipoteca (44).

Desde otro punto de vista, el pacto posterior a la constitución en sentido estricto ofrece una mayor garantía de libertad, pues la parte «débil» en el momento del convenio inicial, el deudor apremiado por las necesidades eco-

ROMERO GIRÓN, «El procedimiento ejecutivo extrajudicial y la Constitución. Requisitos y ámbito...», en *Boletín del Colegio de Granada*, 1993, pág. 397, no se manifiesta con mucha claridad: «No estamos seguros de que el artículo 234.2 del RH admita un sentido distinto de lo que literalmente dice. Quizá, si se buscara alguna diferencia entre cláusula y estipulación. De lo que sí se puede estar seguro es que la defensa del consumidor debe articularse sobre algo más consistente que la simple precaución de la estipulación separada».

(43) Pues para resolver el problema que más le preocupa, el de la irretroactividad de tal exigencia, no era necesario, como veremos, tal razonamiento.

Para una crítica más minuciosa, ver MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *ob. cit.*, págs. 105 y sigs., y GARCÍA MÁS, *ob. cit.*, pág. 3187.

(44) Por eso, el artículo 178 del Reglamento Notarial exige la coordinación formal y su referencia en la primera mediante la correspondiente nota.

nómicas que le fuerzan a acudir a la financiación ajena, ya no estaría entonces sometido a la imposición de estipulaciones cuya aceptación no pueda evitar el consumidor en el momento de la constitución.

Después de la escritura inicial el prestatario recobra la libertad para pactar, sin imposición, la sujeción al procedimiento extrajudicial (45).

2. EL PACTO HA DE CONTENER LAS SIGUIENTES CIRCUNSTANCIAS

1.^a El *valor* en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta.

Dicho valor no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento judicial sumario (art. 234.1 RH).

En este procedimiento, todavía con más razón que en el judicial sumario, es preciso evitar el trámite engorroso del avalúo o tasación pericial, regulado para el procedimiento de apremio en el artículo 1.494 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, esta simplificación procesal tiene sus inconvenientes. Que ya ROCA SASTRE había reseñado, en relación con el procedimiento judicial sumario (46).

Y así existe el peligro derivado de que los contratantes, que ven en la subasta algo improbable y remoto, realicen la tasación con ligereza, y luego, con el transcurso del tiempo, el valor fijado se distancie del real, lo que dará lugar a desagradables sorpresas a la hora de la subasta (47).

El valor corresponde fijarlo a los interesados (acreedor e hipotecante). Aunque, tratándose de préstamos hipotecarios concedidos por entidades de

(45) Distinto es el supuesto de que habiéndose pactado la sujeción al procedimiento extrajudicial, se hubiera omitido algún requisito (el valor, domicilio, etc.). Lo adecuado, será, entonces, otorgar la correspondiente escritura complementaria o subsanatoria, en su caso.

ROCA SASTRE, pág. 1036, en relación con la exigencia del artículo 130 de la LH para el procedimiento judicial sumario, así lo admite, si bien aclara que lo procedente sería lograr el asentimiento de los posteriores titulares de derechos reales, si los hubiere. Y ROMERO GIRÓN, pág. 407, considera que, con esta limitación, nada hay que impida una rectificación de la escritura.

Y distinto es también el caso de modificación, por pacto posterior de las circunstancias del artículo 234.1 del RH, como la del domicilio, que el mismo artículo 234 prevé remitiéndose al 130 de la LH, o del valor de tasación, cuya utilidad es clara para adaptarlo a los cambios sobrevenidos, o la misma persona del designado para solventar los problemas derivados de fallecimientos prematuros o de otras causas que pudieran frustrar el procedimiento.

(46) *Ob. cit.*, pág. 1033.

(47) Como podría ser la aplicación del artículo 1.640 del Código Civil en relación con el tanteo enfitéutico, referido por ROCA, pág. 1033.

crédito, el valor de tasación, al igual que las demás condiciones, son impuestas por la entidad prestamista, la cual, por otra parte, ha de ajustarse al certificado de tasación, necesario para el mercado hipotecario, y que suele incorporarse a la propia escritura de hipoteca.

Si la finca está gravada debería tenerse en cuenta el importe de las cargas anteriores, que deberán subsistir, y deducirlo convenientemente. Lo que puede plantear el problema de que dicho valor no sea, al final, el correcto por haberse cancelado ya dichas cargas en el momento de la ejecución (48).

En todo caso, el valor no tiene por qué ajustarse al real, pues se trata de fijar un tipo para la subasta, que no tiene por qué coincidir con aquél necesariamente en el momento de la constitución, y que difícilmente coincidirá cuando la subasta tenga lugar, si se tienen en cuenta las fluctuaciones que se producirán como consecuencia del transcurso del tiempo. Lo que plantea el problema de la posibilidad de modificar el valor de tasación, que, a mi juicio, debe resolverse en sentido positivo, siempre que se haga por convenio entre los mismos interesados y con el consentimiento de los titulares de asientos posteriores (49).

Desde el punto de vista de la libertad contractual no cabe la menor duda acerca del mayor valor de cualquier pacto posterior a la entrega del dinero, que es el momento a partir del cual se deshace el desequilibrio inicial en favor del prestamista. Por otra parte, estamos en el marco sustantivo de regulación de la hipoteca, que no de una norma de procedimiento, cuya modificación plantea mayor dificultad, como luego veremos, dada su propia naturaleza y la redacción del artículo 235.2 del RH. Y, por tanto, habrá que tener en cuenta la norma permisiva general del artículo 149 de la LH.

Por último, ha de ser igual al señalado para el procedimiento judicial sumario. Esta exigencia, en la práctica, puede plantear algunos problemas.

Así, el de si basta la mera remisión al fijado para tal procedimiento. Verdaderamente no debería haber obstáculo en admitirla, pero podrían surgir dudas cuando para el procedimiento judicial sumario se fijó el valor por referencia a la suma de responsabilidades, que serán las totales por principal, intereses ordinarios, de demora, costas y otros gastos. Si la remisión se realiza sencillamente así: el valor fijado para el judicial sumario, no habrá problema de claridad. Pero si se dice que el valor será la suma de responsabilidades sin

(48) Problema que podría resolverse pactando un valor de tasación y, además, otro supletorio para tal caso, fácilmente deducible, partiendo de un valor determinado de las cargas anteriores.

(49) En este sentido, ROCA, pág. 1034. También ROMERO-GIRÓN, pág. 399, quien añade que en el caso de apreciación de alteración extraordinaria de las circunstancias podría solicitarse unilateralmente. Y muy razonablemente sostiene este autor que, dado el lapso de tiempo que transcurre entre la valoración y ejecución, podría conectarse el tipo fijado con un índice de estabilización, que sigue siendo una determinación clara y precisa y favorece a ambos interesados.

más, y para el judicial se estableció lo mismo, pudiera producirse una diferencia de valor si se entendiese que la suma de responsabilidades del extrajudicial es la reducida que se deriva del artículo 235.1 del RH. Por eso lo conveniente será expresar numéricamente el valor en los dos supuestos.

2.^a El *domicilio* señalado por el *hipotecante* para la práctica de requerimientos y notificaciones, que no podrá ser distinto del fijado para el procedimiento judicial *sumario*.

La introducción de este requisito está en la línea de simplificación y agilización al igual que en el procedimiento judicial *sumario* (50).

Sin embargo, existe una doble diferencia en la redacción de esta norma frente a la del artículo 130 de la LH:

a) En ésta, referida al judicial *sumario*, se dice que en la escritura se determinará *un domicilio*. En el artículo 234.2 del RH se habla de «*el domicilio*».

La norma del artículo 130 de la LH se interpretó generalmente en el sentido de que no cabía otra posibilidad que la de establecer un solo domicilio, incluso aunque se tratase de varios deudores. A mi juicio, ni la literalidad del precepto ni las exigencias procesales, y también hoy constitucionales de defensa, admiten tal solución. Si hay varios deudores, cada uno tendrá derecho a fijar su domicilio. Podrán fijar, si lo desean, un solo domicilio para todos. Pero en otro caso cada uno tendrá derecho a fijar el suyo, lo que se deduce del propio artículo 130 rigurosamente interpretado, pues la referencia a un domicilio concuerda con el singular de la persona que lo fija: el deudor; y, además, porque, de otro modo, se produciría una indefensión al impedir de hecho a los otros deudores la paralización de la realización hipotecaria, al no tener conocimiento del requerimiento de pago efectuado en el domicilio señalado (51). Y estas razones están por encima de los criterios de agilidad o eficacia del procedimiento.

(50) Este domicilio convencional, lo mismo que en el procedimiento judicial *sumario*, puede no ser el efectivo y real, pues la Dirección General de los Registros señaló que es indiferente que la designación sea equivocada o falsa o que las calles o edificios hayan desaparecido o transformado, o hayan variado su nombre o numeración, pues de otro modo sería fácil burlar la Ley (R. de 15 de diciembre de 1925).

(51) Se podrá decir que si los deudores de común acuerdo aceptan un domicilio, deberán estar a las consecuencias, y, por tanto, ha de entenderse que tienen los medios necesarios para que, efectuado el requerimiento en el mismo, llegue a su conocimiento. Pero este argumento solamente tiene peso si el acuerdo es voluntario, pero no cuando se impone la obligación de fijar uno solo y, por tanto, a prescindir del que a cada uno le interesa porque sabe que los requerimientos en él llegarán a su conocimiento.

Hoy avala esta tesis la reforma del artículo 51.9.^a del RH, por Decreto de 13 de noviembre de 1992, que exige el domicilio del otro cónyuge, si el acto afecta a los derechos de la sociedad conyugal, para dar efectividad a la norma del artículo 1.490 de la LEC reformada por Ley 10/1992, de 30 de abril.

Tratándose del procedimiento extrajudicial habrá que sostener igual solución, y sin que aquí se choque con aquel posible obstáculo literalista del artículo 130 de la LH, que hablaba de un domicilio.

Sin embargo, la finalidad que se pretende con la designación de un domicilio, antes señalada, no permite, a mi juicio, la posibilidad de establecer varios alternativos, si bien podrá preverse ya el cambio para el caso de subrogación del adquirente de la finca hipotecada (52).

b) En el judicial sumario el domicilio lo fija el *deudor*. En el extrajudicial, el *hipotecante*.

En principio, se puede decir que hay una mayor congruencia en la norma del artículo 130 de la LH, pues el requerimiento ha de hacerse al deudor, conforme al artículo 131.3.º de la propia LH (53). El deudor fija el domicilio, pues a él se le requiere. Pero el artículo 131 de la LH añade que el requerimiento se hará también al tercer poseedor, en el caso de que hubiere acreditado al acreedor la adquisición del inmueble; y el artículo 130 de la LH permite, lógicamente, que todo tercer adquirente pueda variar el domicilio que encontrara fijado al tiempo de la adquisición.

La interpretación que mejor coordina los intereses en juego y que responde a las posibilidades que el artículo 130 de la LH brinda al deudor y al tercer poseedor es, a mi juicio, la siguiente: tanto el deudor, porque así lo dice el artículo 130 y porque a él se le hace el requerimiento conforme al 131, como el hipotecante no deudor, porque la posibilidad de cambio de domicilio al tercer adquirente que permite el 130, último párrafo, sólo tiene sentido si se refiere al del hipotecante (pues produciría indefensión del deudor no hipotecante el cambio sin su consentimiento efectuado por el tercer adquirente) y porque al tercer poseedor se le requiere también de pago conforme al 131 de la LH, tienen derecho a fijar su propio domicilio.

Por tanto, en el caso de deudor hipotecante, éste fijará el domicilio, y el tercer adquirente podrá luego variarlo si se ha subrogado en la deuda o simplemente señalar el suyo, en otro caso. Si se trata de hipotecante no deudor, lo procedente será fijar un domicilio por el deudor y otro por el hipotecante.

(52) Sostiene ROMERO GIRÓN, *ob. cit.*, pág. 402, que cabe la hipótesis de domicilio múltiple simultáneo (cuando se hipotecan varias fincas en garantía del mismo crédito y se fija como domicilio el de las fincas hipotecadas) y múltiple sucesivo (cuando su determinación se hace depender de hechos predeterminados en su sucesión, por ejemplo, en los préstamos a la construcción, el domicilio del promotor y de los adquirentes a medida que van subrogándose).

(53) Sin embargo, ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 1034, notas 1 y 2, se preguntaba por qué cuando se trata de hipotecante no deudor no se impone a éste y no al deudor la fijación. Y decía que dada la redacción del precepto da la impresión de que sirve tanto para el deudor como para el hipotecante y el acreedor.

En cambio, para el extrajudicial, dispone el artículo 236.c).1 del RH que el requerimiento se haga al deudor, a pesar de que el domicilio lo fijó el hipotecante.

Si se trata de hipotecante deudor no hay problema. Pero, en otro caso, habrá que entender que será el deudor el que fije su domicilio, pues a él (y en este procedimiento sólo a él) se le hace el requerimiento. Y no tendría sentido efectuárselo en el señalado por el hipotecante no deudor. Y sin perjuicio de que este último pueda hacer constar un domicilio a los efectos de notificaciones, tal como prevé el artículo 236.d)3 del RH (54).

3.^a La persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca *en representación del hipotecante*.

La nueva redacción dada al precepto mejora la anterior, que calificaba de mandatario a la persona designada a tal efecto por el *deudor* (55).

Ahora bien, ¿qué características tiene esta «representación» o cuál es la naturaleza o función de la persona designada?

1. *Podrá designarse al propio acreedor* (art. 234.1.3 RH), a pesar de que está especialmente interesado y con intereses contrapuestos, e incluso podrá otorgar la escritura a su favor, cuando sea rematante o adjudicatario, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.459.2.º del Código Civil (56). Lo que podría plantear el problema de si por disposición reglamentaria puede dejarse sin efecto aquella norma; aunque si aceptamos la que, como veremos, me parece la interpretación más adecuada de que no estamos ante un verdadero

(54) En el caso de que el deudor haya fijado su domicilio y el hipotecante otro, cada uno podrá modificar el suyo.

(55) Por eso entendía ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 1006, nota 1, que mejor debiera haber dicho que representaba al propietario hipotecante, pues de otro modo sólo es cierta tal representación si el deudor es el hipotecante; y que el mandatario representa al propietario de la finca al tiempo de la ejecución. Representa la propiedad de la finca a efectos ejecutivos. Si se entiende así no se producirá la contradicción de que si la finca pasa a tercer poseedor se inscriba un título de enajenación otorgado por el mandatario de un titular anterior.

(56) Este precepto establece que «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial... 2.º Los mandatarios, los bienes en cuya administración o enajenación estuviesen encargados».

Sobre el carácter imperativo de esta norma y sus consecuencias puede verse en GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil*, Edersa, t. XIX, pág. 135 y sigs., quien considera la prohibición como disposición imperativa, que no puede ser derogada por voluntad de los particulares y, por tanto, no cabe el pacto autorizando al mandatario. En cambio, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, t. II, pág. 905, entiende que la prohibición no es un veto absoluto y autocontrato, pues cuando la voluntad del mandante autorice y ratifique la autocontratación no hay razón para considerarla prohibida. Citando en la misma dirección a DÍEZ-PICAZO, GARCÍA VALDECASAS y LACRUZ-RIVERO. Y señalando que, en todo caso, la jurisprudencia no ha dado un carácter absoluto a la regla, pues estima que no es aplicable cuando el mandatario tiene autorización de su mandante (Sentencias de 5 de noviembre de 1966, 20 de febrero de 1967 y 30 de septiembre de 1968).

mandatario, sino ante una designación instrumental a los efectos del procedimiento, lo cierto es que tal problema quedaría soslayado (57).

2. La designación es irrevocable. En caso de fallecimiento del acreedor mandatario, el poder pasa a los herederos de éste. Y si el deudor muere no se extingue el mandato (58).

3. En caso de enajenación de la finca sigue surtiendo efecto la designación primeramente realizada. Con lo que podría entenderse que el adquirente de la finca la adquiere con la carga de la hipoteca en su plenitud, es decir, integralmente con toda la regulación privada que aparece en el Registro, con la designación incluida, que de este modo tendría eficacia real (59).

4. ¿Qué sucede si el designado fallece o renuncia o se ausenta o, simplemente, se niega a otorgar la escritura? Si se le considera como simple apoderado, se produciría la extinción en el primer caso, y en todos la frustración del procedimiento.

Para evitar esta contingencia se podría plantear la posibilidad de nombrar varios, o una persona jurídica o al mismo Notario. Pero antes de analizar la viabilidad de estas soluciones, conviene ya definir o aclarar la verdadera naturaleza de este «representante».

Hemos visto que la designación del artículo 234 del RH tiene una serie de características que no encajan en la figura del mandato ni del apoderamiento: se nombra por el hipotecante y, sin embargo, si la finca se ha transmitido y ha pasado a un tercer poseedor, se inscribirá la escritura final de remate o adjudicación otorgada en nombre de quien ya no es titular (60). Se trata de una designación irrevocable y que no se extingue por fallecimiento del hipotecante, y que si muere el designado acreedor le suceden en el «cargó» sus herederos. Y, por último, que la función única del designado es hacer posible la ejecución, sin que pese para nada la confianza, que es básica en el mandato, y sin que el nombrado tenga libertad alguna de decisión, lo que la aleja definitivamente, a mi juicio, del mandato o del poder.

(57) La Resolución de la Dirección General de los Registros de 31 de diciembre de 1913 admitió también que el mandatario pudiera concurrir a la subasta.

(58) Resoluciones de 2 de junio de 1914, 3 de julio de 1920 y 2 de junio de 1914.

(59) Señala ROMERO GIRÓN que es evidente que la persona designada se mantiene en el poder aunque la finca hipotecada sea transmitida, *ob. cit.*, pág. 406.

(60) Por eso, como hemos visto, ROCA SASTRE sostenía que el mandatario representa a quien sea propietario en el momento de la ejecución, que representa la propiedad de la finca a efectos ejecutivos.

Otros, como LA RICA, advierten que cuando se otorgue la escritura se producirá una excepción al tracto, ya que el titular registral ha variado.

Creo que esta anomalía podría salvarse entendiendo que la ejecución se realiza contra el hipotecante, y que el asiento en favor del tercer poseedor se cancela, conforme el artículo 236.1.3 del RH. Pero de todos modos hay algo que no encaja o que resulta forzado desde el punto de vista del mandato o representación.

Lo que sucede es que la realización de la hipoteca bajo control notarial ha de eludir todos aquellos obstáculos que exijan intervención judicial porque se necesite imposición coactiva. Y uno de los recursos más fáciles es acudir a la idea del mandato o representación, con la que se resuelve el problema de la rebeldía del ejecutado, y que es al que el legislador ha acudido nominalmente. No es necesario forzar al hipotecante o al titular, basta, sencillamente, utilizar el poder voluntariamente otorgado, «irrevocable» e «inextinguible».

Pero vista la finalidad de la designación resulta también clara cuál es la función que realiza el designado: la de coadyuvar al buen fin del procedimiento, con un carácter más parecido al de arbitrador. Se trata de un mero instrumento o mecanismo del procedimiento. Y de mandatario o apoderado no tiene más que la apariencia, y, en todo caso, de mantener tal denominación, habría que considerarlo como apoderado ficticio o meramente instrumental, al servicio de la viabilidad de la ejecución.

Pero si prescindimos de la adscripción de tal designación a la figura del mandato, resulta fácil explicar todas aquellas especialidades y también las siguientes posibilidades:

- a) Cabe, a mi juicio, el nombramiento de varias personas sucesivamente, para posibilitar la realización de la hipoteca, de tal modo que en defecto del primer designado otorgue la escritura el segundo, y así sucesivamente (61).
- b) Al no tratarse de un nombramiento basado en la confianza, sino de un requisito necesario o pieza básica del procedimiento, el artículo 234.1.3.º del RH se limita a exigir que conste la persona que otorgue la escritura, pero, a diferencia de los dos anteriores (valor y domicilio), no dice quién haya de designarla, lo que podría plantear el problema de quién tiene el derecho a su nombramiento (62). Por eso, como de lo que se trata es de asegurar la realización hipotecaria, la persona nombrada será más bien de la confianza del propio acreedor: o bien él mismo, que normalmente será una persona jurídica, o bien la persona que ocupe un cargo en la propia entidad, con lo que se elimina la contingencia de fallecimiento o cualquier otra de una persona física determinada (63).

(61) No parece, en cambio, que puedan nombrarse varios simultáneamente, pues lejos de facilitar la ejecución, podría entorpecerla en tal caso.

Claro que en el mandato cabría también el nombramiento de varios mandatarios sucesivos.

(62) Se plantea este problema ROMERO GIRÓN, *ob. cit.*, pág. 406, señalando que en la práctica no tiene interés si en definitiva ambos, acreedor e hipotecante, firman la escritura.

(63) Si se limitan a designar una persona jurídica, ésta tendrá que actuar a través de persona con facultades dentro de la misma para enajenar. No así si la designación se realizara en favor de cualquier apoderado de la entidad.

- c) Por último, desde la configuración que sostengo, resulta más fácil resolver el problema de si puede el propio Notario al que le compete el control de la realización de la hipoteca ser él mismo el designado para otorgar la escritura de venta.

En efecto, si se considera que se trata de un mandatario, no parece lógico admitir que quien autentica el procedimiento sea idóneo para ostentar la representación del propietario de la finca hipotecada (64).

Pero si se considera que el designado es una simple pieza del procedimiento con la que se trata de orillar el obstáculo de la rebeldía. Y si se entiende que es una autorización o encargo de ese acto final de la realización de la hipoteca, nadie más idóneo e imparcial para realizarla que el mismo Notario que controla su legalidad. Si el Notario practica los requerimientos, controla las subastas, distribuye y destina el precio del remate o lo consigna, practica la liquidación de gastos, y, en general, dirige el procedimiento, resulta extraño el remilgo con la realización de este último acto meramente formal de la ejecución (65).

Es cierto que el Notario debe estar al margen de los intereses de las partes, y que debe ejercer su función con imparcialidad. Por eso el artículo 140 del Reglamento Notarial dispone que los Notarios no podrán tomar parte en los contratos en que intervengan por razón de su cargo.

Pero, por un lado, la escritura no es más que una exigencia puramente formal e instrumental, mero trámite y también reflejo de lo que ya sucedió antes, bajo el control del Notario, y la adjudicación o remate que constituyen el precedente y acto básico han sido igualmente autorizados por el Notario. Y estos actos realizados ante este funcionario y dirigidos por él, que constituyen la sustancia de la escritura posterior, no podrían considerarse, aunque el Notario otorgue la escritura a los efectos formales, como bajo la órbita del artículo 140 del RN, cuya *ratio* es claramente otra bien distinta: velar y asegurar la imparcialidad, que en modo alguno, en este caso, queda empañada o en entredicho.

Las circunstancias que el artículo 236.1.2 del RH exige que consten en la escritura (trámites y diligencias, notificaciones, que el importe de la venta fue igual o inferior al total garantizado y que se consignó en su caso el sobrante) son reveladoras de que no estamos más que ante una formalización sintética

(64) Así, ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 1006. CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, pág. 980.

(65) Otro problema es el de si se considera necesaria la aceptación, y, por tanto, la posible frustración del procedimiento si se entiende que el Notario puede negarse a otorgar el acto final.

Y otro problema, éste de carácter extrajurídico, será si los Notarios verán con buenos ojos esa «confianza» depositada en ellos, y, por tanto, traten de eludir, ya en el momento de la autorización de la escritura de constitución de la hipoteca, tal encargo.

de lo actuado con anterioridad, y contrasta con las exigencias que para la escritura en general requiere el artículo 176 del RN, cuando dice que la parte contractual se redactará de acuerdo con la declaración de voluntad de los otorgantes o con los pactos o convenios entre las partes, que en el caso de la ejecución extrajudicial brillan por su ausencia.

Por otro lado, si tenemos en cuenta que la designación no es más que un mecanismo necesario para la viabilidad del procedimiento en caso de rebeldía, la actuación notarial en la escritura no sería más que una simple facultad para ultimar el procedimiento. Y sin que la imparcialidad del Notario sufra detrimento alguno, dado el carácter inocuo de la función del designado, pues éste nada decide y se limita a prestar su personalidad para los fines del procedimiento. Y desde luego, desde el punto de vista de la neutralidad, mayor será en este caso la que el Notario proporciona que la que se derivará de la actuación del acreedor designado.

De todos modos, hay que reconocer que de la nueva redacción del RH no se desprende que el legislador haya tenido en cuenta tal posibilidad. Y sigue aferrado a la ficción de la representación del hipotecante.

3. **LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL SÓLO PODRÁ APLICARSE A LAS HIPOTECAS CONSTITUIDAS EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES CUYA CUANTÍA APAREZCA INICIALMENTE DETERMINADA (ART. 235 RH)**

La realización notarial de la garantía hipotecaria se asienta, como hemos visto, en la reducción de la ejecución a un mero control, evitando cualquier problema que suscite contienda o exija coactividad, y en la certeza de la fe pública notarial y la publicidad registral (66). Por tanto, se trata de excluir del procedimiento extrajudicial aquellos supuestos en los que la cantidad exacta objeto de reclamación no se pueda determinar con la escritura de constitución completada lógicamente con las posteriores complementarias o modificativas y con la nota o certificación registral.

En el momento de la ejecución la hipoteca se integra por la escritura de constitución propiamente dicha y por todas las posteriores que la hayan completado o modificado, las cuales han de reflejarse en el Registro de la Propiedad; por lo que, en definitiva, será la certificación registral la que concentre la realidad de la garantía hipotecaria. Por eso habrá que entender, a mi juicio, que inicialmente determinada quiere decir que su cuantía en el momento de

(66) El Preámbulo del Decreto de 1992 se expresa claramente: «La gran certeza que ofrecen la documentación pública y la publicidad registral de las relaciones hipotecarias hacen que este objetivo (desviar las ejecuciones del cauce judicial) sea plenamente viable, sin merma de las debidas garantías del deudor».

la ejecución aparezca fijada en escritura pública debidamente inscrita sin que haya que acudir a medios extranotariales o extrarregistrales (67).

A esta interpretación conduce también el artículo 236.a) del RH cuando dispone que el procedimiento se iniciará mediante requerimiento expresando la cantidad exacta objeto de reclamación, que deberá acreditarse con la escritura de constitución de hipoteca inscrita, y el artículo 236.c). 1 cuando establece que para decidir el requerimiento de pago tenga en cuenta el Notario la certificación registral para comprobar los obstáculos que de ella resulten, pues es esta certificación la que condensa la realidad de la hipoteca ejecutable.

A partir de esta interpretación se puede sostener que al no estar determinada la cuantía en el momento de la ejecución en la escritura inscrita, no es aplicable el procedimiento extrajudicial en los siguientes supuestos:

1. Hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito y, en general, hipotecas de máximo, en las que el saldo final se acredita por medio de sistemas que no gozan del amparo notarial ni registral (doble libreta o certificación de entidad crediticia: arts. 153 LH y 245 RH) (68).

(67) En este sentido, ROMERO GIRÓN, *ob. cit.*, págs. 408, 412 y 413, hace las siguientes interesantes consideraciones: que al referirse a la cuantía no debe cuestionarse la aplicación a hipotecas de seguridad en las que la indeterminación afecte a otros elementos, y que aunque exista indeterminación inicial es posible una interpretación distinta de la puramente literal, concretamente que aunque la cuantía esté inicialmente indeterminada cabe el procedimiento si al tiempo de la ejecución se halla determinada por un sistema objetivo, legal o convencional, que haga innecesaria una liquidación del acreedor contra la que deba concederse un derecho de oposición al deudor, cuyo trámite está vedado al Notario.

Me parece aceptable esta solución, si bien matizando que la fijación de la cantidad ha de constar en escritura inscrita, pues es la fe pública notarial y la publicidad registral lo que constituye el apoyo legal del procedimiento extrajudicial. Por tanto, no bastará cualquier sistema objetivo si no tiene el carácter indubitado que sólo la fe pública puede darle.

(68) En relación con la hipoteca de máximo a la que se refiere el artículo 245 del RH, sostiene ROMERO GIRÓN, págs. 412 y 413, que si al tiempo de iniciarse la ejecución la cantidad líquida figura en un documento bilateral que tenga fuerza ejecutiva, en especial la fijación del saldo por ambas partes en escritura pública, el argumento en contra de la viabilidad el procedimiento carece de base, pues la hipoteca de máximo se habrá transformado en hipoteca ordinaria.

A mi juicio, y por las razones ya expuestas, sólo cabe si el saldo se ha fijado por ambas partes en escritura.

Añade ROMERO GIRÓN que en el caso de hipoteca entre particulares en garantía de cuenta corriente, con el sistema de doble libreta, el artículo 132.3.^a de la LH sólo permite la suspensión del procedimiento si no hubiera coincidencia entre ambos ejemplares, de modo que si la hubiere la cantidad se considera líquida y exigible, sin derecho de oposición del deudor, por lo que cabe el procedimiento extrajudicial por estar determinada la cuantía aunque no lo estuviere inicialmente.

Creo, sin embargo, que al excluir el artículo 236.ñ) del RH de las causas de suspensión, especialmente la del 132.4.^a de la LH, se refleja con claridad cuál es la intención del legislador en relación con el problema.

Estas exigencias para proceder ejecutivamente, que el artículo 153 de la LH establece, en relación con la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, son impropias del procedimiento extrajudicial (69).

2. Hipoteca con cláusula de estabilización, en las que la fijación del saldo está en función de módulos revalorizadores.

Por eso el artículo 219.3.º.3.ª del RH exige que se fije una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria. Y por eso también dispone que a los efectos del procedimiento de ejecución regulado en el artículo 131 de la LH, que podrá pactarse en la escritura, será necesario que a la demanda se acompañe el documento oficial en el que consten los valores tipos vigentes en las fechas del otorgamiento y del vencimiento, y que si el deudor se opone se estará a lo dispuesto en los párrafos 6 y 7 del artículo 153.

De esta exigencia y de la necesidad de resolver la posible controversia sobre la determinación del crédito, se deduce la improcedencia del procedimiento extrajudicial, ya que la determinación por medios extrahipotecarios sólo se admite excepcionalmente, y por su carácter accesorio y teóricamente menos importante, para los intereses [art. 236.a).2.b) RH] (70).

Por razones distintas, tampoco cabe el procedimiento extrajudicial en las *hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador*. En ellas no existe indeterminación de cantidad, pero sí de titular o acreedor, que puede cambiar sin reflejarse en el Registro, dada la incorporación del derecho al título y las normas sobre transmisión de éstos.

Por eso el artículo 155 de la LH dispone que el procedimiento de ejecución será el establecido en los artículos 129 y siguientes de la LH. Y ante esta forma preceptiva —señala ROCA SASTRE— no cabe el procedimiento extrajudicial (71).

En cambio, cabe, a mi juicio, el procedimiento extrajudicial en los siguientes supuestos:

(69) Así lo había entendido antes ROCA SASTRE, *ob. cit.*, t. IV, vol. I, pág. 730, sobre la base de que si el artículo 153 de la LH solamente admite el judicial sumario cuando puedan entrar en funciones los sistemas de doble libreta y certificación bancaria, hace suponer que excluye el procedimiento extrajudicial. Pero exceptúa el caso de que se cuente con un documento de fuerza ejecutiva en el que conste el saldo; si bien parece contradecirse cuando afirma que el 153 prescinde en absoluto del procedimiento extrajudicial, de modo que éste carece de normas de adaptación o desenvolvimiento, lo que confirma que el legislador no pensó en él.

(70) ROCA SASTRE sostuvo esta exclusión en *ob. cit.*, pag. 660.

(71) *Ob. cit.*, pág. 751. Este autor considera, en cambio, que el artículo 155 no es aplicable a la hipoteca *cambiaría*, ya que se refiere solamente a títulos nominativos y al portador, pero no a los endosables.

Sin embargo, a mi juicio, el hecho de no poder determinarse el acreedor por medios registrales hace inservible el extrajudicial, pues habrá que acompañar siempre los títulos garantizados.

1. Hipoteca en garantía de obligaciones futuras, o sujetas a condición suspensiva o resolutoria.

En estos casos la cuantía puede estar ya predeterminada y únicamente pendiente el nacimiento o la eficacia de la obligación. O puede que ni siquiera esté fijada la cuantía, como será normal en el caso de obligaciones futuras (72).

Si la obligación ha nacido y se ha concretado en su cuantía, o resulta definitivamente eficaz si estaba sujeta a condición, la ejecución podrá realizarse con el título constitutivo acompañado de la escritura en la que conste el nacimiento de la obligación o el cumplimiento, en su caso, de la condición, o simplemente de la certificación registral en la que conste reflejada la situación de «normalidad» hipotecaria (73). Pues lo que se aviene mal con el procedimiento extrajudicial es la verificación contradictoria, que necesariamente habrá de hacerse cuando la determinación completa de la obligación no se refleje en el título constitutivo más el Registro, sino que sea preciso acudir a otros documentos carentes de la fuerza notarial, y que el artículo 236.a).2 del RH sólo admite, como hemos visto, para determinar los intereses.

2. Hipoteca en garantía de rentas. El artículo 157 de la LH dispone que el acreedor de las rentas o prestaciones periódicas podrá ejecutar estas hipotecas utilizando el procedimiento sumario establecido en los artículos 129 y siguientes de la Ley (74).

(72) Como señala ROMERO GIRÓN, pág. 408, es posible que sólo la existencia y no la cuantía esté inicialmente indeterminada. En tal caso podría pactarse el PEE, que como la hipoteca misma quedaría supeditado a la existencia de la obligación.

(73) Es cierto que el artículo 143 de la LH dice que «cuando se contraiga la obligación futura o se cumpla la condición suspensiva *podrán* los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria». Y el artículo 238 del RH aclara que para hacerlo constar en el Registro presentará cualquiera de los interesados *copia del documento público* que así lo acredite, y en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes, ratificada ante el Registrador o cuyas firmas estén legitimadas.

En base a la redacción del artículo 143, que no exige imperativamente la nota marginal, entiende ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 631, que puede hacerse efectiva la hipoteca incluso por medio del procedimiento judicial sumario, siempre que se demuestre de forma adecuada la existencia de la obligación asegurada. A pesar de que había considerado anteriormente que no debería caber tal procedimiento, ya que el mismo descansa en los pronunciamientos del Registro, y éste sin la nota no constata la existencia del crédito asegurado.

Sin perjuicio de la crítica que merezca la solución reglamentaria, por cierto, contraria al espíritu que se desprende de los artículos 1.219 y 1.230 del Código Civil, y más en este caso en que la constitución de la hipoteca se puede decir que no queda completa, pues existe sólo una energía latente o potencial y sólo produce el efecto de perjudicar a terceros, es decir, meramente negativo, por lo que la integración, en pura lógica, debería constar en escritura e inscribirse en el Registro; lo que sí me parece claro es que para que el procedimiento extrajudicial pueda utilizarse es preciso que la obligación haya nacido y su cuantía determinada mediante escritura pública.

(74) Decía ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 695, que el titular de la hipoteca puede emplear cualquiera de los procedimientos de ejecución admitidos en la LH, siempre que

Pero dado que la cuantía de la obligación, que es la de la renta en cada período, ha de considerarse con autonomía a todos los efectos, y puesto que la especialidad de la ejecución está en la subsistencia de la hipoteca y la asunción automática de la obligación de pago de las pensiones restantes hasta su vencimiento, no se complica el procedimiento, y no existe razón para excluir la realización de la hipoteca bajo control notarial (75).

IV. DIFERENCIAS CON LA REGULACION ANTERIOR A 1992

Para una mayor comprensión del alcance actual de la realización hipotecaria bajo control notarial conviene analizar las modificaciones más importantes introducidas por la reforma de 1992, y, consecuentemente, las diferencias con la regulación anterior.

1. Se produce un mayor reforzamiento del control de legalidad por el Notario, a la vez que se da un protagonismo más acusado a este funcionario como director u ordenador de la realización hipotecaria.

Se inicia ahora mediante requerimiento al Notario para que éste actúe, y a partir de ahí, se convierte en impulsor o director del procedimiento: examina el requerimiento solicitud y los documentos que lo acompañan, a los que se refiere el artículo 236.a).2 del RH, los califica para ver si se ajustan a los requisitos legales y realiza «de oficio» todos los trámites posteriores, sin necesidad de impulso ajeno alguno (practica el requerimiento de pago, solicita del Registrador la certificación, notifica la iniciación de las actuaciones a los titulares registrales posteriores, fija y ordena los anuncios de la subasta, suspende el procedimiento, en su caso, etc.) (76).

se cumplan los requisitos necesarios al efecto. Y que no es obstáculo para ello que el artículo 157 únicamente haga referencia al judicial sumario, pues tal precepto indica este procedimiento como un medio que podrá utilizar el acreedor, pero no en el sentido de único.

(75) Dice ROMERO GIRÓN, pág. 410, que se trata de un supuesto aparentemente dudoso, pues al tiempo de constitución de la hipoteca sólo se conoce la cuantía de la renta, pero no el importe global asegurado, que depende de la vida del pensionista en el supuesto normal. Pero añade que desde el punto de vista real la cuantía está perfectamente determinada conforme a su naturaleza, es decir, la cuantía que ha de ser satisfecha en cada período, con lo que ha de entenderse cumplido el requisito del artículo 235 del RH.

(76) Señala LÓPEZ LIZ, *ob. cit.*, págs. 5 y sigs., que el artículo 3 del RN no permite la actuación notarial sin previa rogación del sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente prefijados. Y añade que a partir del artículo 236.a) del RH, que versa sobre el requerimiento que le dirigen al Notario, lo cierto es que una vez lo ha recibido y se hallan en su poder los documentos que el propio artículo señala, todas las restantes actuaciones ponen al Notario como sujeto activo. Sin embargo, a continuación considera este autor que resulta necesario que alguien le pida su actuación o bien que la ley se la ordene, y no cree que su hacer nazca por generación legal espontánea, y que falta un

Contrasta este protagonismo del Notario en la dirección y ordenación notarial con la tímida regulación anterior a la reforma, en la que el Notario realizaba las principales actuaciones a solicitud del interesado (77).

2. Se dota al procedimiento de una más detallada regulación y de mayor eficacia, corrigiendo una serie de puntos débiles del anterior, que le hacían prácticamente inservible.

En efecto, la timidez con que el legislador de 1947 abordó el procedimiento extrajudicial, y que se manifestaba no sólo en la menor iniciativa notarial, sino también y principalmente en la poca confianza en el control notarial, provocó que aquel procedimiento quedase arrumbado y sin utilización significativa. Pues se cerró la salida de la realización hipotecaria al no permitir otro tipo para las subastas y posible adjudicación, en su caso, que el fijado en la escritura de constitución, y, además, se admitió la posibilidad de suspender el procedimiento con la mera anotación preventiva de la oposición formulada en juicio declarativo. Y con ello su utilidad se hacía prácticamente nula (78).

impulsor del procedimiento, de todos y cada uno de los distintos pasos procesales, y detrás de todas sus actuaciones ha de estar un peticionario con su solicitud.

(77) Así, se iniciaba el procedimiento mediante un requerimiento de pago, la certificación registral se solicitaba por el interesado, y para el resto de las actuaciones el artículo 235 utilizaba el impersonal se notificará, se procederá a la subasta, se anunciará, etc.

Aparecía así la intervención notarial de manera más tímida, lo que de alguna manera denotaba o bien la mayor intensidad privada de la realización hipotecaria, a semejanza del artículo 1.872 del Código Civil, o un cierto recelo a utilizar el imperativo para evitar su asimilación al judicial sumario, y, por tanto, temor a fricciones en relación con la competencia jurisdiccional.

(78) Ya cuando se introdujo legalmente en el año 1915 se hizo con mucho recelo, pues, como dice ROCA SASTRE, pág. 1004, nota 4, el espectro del pacto de comiso impresionó al legislador, no decidiéndolo francamente a pesar de que ni en el pacto de retro ni en la compraventa con pacto comisorio se adoptaban tales limitaciones y, sin embargo, en el fondo era semejante la situación.

Quizá haya influido también la consideración procesalista de la hipoteca, y que, por tanto, el rigor de la ejecución sólo se podía reservar para la actuación judicial. Y no parecía el legislador muy convencido de la procedencia de la actuación notarial en una materia que hasta la Ley de 1909 estaba reservada al ámbito judicial. Por lo que resultaba difícil que se considerase adecuada a las características de la función notarial.

Así, LA RICA, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, págs. 249 y 287, señalaba que se corría el riesgo de desnaturalizar la función notarial, obligándola a invadir campos acotados, reservados hasta ahora para lo judicial, sobre todo si existen terceros. La resolución de los arduos problemas de rango, liquidación de cargas, cancelaciones de inscripciones posteriores, etc., no parece propia de las actuaciones notariales. Y que a través de la regulación parece adivinarse un oculto deseo de que tal procedimiento carezca de aplicación. Manifestando, por último, su creencia de que los Notarios serán los primeros en aconsejar que los contratantes no lo pacten, no sólo por su personal interés al estar compelidos a funciones ajenas a su ministerio, sino también de los deudores y quizá también de los acreedores.

Pero la reforma de 1992 pretende establecer —como dice el Preámbulo— un dispositivo viable, equilibrado y seguro, *que ofrezca un cauce alternativo, removiendo* los obstáculos procedimentales, pues la regulación existente es incapaz de atajar determinadas «conductas estratégicas» y, por tanto, ha impedido que funcionase adecuadamente el procedimiento extrajudicial (79).

(79) Sin embargo, como hemos visto, algunos autores han expresado ya su reticencia acerca de su adecuación o encaje dentro de la función notarial. Así, GARCÍA MÁS, pág. 3183, nota 8; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, pág. 193, y MEZQUITA DEL CACHO, «Control notarial de la subasta hipotecaria», en *La Notaría*, núm. 3, 1992, pág. 30.

Es un tema clásico en la doctrina notarialista el del deslinde de la función notarial, problema verdaderamente difícil, sobre todo cuando nos asomamos al campo de la llamada jurisdicción voluntaria, en el que nada está claro: ni su concepto, ni su órbita que engloba las más variadas actuaciones. Y se complica más todavía cuando se considera la diversidad de opiniones que van desde la pretensión por un sector doctrinal de ampliar la función notarial a todos los actos que la Ley de Enjuiciamiento Civil denomina la jurisdicción voluntaria, al que reduce su contenido al que se recoge en el artículo 1 de la Ley del Notariado: «dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales», incluyendo la afirmación de hechos evidentes y la emisión de juicios. Sobre este problema se han ocupado con profundidad: MEZQUITA DEL CACHO en su obra *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Editorial Bosch, 1989, además de otros trabajos, entre los que cito, «La función notarial y la seguridad jurídica», en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, 1984; FONT Boix en varios trabajos, de entre los que cito, «La jurisdicción voluntaria y sus relaciones con la función notarial», en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, 1984, págs. 128 y sigs.; DE LA CRUZ LAGUNERO, «Jurisdicción voluntaria y función notarial», comunicación a la IV Jornada Notarial Iberoamericana, en *RDN*, 1988; GÓMEZ FERRER-SAPIÑA, «Jurisdicción voluntaria y función notarial», ponencia al XX Congreso Internacional del Notariado Latino, *Revista Jurídica del Notariado*, 1992.

Además de las fundamentales aportaciones a la definición de la función notarial de NÚÑEZ LAGOS, *Estudios de Derecho Notarial*, Madrid, 1986; GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones de Derecho Notarial*, 1984; VALLET DE GOYTISOLO, «La función notarial», en *RDN*, abril de 1984; CÁMARA, «El Notariado latino y su función», en *RDN*, núm. 76, 1972; RODRÍGUEZ ADRADOS, entre otras, «El documento notarial y la seguridad jurídica», en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, 1984, y *Borrador para un Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria notarial*; CARPIO MATEOS en su ponencia sobre «La función notarial y otras funciones» al IV Congreso del Notariado Español.

Por su parte, el IV Congreso del Notariado Español, en su conclusión relativa al procedimiento ejecutivo y subasta notarial estableció que: «A) No considera adecuada la asunción de competencias en esta materia por parte del Notario, ya que entiende que no forma parte de la función notarial. B) No obstante, el Notariado, que tiene entre sus misiones la de servir a la seguridad jurídica, es consciente de la congestión de los órganos jurisdiccionales y de los daños que ello origina, y está dispuesto a desempeñar las competencias que en esta materia le encomienda el Anteproyecto, tratando de dar solución a una emergencia, y con carácter transitorio y facultativo para los interesados.

Pero, como explicaré luego, entiendo que no estamos aquí dentro de la órbita jurisdiccional. No se trata de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Se trata sencillamente de controlar la realización de la garantía hipotecaria, que es un derecho esencial de la misma hipoteca, y, por tanto, meramente privado, como reconoce el Preámbulo del Decreto de 1992, y ese control exige una actividad que encaja en lo propio de la función notarial (calificación acerca de la legalidad, requerimientos, notificaciones, etc.), tal como ya hemos visto.

Para ello se regulan minuciosamente todos los trámites e incidencias, de manera semejante a como lo hace el artículo 131 de la LH para el judicial sumario, con algunos desvíos significativos y otros necesarios, por tratarse en éste de actuaciones típicamente judiciales.

Así, entre los primeros, hay que destacar:

- a) La regulación del requerimiento de pago, para el cual el 236.c).2 del RH reproduce casi literalmente la regla del 131.3.^a.3.º de la LH, pero añadiendo un párrafo que, como veremos, va a ser determinante del éxito de este procedimiento, y que dice así: «Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el Notario dará por terminada su actuación y por conclusa el acta, quedando expedida la vía judicial que corresponda» (80).
- b) La doble exclusión: de la intervención del Letrado y de los comprobantes de la personalidad, incluso los que acrediten la personalidad del acreedor. Lo que remarca que se trata de un control puramente notarial impulsado y ordenado por el Notario, tal como claramente expresa el artículo 236.a).1 del RH.
- c) En esta misma línea se prescinde de la rogación para proceder a la subasta [art. 236.f).1 RH en comparación con el 131.7.^a LH], para anunciar al mismo tiempo la segunda y tercera [art. 236.f).4 RH en comparación con el 131.7.^a LH], para reproducir las subastas cuantas

Por tanto, y aunque el hecho de que la Ley Hipotecaria, con una visión claramente procesalista haya situado el procedimiento extrajudicial en posición paralela al judicial estamos ante una mera alternativa a la forma de llevar a cabo la realización hipotecaria, perfectamente asumible dentro de la función notarial.

El hecho de que la actuación del Notario se produzca sucesiva y concatenadamente sin más solicitud que la inicial, no resulta excepcional, pues también en las actas de notoriedad se realiza del mismo modo, y, en lo demás no hay nada que se desvíe de lo que requiere el control de legalidad y la fehaciencia de los actos necesarios para efectuar privadamente el derecho de hipoteca. Y, por esto, aunque, de alguna manera pudiera parecer atípica, encaja en la función propia del Notario, a la que no se puede encasillar en una órbita petrificada e inamovible, lo que sería tanto como cerrar el paso a la evolución y adaptación a los tiempos.

Precisamente lo que enriquece y hace que sobreviva una institución es su utilidad y potencialidad para resolver los problemas que la sociedad va planteando, y será su modernidad, en tal sentido, lo que permita su permanencia. Y ello exige flexibilidad para asumir nuevas tareas para las cuales estén capacitados sus miembros y encajen dentro de las coordenadas básicas trazadas legalmente, siempre que no se produzcan fricciones con otras instituciones y se respete el marco constitucional.

(80) Se desvía así tanto de la regulación anterior que se remitía al artículo 222 del RH, en el que se preveía que de no hallarse ninguna de las personas señaladas se dará por efectuado el requerimiento, como de la norma del artículo 131 de la LH, completada con la del artículo 202 del RN, que prevé el supuesto de que el requerido o persona a la que se refiere el 131 de la LH se niegue a hacerse cargo de la cédula, y considera como hecho el requerimiento.

veces lo solicite el dueño de la finca, pues en el procedimiento extrajudicial, si quedan desiertas las tres previstas sin que el acreedor se adjudique los bienes ejecutados, el Notario dará por terminada la ejecución [art. 236.n) RH en comparación con el 131.12.^a LH]; para reservarse en depósito las consignaciones de los postores que no soliciten la devolución y hayan cubierto el tipo de la subasta a los fines que señalan los artículos 236.j). 1 del RH y 131.15.^a, segundo párrafo, de la LH; y para declarar sin efecto el remate si el rematante no consigna en el plazo el complemento del precio [art. 236.j).2 RH en comparación con el 131.15.^a, párrafo tercero, LH].

- d) Se faculta al Notario para practicar la liquidación de gastos, lo que plantea el problema de si ello implica la de cobrarse los honorarios de su actuación y de los trámites seguidos.

En principio, en una primera lectura, podría entenderse que el Notario no puede cobrarse por los conceptos antes referidos, tanto porque tal facultad se aviene mal con el papel de ordenador y director del procedimiento que el legislador le asigna, como por la propia redacción del artículo 236.k), que dispone que: «El precio del remate se destinará sin dilación al pago del acreedor, y el sobrante al dueño de la finca si no hay acreedores posteriores», y porque se aparta de la letra del antiguo 235.9.^a que señalaba claramente el destino que debía darse en segundo lugar al precio del remate, que era el pago de todos los gastos del procedimiento.

Sin embargo, una lectura más reflexiva nos lleva a considerar que dentro del concepto amplio de «pago al acreedor» que utiliza el artículo 236.k).1 del RH debe incluirse lo que se le debe por principal, por intereses y gastos de procedimiento limitados a honorarios de Notario por su actuación y de los trámites seguidos [236.k)3 RH]. Por las siguientes razones:

1. La frase «pago al acreedor» hay que completarla con la final del mismo párrafo: «en la medida garantizada con la hipoteca». Y esa medida nos la da el artículo 235.1 del RH cuando incluye los gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236.k) dentro del amparo o cobertura de la ejecución extrajudicial (81).

2. Esta solución es coincidente con la que el mismo artículo en su letra j).3 y 4 adopta en relación con el destino que haya de darse a las cantidades depositadas procedentes de consignaciones perdidas.

(81) El significado de este precepto, aunque su redacción no sea muy afortunada, pues mezcla aspectos cualitativos (que afectan a la procedencia misma del control notarial: obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada) con otros cuantitativos (extensión de su aplicación y cobertura: intereses, gastos), no puede ser otro que el de limitar la ejecución a los conceptos a que él mismo se refiere.

3. Es la más equitativa, ya que, de otro modo, el acreedor que ha tenido que acudir a la ejecución, anticipando gastos y realizando las provisiones oportunas, vería cómo el sobrante se entrega al deudor, obligándole así a acudir al procedimiento judicial para reclamar las cantidades que haya tenido que abonar al Notario, ya que es él, como requirente, el que debe efectuar el pago, conforme a lo dispuesto en la norma general sexta del Decreto de 17 de noviembre de 1989.

4. No tendría sentido el contenido del artículo 236.k)3 del RH cuando ordena que el Notario practique la liquidación de gastos, como no fuese referido únicamente a los supuestos ya señalados del destino de las consignaciones perdidas, regulados en el 236.j)3 y 4 (82).

- e) La importante y significativa excepción a la cancelación en virtud de la escritura, de los asientos posteriores a la hipoteca ordenados por la autoridad judicial de los que resulta que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca. Lo que podría suponer, como veremos, y según se interpreta, una posible causa de frustración del procedimiento extrajudicial.
- f) La exclusión de las causas segunda y cuarta de suspensión establecidas en el artículo 132 de la LH, lo cual es lógico, pues, como ya había señalado ROCA SASTRE, no parece posible su aplicación, porque las tercerías de dominio sólo se pueden interponer dentro del procedimiento judicial y porque el procedimiento extrajudicial no es aplicable a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito (83).

En cambio, corrige aquí la reforma de 1992 uno de los principales escollos del procedimiento extrajudicial, cual era la posibilidad de suspenderlo con la mera anotación anterior a la subasta de la oposición al mismo formulada en juicio declarativo.

Se desvía también del procedimiento judicial sumario, pero por la inadecuación del control notarial a las actuaciones que exigen *imperium* propio del poder judicial, en los casos siguientes:

1. La posibilidad de pedir la administración y posesión interina, a que se refiere la regla 6.^a del artículo 131 de la LH.
2. La toma de posesión de los bienes por el adjudicatario, que habrá que pedirla al Juez [art. 236.m) RH en comparación con el 131.17.^a LH].
3. La necesidad de acudir a la ficción del apoderamiento para otorgar la escritura, que es el título en favor del rematante.

(82) Siguen esta interpretación GARCÍA MÁS, pág. 3199 y LÓPEZ LIZ, pág. 344.

(83) *Ob. cit.*, pág. 1017, nota 4.

En lo demás, salvo pequeñas variaciones o meras adaptaciones de redacción, es reproducción, a veces literal, del artículo 131 de la LH (84).

La reforma de 1992 consigue así perfeccionar la regulación anterior, corrigiendo los dos puntos débiles del procedimiento extrajudicial, que eran el tipo fijo de las dos subastas previstas y la suspensión por la mera oposición en juicio declarativo, y dando una mayor seguridad a los titulares de derechos reales posteriores, a los que se le notifica el procedimiento, y, además, se les permite que paguen antes del remate.

Pero, sin embargo y paradójicamente, y contradiciendo el propósito señalado en el Preámbulo del Decreto, se introducen dos normas, cuyos efectos pudieran provocar el abandono de este procedimiento, al igual que pasó con el anterior a la reforma, por las dos causas siguientes:

1. Si no se puede practicar el requerimiento en la forma indicada, el Notario dará por terminada su actuación, dice el artículo 236. c) del RH. Y se plantea entonces el problema de cuándo se entiende que el Notario no pudo practicar el requerimiento.

El artículo citado, en su número 3, se limita a reproducir la norma del artículo 131.3.^a de la LH, que a la vez sigue el orden de entrega de cédula previsto en el artículo 268 de la LEC.

Pero al tratarse de un requerimiento notarial, se podría acudir para su interpretación a la regulación que el RN establece para las actas de requerimiento y, concretamente, a los artículos 202 y siguientes del RN, en especial, a lo dispuesto en el artículo 206 cuando dispone que los requerimientos previstos por las leyes o reglamentos sin especificar sus trámites se determinarán en la forma que especifican los artículos precedentes. Pero cuanto establezcan una regulación específica o señalen requisitos o trámites distintos en cuanto a domicilio, lugar, personas con quienes deban entenderse las diligencias, o cualesquiera otros, se estará a lo especialmente dispuesto en tales normas.

En el caso del 236 del RH únicamente se señala un orden distinto respecto a personas con quienes debe entenderse la diligencia (en lugar de cualquiera que se encuentre en el domicilio, tal como dice el 202 del RN, ordena que el Notario practique el requerimiento al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallen en el mismo). Por lo que, en lo demás, y en cuanto lo permita la norma del artículo 236.c).4, antes referida, deberá aplicarse, a mi juicio, lo dispuesto para las actas de requerimiento en el artículo 202 del RN.

(84) Es curiosa la limitación de la facultad de ceder el remate al ejecutante o acreedor posterior [art. 236.h)A del RH], si bien concuerda con la reforma del artículo 1.499 de la LEC por Ley de 30 de abril de 1992; y la mejor y más completa redacción del artículo 236.e) del RH relativo a la subrogación en el pago por los titulares de cargas posteriores.

Este precepto prevé los supuestos en los que la persona con la que se hubiera entendido la diligencia se hubiera negado a dar su nombre, a indicar su relación con el destinatario [que en nuestro caso, el del artículo 236.c).3, es relevante] o a hacerse cargo de la cédula; y los resuelve estableciendo que entonces se hará constar así y se tendrá por hecho el requerimiento. Y el artículo 203 del RN soluciona los casos en los que el Notario no encuentra el lugar, o se halla cerrado el portal, no se le permite la entrada en el domicilio designado, no encuentra a nadie en él, o por resistencia de la persona con la que se entienda la diligencia no le fuere posible entregar la cédula, disponiendo que el Notario lo hará constar así, y que puede, a instancia del interesado, utilizar el procedimiento de remisión por correo, salvo que la resistencia procediere del mismo destinatario.

La solución de estos preceptos podría aplicarse al supuesto de que el destinatario o las personas a que se refiere el 236 del RH que se encuentren en el domicilio, constándole tales circunstancias al Notario, se nieguen a hacerse cargo de la cédula. Y también por no serle permitida la entrada en el domicilio, después de hacer saber su condición de Notario, o por resistencia activa o pasiva del propio destinatario o de las personas señaladas en el 236 RH. Pues, de otro modo, le sería muy fácil al deudor esquivar este procedimiento extrajudicial, con la simple negativa o instrucción a sus parientes o dependientes en tal sentido (85).

En los demás casos, en los que las personas que se encuentren en el domicilio designado no sean ni el requerido ni ninguna de las que señala el 236 del RH, sería improcedente acudir al portero o vecino. En estos supuestos y también si no se encuentra el lugar, o se hallare cerrado el portal o de no serle permitida la entrada en el edificio, ante la posible indefensión del deudor, habría que aplicar la tajante norma del artículo 236.c).4 del RH (86).

(85) Desde luego no sé razón alguna para que no se pueda aplicar lo dispuesto en el artículo 202, párrafo 7.º del RN, que permite practicar la diligencia en cualquier lugar distinto del designado, siempre que el destinatario se preste a ello y sea identificado por el Notario.

(86) Lo que, de alguna manera, contradice el fin de la designación de un domicilio, que es la de facilitar la ejecución, permitiendo que los trámites se realicen con seguridad, sin que queden al albur de un cambio por el deudor o hipotecante. Por eso, como hemos visto, la Resolución de 15 de diciembre de 1925 declaró que era indiferente que la designación sea equivocada o falsa o que el edificio haya desaparecido, pues de otro modo sería fácil burlar la Ley.

El caso de que el portal esté cerrado y no haya quien le abra, y se trate de vivienda unifamiliar y al Notario le conste, habrá que entender que es similar al supuesto de no poder entrar por no hallar a nadie en él, al que se refiere el artículo 236 del RH, que manda acudir al portero o vecino.

En los demás casos es dudoso que se pueda utilizar la vía alternativa de remisión por correo que prevé el artículo 203 del RN. En contra de esta posibilidad, LÓPEZ LIZ, págs. 182 y sigs.

Con lo que se entra así en uno de los puntos débiles del procedimiento, agravado por la libertad que el hipotecante tiene para cambiar el domicilio, conforme al artículo 130 de la LH, al que el 234 del RH se remite, y que podría frustrar su éxito.

Se echa de menos una regulación más previsora y completa que evite que por simple argucia o voluntad del requerido quede inutilizado el procedimiento (87).

2. Según el artículo 236.1).3, la escritura pública es el documento cancelatorio de los asientos posteriores a la hipoteca. Pero exceptúa aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulta que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca.

El artículo 236.ñ) del RH excluyó la suspensión del procedimiento por la mera oposición al mismo en juicio declarativo anotada preventivamente antes de la subasta.

Pero si admitimos que no se pueden cancelar los asientos antes referidos, aunque sean posteriores a la nota de expedición de certificación de cargas, se está produciendo una situación todavía más frustrante que la suspensión, pues habrá quedado sin efecto la realización hipotecaria al final y después de haber apurado todo el procedimiento, incluso con el otorgamiento de la escritura.

Para evitar tal efecto paralizante y probablemente disuasorio de este procedimiento, en contra de lo querido por el legislador que es justamente lo contrario: potenciar su utilización como vía alternativa a la judicial, habrá que interpretar la norma referida con criterio restrictivo, congruente con aquella finalidad.

Y, así, habrá que entender que tales asientos sólo producirán el efecto de vencer la escritura cancelatoria:

- a) Si se producen antes de la nota de expedición de cargas o, por lo menos, antes de celebrarse la subasta. Se originaría, en otro caso, una grave inseguridad para los rematantes que después de acudir a la subasta y pagar el precio y otorgar la escritura se viesen amenazados por un asiento que no tenían ya por qué conocer (88).
- b) Que el litigio que dio lugar al asiento se refiera exclusivamente a la vigencia de la hipoteca. Y, por tanto, se trate de resolver solamente

(87) Hubiera bastado con la admisión alternativa del domicilio del deudor, al margen del designado.

(88) Como declaran las Resoluciones de 6 de noviembre de 1933 y de 27 de noviembre de 1961, la nota marginal no implica un cierre registral, pero opera como una condición resolutoria cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de hipoteca, según el artículo 233 del RH, sin oír ni siquiera hacerlo saber a los interesados en ellas.

la alegación de que la obligación garantizada está pagada, o que la hipoteca ha perdido su eficacia por la causa que sea (89).

V. LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO

La reforma de 1992 ha producido cierta inquietud en un sector de la doctrina, por razón de su posible ilegalidad o inconstitucionalidad.

Y, así, se planteó este problema desde tres frentes:

1. El de la legalidad de la reforma por Decreto.
2. El de la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial en sí mismo.
3. El de la retroactividad establecida en la Disposición Adicional y Disposición Transitoria.

Veamos cada uno de ellos:

1. LEGALIDAD DE LA REFORMA REGLAMENTARIA

El artículo 129 de la LH dispuso que en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial *para hacer efectiva la acción hipotecaria, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario*.

Una vez más se pone aquí de manifiesto la concepción procesalista que la Ley Hipotecaria tiene de la hipoteca. Y, sin embargo, como he dicho al principio de este trabajo, tanto el procedimiento judicial como el extrajudicial no son más que cauces de control de la realización de la hipoteca, realización privada, que es justamente su esencia.

Por tanto, no se trata de ejercitar acción alguna por vía extrajudicial y con arreglo a los trámites reglamentarios. De lo contrario se plantearía el problema, apuntado por MEZQUITA DEL CACHO cuando advierte que sólo cabe ejer-

(89) Como señala LÓPEZ LIZ, pág. 409, estamos ante una cuestión francamente importante en la valoración de la eficacia final del procedimiento extrajudicial. Pero su opinión es favorable a la prevalencia de la anotación preventiva cuando el declarativo a que corresponda la demanda ponga en litigio no solamente la vigencia de la hipoteca —supuesto previsto y resuelto favorablemente por el art. 236.1.3 del RH—, sino también cuando ponga en tela de juicio la corrección y estricto respeto a sus propias normas del procedimiento extrajudicial, y ya no digamos si el litigio se refiere a la nulidad del título, extinción o vencimiento de la deuda, supuestos estos que abonan la viabilidad de la anotación preventiva, con efectos frente a tercero, especialmente contra el rematante.

citar acciones a través de un proceso público con garantías, y ello corresponde al ámbito judicial (90).

Situado ya dentro de sus límites el problema, habrá que analizar, ahora, si es correcta la utilización del Decreto para la reforma del procedimiento extrajudicial regulado por el RH.

Si estamos fuera del campo procesal, si consideramos que se trata de regular el control notarial a la realización de la hipoteca a través de la técnica del acta notarial, no sólo es procedente el cauce reglamentario, sino que además la sede adecuada hubiera sido el Reglamento Notarial. Lo mismo que lo es para regular el acta de notoriedad para la declaración de herederos *ab intestato* (91).

Lo correcto, técnicamente, hubiera sido establecer el cauce notarial en la LH, pero remitirse, como lo hace la LEC en su artículo 979 para la declaración de herederos, a la regulación específica de dicha acta por la legislación notarial.

Después de estas precisiones no resulta difícil sostener ya que la vía del Decreto es procedente y adecuada (92). Pues se trata del ejercicio normal de

(90) En «Control notarial de la subasta hipotecaria», en *La Notaría*, marzo de 1992, pág. 26. Considera MEZQUITA que en este sentido su terminología contradice conceptos básicos de la Constitución, si bien añade que, a buen seguro, los autores de la reforma han entendido que siendo una mera impropiedad terminológica la que afecta a dicho texto legal, por cuanto las normas reglamentarias que lo llenan de contenido en ningún momento asimilan el trámite formal notarial a un verdadero proceso, su trascendencia no podría fundar una impugnación de inconstitucionalidad. Y que utilizar este precepto sin enmendarlo contamina la reforma de esa incorrección técnica con respecto a los conceptos constitucionales.

ROMERO GIRÓN, pág. 379, señala que tratándose de cuestiones procedimentales que son de orden público y de contenido imperativo, la incorrección procede de encomendar al reglamento su entera regulación sin establecer un mínimo contenido o unas líneas maestras.

(91) Con mejor técnica, la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, de 30 de abril de 1992, en su artículo 979 establece que la declaración de herederos se obtendrá mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por Notario hábil para actuar... y ante el cual se practicará la prueba testifical y documental precisa.

Y completa su regulación con la modificación del artículo 14 de la LH, añadiendo como título sucesorio el acta de notoriedad. Pero con una clara visión de las sedes adecuadas de regulación. Por eso, el Decreto de 13 de noviembre de 1992 regula *ex novo* dicha acta de notoriedad, añadiendo el artículo 209 bis al Reglamento Notarial.

(92) Lo vislumbra así MEZQUITA DEL CACHO en el texto transcrito en la nota 90, pero, no obstante, señala que el problema es cómo prescindir de dicha impropiedad (la de referirse a acción cuando los autores de la reforma han entendido que el trámite notarial no es un verdadero proceso) sin eliminarla expresamente, lo que hubiera requerido otra norma de rango legal, si bien reconoce que el no haberlo hecho es sólo una falta venial. Pero considera que el artículo 129.2 de la LH adoptó la estructura de norma en blanco, recurriendo a la fórmula de la delegación legislativa, por lo que los artículos 234 y siguientes del RH pasaron a tener rango legal delegado o comunicado que, lógicamente,

la potestad reglamentaria del Gobierno, conforme al artículo 97 de la Constitución. Del mismo modo que se ejercitó para desarrollar el artículo 979 de la LEC antes referido, o, en su día, la misma Ley del Notariado y la Ley Hipotecaria, a través de las correspondientes normas reglamentarias.

No se trata aquí de un supuesto de delegación legislativa a la que se refiere el artículo 82 de la Constitución, y, por tanto, no se comunica el rango de ley a la norma delegada. No es un Decreto legislativo, es sencillamente una remisión normativa al Reglamento, que, al no incidir sobre materia reservada a la Ley, puede incluso hacerse en blanco, como se deduce de la propia doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (93).

Por tanto, al no haberse elevado el rango de la norma reglamentaria, su modificación puede hacerse igualmente por Decreto, pues no se trata ahora de seguir utilizando una delegación que le comunicara el rango legal, sino de, a partir de la regulación reglamentaria habilitada en su día por Ley, reformarla para su perfeccionamiento (94).

2. EL CONTROL NOTARIAL DE LA REALIZACIÓN DE LA HIPOTECA Y LA CONSTITUCIÓN

Con ocasión de la reforma se ha planteado también el problema de la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial en sí mismo, tanto desde el principio de exclusividad de la jurisdicción como desde el de tutela judicial efectiva.

En relación con el primero, el artículo 117.3 de la Constitución establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (exclusividad de jurisdicción en sentido positivo); y el 117.4 que aquéllos no ejercerán más funciones que las señaladas anteriormente y las que expresamente le sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho (exclusividad en sentido negativo).

Es necesario saber, entonces, en qué consiste lo jurisdiccional y si el procedimiento extrajudicial es una variante de aquel concepto.

Ya se ha dicho, al principio de este trabajo, que la realización hipotecaria no es más que la activación de un Derecho privado, que constituye la esencia

exige que su reforma se haga mediante norma con rango de ley, pues no parece conforme al principio de seguridad jurídica que la delegación pueda ser temporalmente indefinida.

(93) En este sentido, DE LA CUADRA-SALCEDO, «Delegación legislativa en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor García de Enterría*, t. I, pág. 392.

(94) También ROMERO GIRÓN, págs. 379 y 380, sostiene que se trata de una reglamentación *intra legem*, como lo fue en 1947, porque desarrolla un precepto legal, si bien, ahora, su validez depende del respeto a la Constitución.

de la hipoteca y que consiste precisamente en la facultad que el acreedor tiene de enajenar, por sí mismo, el bien sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada. Esta realización está sometida a control de legalidad, control que tradicionalmente se ha realizado por la autoridad judicial, pero que igualmente puede hacerse por un funcionario que por su capacitación esté habilitado legalmente al efecto. Por ello, y aunque para realizar dicho control se hayan utilizado las vías típicas del proceso, sin embargo, la misma LH, después de la reforma de 1909, ha creado un trámite abreviado y especial, que es el judicial sumario, y que no es más que un control judicial de la realización hipotecaria.

Ni en el judicial sumario ni en el extrajudicial se trata de juzgar. Pero tampoco se pretende ejecutar lo juzgado, sino de controlar el ejercicio del derecho a enajenar la cosa hipotecada.

No se trata, pues, de una ejecución forzosa en sentido estricto, a través de la cual se encauce el poder coactivo del acreedor al objeto de satisfacer su interés en la obligación, y que tendría que realizarse por medio de los órganos jurisdiccionales (95). Con la hipoteca se elude, si a ella se acude, el procedimiento de ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor, pues se consigue, y en esto consiste la fuerza de la garantía, que el acreedor pueda enajenar la cosa hipotecada, bajo control, desde luego, para evitar abusos y cobrarse con el dinero obtenido. Se trata de ejercitar un Derecho privado —como reconoce el Preámbulo del Decreto de 27 de marzo de 1992—, el del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada, que puede efectuarse privadamente, cuando así se ha pactado (96).

En todo caso, aunque sea a causa del pacto añadido, como pretende el legislador, además de la propia fuerza de la autonomía privada concretada en la hipoteca, que es, en realidad, el apoyo, desde el punto de vista institucional, estamos en un campo distinto del jurisdiccional: ni se juzga ni se hace ejecutar lo juzgado, sencillamente se activa la facultad de enajenar en la que consiste sustancialmente la hipoteca (97).

(95) El procedimiento de ejecución forzosa de la obligación está regulado en los artículos 1.094 a 1.099 del Código Civil y 921 y siguientes de la LEC. Tratándose de una obligación pecuniaria, la ejecución se realiza procediendo judicialmente al embargo de los bienes del deudor, después al evalúo y venta en pública subasta de los bienes embargados.

(96) En realidad, desde el punto de vista teórico, como ya he dicho anteriormente, no sería necesario el pacto añadido, pues tal posibilidad está en la misma esencia de la hipoteca.

(97) Sin pretender aquí entrar en el problema de la definición y deslinde de lo jurisdiccional, conviene recordar, aceptando la descripción de GUASP, *Derecho procesal civil*, que se trata de una función por la cual el poder público satisface pretensiones, a través del proceso, ya sea una declaración de voluntad lo que se pretenda (pretensión de cognición: constitutiva, declarativa o de condena) o una conducta física (pretensión de

Ahora bien, se podría objetar, entonces, que de este modo se está eludiendo, por la vía de la autonomía de la voluntad, la intervención jurisdiccional. Y, en efecto, así es, aunque más que se alude, se evita. Y en ello consiste precisamente la hipoteca, que concreta toda la energía de realización sobre una cosa, que, desde este prisma, queda aislada del resto del patrimonio del deudor; y por eso el Derecho permite que la autonomía privada, a través de esa figura jurídica, precisa y ricamente elaborada a través de la historia, soslaye las dificultades y riesgos que la ejecución forzosa *strictu sensu* supone.

De este modo, la hipoteca, en sí misma, por esencia y reconocimiento del Derecho, excluye la jurisdicción. Y, por tanto, no hay que acudir a la fuerza del pacto, de modo semejante a lo que sucedería con el arbitraje, pues en éste se trata de escapar a la intervención judicial en los casos en que naturalmente procede y en el campo de la cognición, mientras que en la hipoteca por sí misma, porque el Derecho le reconoce esa fuerza, la realización se produce sin necesidad de cognición ni de intervención jurisdiccional. Y esa es su esencia y su virtualidad (98).

No se trata, pues, de un pacto de desvío de la jurisdicción, al modo del arbitraje. El apoyo constitucional no está en el pacto añadido, aunque este último paso formal haya que darlo por exigencia de la regulación hipotecaria. La fuerza está en la hipoteca misma, que consiste, precisamente, en la facultad directa de enajenar la cosa, sobre la que se concentra especialmente la responsabilidad, y que queda aislada del resto del patrimonio, como ya he dicho, permitiendo así evitar la ejecución forzosa procesal, al hacerla innecesaria respecto de la cosa hipotecada. Se trata de una facultad *privada* de enajenación a la que la cosa ha quedado sujeta (99). Pero esa

ejecución). Y señalar que algún autor, como ALLORIO, *Problemas de Derecho procesal*, Buenos Aires, 1963, t. II, págs. 3 y sigs., considera que constituye nota básica de la jurisdicción el efecto de la cosa juzgada.

En el caso del judicial sumario y en el extrajudicial no se discute la procedencia o no de la obligación, ni se produce, por tanto, el efecto de la cosa juzgada. Lo que podría llevar también por este camino a la consideración de que estamos en otro campo, como podría ser el de la jurisdicción voluntaria, tal como sostuvo GARCÍA FERNÁNDEZ, cit.

(98) Partiendo de la semejanza con el arbitraje, se ha pretendido justificar la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial en el pacto de sujeción al control notarial. Así, MUÑOZ ROJAS, «Sobre el procedimiento extrajudicial ejecutivo civil», en *Actualidad Civil*, 1992, pág. 677, entiende que los preceptos del nuevo Decreto que habrán de sustituir a los recogidos en el RH de 1947, al igual que los contenidos en la Ley de Arbitraje, no vulneran los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los justiciables, particularmente no infringen los artículos 14, 24 y 117 de la Constitución; y que si el procedimiento notarial fuese inconstitucional lo habría de ser el arbitraje y la institución arbitral.

(99) Lo ha entendido así también ROMERO GIRÓN, págs. 385 y sigs., quien, después de destacar que se trata de materia propia de la jurisdicción voluntaria, considera que no nos encontramos ante un proceso que debería ser entregado a la competencia judicial, sino

facultad *privada* tiene su apoyo en la hipoteca, que no en el pacto de sujeción. Si así no fuere, es decir, si se tratare de desviar por un simple pacto la actuación judicial, hay que reconocer que se produciría, entonces, una desvalorización de la ejecución, con los problemas que lleva consigo en relación con el otro principio constitucional, el de la tutela judicial efectiva, y también con el de protección a los consumidores y usuarios, como veremos a continuación.

La admisión, con carácter general, de la posibilidad de que por pacto añadido se pueda prescindir no sólo de la fase de cognición (como sería el caso del arbitraje), sino también de la ejecución procesal, con lo que normalmente conlleva de coactividad e imposición, plantearía serias dudas de constitucionalidad (100).

En efecto, la ejecución exige realización coactiva, y, aunque es cierto que en el judicial sumario y en el extrajudicial más todavía, la coactividad no es física, gracias al juego de los principios registrales y la protección tabular,

ante un procedimiento no procesal de realización privada de un derecho privado, en este caso el *ius distrahendi* propio de los derechos de garantía. Y señala una serie de supuestos de nuestro Ordenamiento en los que se admite esta figura de la ejecución privada (arts. 322 del Código de Comercio, 1.872 del Código Civil, 196 de la Ley de 17 de julio de 1965 sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos, 94 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, 45.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 260.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y Ley catalana de Garantías posesorias sobre cosas muebles, que regulando la prenda y el derecho de retención, extiende a éste la posibilidad de ejecución forzosa mediante subasta notarial).

Y considera extensivamente que la ejecución privada de derechos es posible en nuestro Ordenamiento, concurriendo las siguientes circunstancias: que exista un bien determinado afecto a una obligación determinada dineraria, que concurra la presencia de fedatario u organismo suficientemente investido por la ley, un procedimiento que asegure un precio justo y que no produzca efecto de cosa juzgada.

Lo entiende así también CARPIO MATEOS en la primera ponencia presentada al IV Congreso Notarial Español y el Consejo General del Notariado en su informe al proyecto de decreto, pues consideran que cabe la posibilidad de poner en práctica el ejercicio extrajudicial de un derecho privado, sometido a limitaciones y comprobaciones de las que se puede encargar al Notario sin alterar la esencia de la función.

(100) Ya cuando se estableció el procedimiento judicial sumario, con la supresión del período de cognición, si bien dentro de otro marco legal, se criticó por algún autor, como ARAGONÉS (citado por ROCA en pág. 1029). Según aquél, se parte de dos supuestos falsos: que la obligación hipotecaria es independiente de la obligación personal, y otra, que el título inscrito es inatacable y que tiene valor de una sentencia. Y así puede resultar que un deudor confiado, que acepte un recibo provisional, se encuentre de que se venda su finca. Se trata, por ello, de un proceso terrible e inquisitorial que favorece al rico contra el pobre.

No obstante, como ya apuntaba MORELL (citado por ROCA, pág. 1030), los peligros son exagerados, pues son rarísimos los casos en que el acreedor reclame la ejecución hipotecaria, no obstante, estar satisfecho, novado o extinguido el crédito. Más frecuente será que el deudor, para entorpecer la acción del acreedor y auxiliado por el Letrado, busque algo más o menos dudoso para apoyar la oposición.

que permite verificar el remate y cancelaciones, de modo aséptico, por la vía de asientos registrales, no por ello deja de constituir una imposición forzosa, aunque «espiritualizada» (101).

En relación con el principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución (102), es difícil justificar por el simple pacto el desvío o elusión de la vía jurisdiccional (convenio de exclusión de la intervención judicial).

En el caso del arbitraje, como aclara el Preámbulo de su Ley reguladora de 5 de diciembre de 1988, el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, pues se regula el recurso de anulación del laudo, sin perjuicio de las medidas cautelares mientras se tramita la anulación, y, además, la ejecución judicial del laudo, con un sistema suficientemente completo como para encauzar la pretensión de ejecución y la oposición a la misma con garantías suficientes para ambas partes.

Pero en el caso del procedimiento extrajudicial un pacto equivalente desviaría la intervención del Juez, dando a la escritura valor de sentencia firme y, por tanto, ejecutable, en el campo de la ejecución pura y, por tanto, de la coactividad, y no sólo en el de la decisión de una cuestión litigiosa con remisión al Juez para la ejecución, como en el arbitraje. Por eso no nos vale el paralelismo con esta última figura (103).

Desde otro punto de vista, se ha dicho que puesto que el significado último de la tutela judicial es el libre acceso a los tribunales para obtener una resolución fundada en Derecho, esta posibilidad está expresamente reconocida en el artículo 236.o) del RH al remitirse al artículo 132 de la LH.

El Tribunal Constitucional en Sentencia de 18 de diciembre de 1981, con referencia al judicial sumario, señaló que lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en juicio ordinario, y que la limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: se limitan no las posibilidades de contradecir, sino de suspender, y que desde esta perspectiva no puede haber violación porque el deudor y el titular de la finca no quedan privados de tutela ni indefensos.

Pero la limitación de suspensión en el procedimiento extrajudicial a los dos casos previstos en el artículo 236.ñ) del RH, hace que cualquier otra contradicción si bien sigue abierta al juicio ordinario, no impide que se

(101) Se alude al enfrentamiento físico con el poseedor del bien.

(102) Dispone este precepto que: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

(103) Así lo ha entendido MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, pág. 27, y también ROMERO GIRÓN, pág. 387.

produzcan los drásticos e irreparables efectos del hecho consumado de la enajenación con efectos frente a todos (104). Por eso algún autor considera que el respeto al artículo 24 de la Constitución debe imponer en todo caso de demanda judicial una inmediata suspensión de la actuación notarial (105).

Sin embargo, si en lugar de centrar nuestra atención en el pacto de exclusión, lo hacemos en lo que constituye esencia de la hipoteca, aparece más clara la posibilidad de la realización al margen judicial, pues, tal como he sostenido, la facultad de enajenación por el acreedor está en la misma naturaleza hipotecaria.

Así lo entendió el Tribunal Constitucional en la sentencia referida, cuando dice que el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico, y que se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. Con ello no se quiere decir que la inconstitucionalidad quede eliminada por la renuncia al derecho, *ya que tal renuncia no sería por sí sola suficiente para sanar el vicio*. No hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional, pues no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, *por no ser apropiada para suspender la ejecución* (106).

Por tanto, la tutela judicial efectiva queda salvada en base a lo siguiente:

1. Que el contenido propio del negocio jurídico de hipoteca, que el Derecho tradicionalmente reconoce y regula y que la sociedad refrenda con la valoración efectiva de este instrumento jurídico, lo constituye la facultad de enajenar la cosa, consintiendo ambas partes que la defensa esté momentáneamente disminuida y que la realización se haga privadamente.

2. Que el abuso por el acreedor, y, por tanto, también, la indefensión que supondría el drástico efecto de dicha enajenación, quedan alejados con la prohibición del pacto comisorio (art. 1.859 del Código Civil), equivalente a tomar la justicia por la mano, y con la regulación detallada de un expediente

(104) A salvo los efectos cautelares que se derivan de la aplicación de los cinco últimos párrafos del artículo 132 de la LH, al que se remite el artículo 236.o) del RH, y el ya comentado de la anotación que paraliza los efectos cancelatorios de la escritura, a que se refiere el artículo 236.1.3 del RH.

(105) Así, JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE, «Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción voluntaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, 1992.

(106) Puede verse también la Sentencia del TC de 17 de mayo de 1985.

Parece más difícil, sin embargo, argumentar sobre la base de que las características que integran el concepto de Juez legal en el artículo 24 pueden ser predicadas del Notario (ROMERO GIRÓN, pág. 383).

o procedimiento, que tiene todas las garantías de legalidad, certeza, comprobación rigurosa de datos, con las que se dota al control notarial.

3. Que se eluden los aspectos que exigirían intervención judicial por su contenido coactivo inmediato (toma de posesión) y se resuelven otros con mecanismos propios del Derecho privado («apoderamiento», escritura pública, etc.).

4. Que se deja vía libre a la protección judicial, al quedar abierto el juicio declarativo ordinario, y no producirse efecto de cosa juzgada.

Desde otro punto de vista, y sobre la base del pacto añadido como eje del procedimiento extrajudicial, se consideró la posible agravación de la infracción de la tutela judicial efectiva en el campo de los préstamos hipotecarios, al confluir en él las exigencias y su posible infracción, del principio que recoge el artículo 51 de la Constitución y concretado en la legislación de protección a los consumidores.

Pero hemos visto ya: que el problema de la tutela judicial efectiva es independiente del pacto añadido, que radica en saber si el control notarial de la subasta supone o no una indefensión en sí mismo considerado, desde el prisma del artículo 24 de la Constitución; y que la realización privada y controlada no infringe aquella norma básica, que queda a salvo por las razones apuntadas.

Hay que reconocer, sin embargo, que el pacto añadido, y exigido por el legislador para actuar el procedimiento extrajudicial, sí podrá incidir en la sanción prevista en el artículo 10 de la Ley de 1984, y puesto que dicho pacto es requisito formal necesario, afectar de este modo y por aquella causa a la viabilidad del mismo.

Ya hemos visto, al analizar los requisitos del pacto expreso y separado, inspirados en los criterios o principios protectores del consumidor, la posible repercusión de una redacción poco clara y formalmente rigurosa. Pero fuera de esa posible infracción, el pacto forma parte de las condiciones generales y no hay razón para someterlo a un trato distinto del resto del clausulado, máxime cuando se trata de optar por un procedimiento que por su agilidad, garantías y eficacia, el mismo legislador propicia, y que, además, goza de una imperativa y minuciosa regulación, que lo pone a cubierto de sospecha de desequilibrio o abuso (107).

(107) Como reconoce MEZQUITA DEL CACHO, *Control notarial...*, cit., pág. 29, la nueva regulación de la subasta notarial garantiza infinitamente mejor que lo fue en la normativa procesal clásica la obtención de un remate no fraudulento, que no reduzca miserablemente el valor realizado, y, por tanto, el residuo recuperable por el hipotecante; y que ese remanente sólo se verá afectado por la retribución del Notario, arancelariamente fijada, y no por unos honorarios de tarifa liberal.

Por eso el problema se traslada a la general de la libertad contractual en relación con los consumidores (108). Y en este ámbito tiene mayor importancia la oscuridad que acompaña a muchas cláusulas que aparecen en los formularios de préstamos bancarios, y el carácter ilegal o abusivo de algunas de

(108) En este sentido, ROMERO GIRÓN, pág. 394, cuando afirma que el PEE por sí solo no atenta contra el principio de defensa de los consumidores, y que si el pacto vulnera lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de 19 de julio de 1984, sufrirá las consecuencias establecidas en tal precepto, sin necesidad de añadir tal previsión en el propio RH.

Sin embargo, el Consejo de Consumidores y Usuarios emitió un informe considerando que el procedimiento extrajudicial no debía ser aplicado a las hipotecas constituidas en garantía de créditos otorgados al consumidor para que puedan ser objeto de procedimientos en los que quepa el arbitrio judicial al objeto de ponderar circunstancias especiales que deban ser comprendidas en el tratamiento de protección al consumidor.

Y MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, págs. 28 y 29, considera fuertemente cuestionable que en la aceptación del simple trámite de subasta notarialmente controlada, sin proceso judicial de ejecución, quepa hablar en realidad de pacto libre, y, por ende, válido, viniendo como viene establecido en los formularios de las entidades del sistema financiero, y en los términos de lo toma o lo deja. Lo que desennoblece de por sí la alternativa paccionable. Además —afirma— hay otro aspecto de flagrante disonancia: el hecho de que sean las entidades financieras y no los usuarios del servicio crediticio las que designan los Notarios autorizantes de las hipotecas, obligados, conforme al artículo 147 del RN, a prestar a la parte más necesitada una especial asistencia informadora y asesora.

Con referencia en general a los contratos en los que las condiciones generales se imponen por una de las partes, más fuerte económicamente, tiene razón MEZQUITA, pues la escasa libertad de elección es evidente, y, por tanto, como mínimo, habría que dar cumplimiento a la norma del artículo 147 del Reglamento Notarial.

Pero con todo, tiene, a mi juicio, tanta o mayor importancia la corruptela en la que ha caído un sector del Notariado, sobre todo en las grandes poblaciones, al aceptar la imposición por los organismos públicos y por las entidades que gozan de una situación económica de fuerza, del lugar de firma de las escrituras en la sede de las mismas, pues ello afecta a la esencia de la función notarial y también a principios constitucionales:

1. En primer lugar, queda mal parada la imparcialidad que debe presidir la actuación notarial (arts. 142 y 147 del RN), cuya imagen resulta seriamente dañada. Y sin que valga el argumento de que la firma a domicilio no tiene por qué influir en la neutralidad del Notario, pues es fácil comprender que los factores psicológicos, importantes en toda actuación humana, no son los más favorables para eliminar no ya la imagen de parcialidad que es evidente para la parte débil, a la que, además de sufrir la propia imposición del Notario, presencia recelosa y resignadamente otra imposición más, ésta, la del lugar de firma, al Notario mismo, cuya autoridad y función debieran quedar ajenas a cualquier alteración de su actuación normal que no venga requerida por una justa causa; sino también situaciones que, a veces, pudieran afectar a la propia dignidad de la función notarial, y que no se producirían si la escritura se autorizase en el lugar adecuado y exigido por el RN para las situaciones normales, que es el despacho del Notario (arts. 42, 129 y 135 del RN).

Hoy, la firma en el despacho notarial, salvo los casos excepcionales en los que exista una causa seria, se impone por exigencia constitucional, para preservar el principio de imparcialidad, que, con carácter general, establece el artículo 103 de la Constitución. Principio que hace incompatible el ejercicio de la fe pública con la autorización de escrituras en el domicilio de una de las partes por imposición y como privilegio de la misma, y sin que la propia naturaleza de la función a realizar lo exija.

ellas, que la del pacto de sujeción al procedimiento extrajudicial por las razones antes apuntadas (109).

3. LA RETRO ACTIVIDAD ESTABLECIDA EN LAS DISPOSICIONES ADICIONAL
Y TRANSITORIA

A) Dice la Disposición Adicional del Decreto de 27 de marzo de 1992:
«Las disposiciones del RH modificadas e introducidas por el presente Real

2. La salida del despacho puede originar, si se hace larga y continua, como ya empieza a ser bastante corriente, una desatención al público, en general, perjudicando a un sector que se ve privado de la presencia o asistencia del Notario, que se encuentra fuera de su despacho a horas normales de trabajo. Resulta poco positivo comprobar lo que cada vez es más usual en algunas ciudades, cuando se llama a una Notaría y se le informa que el Notario está ausente, firmando fuera, en los Bancos.

3. Infracción de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley del Notariado, cuando establece que las escrituras matrices no podrán ser extraídas del edificio en que se custodien. Y se aumenta el peligro de deterioro o sustracción de las mismas, al tener que transportar el Notario las matrices.

4. Mayor costo para la parte débil, que tiene que soportar los gastos de la salida del Notario, impuesta por la otra parte dominante.

5. Vulneración del principio de igualdad. Hay que ajustar la actuación notarial a lo dispuesto en los artículos 1 y 14 de la Constitución, que establecen la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, lo que supone la disponibilidad por igual del Notario en el ejercicio de la función que desempeña.

6. El mismo Decreto de 27 de marzo de 1992 da muestra de una sensibilidad en este sentido, haciéndose eco de los valores que deben regir en el tiempo que vivimos. Y en su artículo 236.g) dispone que las subastas se celebrarán en la Notaría, o en el local señalado por el Notario al efecto, saliendo así al paso de posibles imposiciones de lugar, que empañarían, lógicamente, la imagen de imparcialidad que debe presidir toda actuación notarial.

Se impone, pues, un mayor rigor en este campo y el cumplimiento del espíritu de nuestro Ordenamiento, que impide el ejercicio de la función notarial bajo imposición o subordinación a una de las partes, en claro perjuicio no sólo para la otra parte contratante, sino para la sociedad misma que asiste pasivamente a una actuación pública que debiera desarrollarse con arreglo al principio de igualdad y también al de neutralidad, y que se realiza, en cambio, en tales casos, con beneficio y por imposición de una parte, precisamente la que goza de mayor fuerza política o económica.

(109) De hecho, en ningún caso de autorización de escritura de préstamo hipotecario, de entre todos los que he intervenido como Notario, y después de explicar el significado del pacto de sujeción al control notarial, ha habido reparos al mismo. A diferencia de la resignación con la que aceptan otros pactos claramente ininteligibles o excesivos.

Lo que sucede es que como las condiciones del mercado son equivalentes, realmente lo que les interesa a los prestatarios, y a ello se reduce la elección, es la cuantía del préstamo como una *rémora* ineludible.

Tiene razón MEZQUITA DEL CACHO (pág. 28) cuando se queja de que ni el sector público del sistema financiero tenga al respecto la menor ejemplaridad que exhibir ante el sector privado, ni la Administración competente se haya preocupado de dictar una normativa de desarrollo de la legislación de defensa de los consumidores que catalogue cuantas cláusulas deban ser eliminadas o corregidas.

Decreto se aplicarán exclusivamente a las ejecuciones extrajudiciales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, cualquiera que fuere la fecha en que se hubiera otorgado la escritura de constitución de la hipoteca».

Este precepto ha suscitado los mayores recelos y una viva discusión doctrinal (110). El problema está en si puede tener efecto retroactivo la reforma del procedimiento extrajudicial, aunque lo sea en grado medio, y, por tanto, si vulnera el artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Habrà que analizar, entonces, si las normas que modificaron el procedimiento extrajudicial son normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

1. Cuando el deudor incumple la obligación de realizar la prestación debida, el acreedor tiene un elemental derecho a procurar que aquélla se satisfaga. Es la acción de cumplimiento, que no es una *sanción*, sino una consecuencia lógica, derivada de la misma naturaleza de la obligación.

Al deudor que no paga y se le exige el cumplimiento de modo forzoso, para lograr la satisfacción del interés del acreedor, que corresponde, justamente, con aquello a que el deudor se había obligado, no se le está sancionando, sino exigiendo justamente su compromiso; y si no lo cumple voluntariamente se le podrá reclamar mediante ejecución forzosa de la obligación (111).

Pero lo cierto es que tratándose de realización hipotecaria y no ya de la constitución misma de la hipoteca, hay que tener en cuenta que la situación más favorable (desde el punto de vista de la relación contractual, que no desde la situación social o económica, que es otra cuestión que afecta al Estado y no a las entidades privadas, que se mueven por otras coordenadas) corresponde ahora a la parte deudora. Esta, una vez recibido el préstamo, ya tiene a su favor todas las cautelas que el Estado proporciona para que la realización sea controlada, tal como hemos visto. Y, además, debe saber, porque ello es consustancial al negocio convenido y a la naturaleza de la hipoteca, que, si no paga, la consecuencia lógica es la enajenación de la cosa para procurar el cobro al acreedor, sin que deban valer las dilaciones y argucias que dilaten o desvíen aquel efecto natural de la hipoteca.

Otro problema es que el Estado, en cumplimiento del mandato constitucional de acceso a la vivienda digna procure los medios económicos adecuados, pero no a costa de desnaturalizar un instrumento técnico-jurídico, como es la hipoteca, cuya utilidad está precisamente en proporcionar agilidad y seguridad al crédito a través de una realización ágil y expeditiva. Y no entorpeciendo dicha realización a costa de la otra parte contratante.

(110) Desde luego resulta anómalo y criticable que se regulen problemas de Derecho transitorio a través de una Disposición Adicional, alterando así la terminología y técnica propias, originando confusión y, por tanto, afectando a la seguridad jurídica, en el aspecto de la claridad normativa. Ha recalcado este defecto también MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *ob. cit.*, pág. 121.

(111) Otra cosa es que la ejecución forzosa, el poder coactivo del acreedor sobre el patrimonio del deudor con el fin de lograr el cumplimiento, haya de realizarse judicialmente, por medio de órganos jurisdiccionales y a través de un procedimiento, que es el

Pero es que, además, como hemos visto, en el caso del procedimiento extrajudicial, lo que se hace es, sencillamente, realizar el contenido propio de la hipoteca, que es la facultad de enajenar la cosa gravada, y que el deudor aceptó como formando parte esencial del negocio jurídico celebrado con el acreedor. Y, por tanto, estamos todavía más lejos del ámbito sancionador a que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución, pues se está dando cumplimiento al contrato de hipoteca, con las garantías que se derivan del control notarial, en este caso (112).

2. Ya hemos visto, al estudiar los caracteres del control de la realización hipotecaria, que se trata de establecer una serie de trámites que aseguren la legalidad y eviten el abuso en la enajenación de la cosa hipotecada. Y tienen la naturaleza de las normas adjetivas o de procedimiento para hacer valer los derechos. En ellas no se establecen derechos subjetivos, sino mecanismos de defensa o de control del ejercicio de un derecho. Y, por tanto, son equivalentes, en este sentido, a las normas procesales.

El que sólo entren en juego cuando se haya pactado esta variante de control extrajudicial, el convenio o pacto previo no altera su naturaleza, y siguen siendo normas adjetivas, de encauzamiento de la realización de un derecho, que deriva no de aquel pacto, sino de la hipoteca misma. No se

proceso de ejecución. Pero, como ya hemos visto, en el procedimiento extrajudicial se produce, simplemente, un control público de la enajenación de la cosa gravada, que es el derecho en que consiste sustancialmente la hipoteca, más que una ejecución forzosa en sentido estricto; y el problema de la infracción del principio de tutela judicial efectiva que pudiera derivarse, quedaba marginado por las razones expuestas con anterioridad en este trabajo.

Y otra cosa, también, es que —como dice Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., pág. 730— cuando a la objetiva tipicidad de la contravención se unen los requisitos necesarios para determinar una responsabilidad, la reacción del Ordenamiento jurídico pueda ser considerada como una sanción del comportamiento del deudor.

(112) Ya veremos luego cómo las innovaciones introducidas por el Decreto de 27 de marzo de 1992 y, concretamente, la supresión de la causa de suspensión en virtud de la mera oposición formulada en juicio declarativo, no pueden considerarse como restrictivas de derechos individuales, y mucho menos como sanción. Se trata, sencillamente, de encauzar el control notarial de modo que pueda utilizarse de verdad, y sin que el pacto, sometiéndose al mismo, quede en pura mención literaria en el contrato, sin posibilidad práctica de realizarse.

No lo entiende así MEZQUITA DEL CACHO, «Apéndice al tema del control notarial de la subasta hipotecaria», en *La Notaría*, núm. 4, 1992, págs. 20 y 21, para quien el atentado al principio de irretroactividad es ahora plenamente perceptible, ya que en las hipotecas constituidas con anterioridad hay una relación jurídica establecida, no sólo con arreglo al contrato, sino también con arreglo a la legalidad imperativa externa que en aquel momento fuera aplicable a sus efectos, y aquella legalidad incluía la posibilidad de que el hipotecante o el deudor antes de la subasta anotara preventivamente una demanda en juicio ordinario en la que formulara oposición al trámite notarial, con efecto suspensivo sobre éste. Y que una modificación normativa de este tenor debe ser considerada no favorable, habiéndose producido una reducción de los derechos defensivos del deudor.

sustantivizan, pues el aspecto negocial se limita a la opción por tal procedimiento, pero no afecta ni puede afectar a las normas que lo regulan, que tienen carácter imperativo, como, en general, las normas procesales (art. 235.2 RH). Como no se sustantiviza tampoco el judicial sumario, por el hecho de que el artículo 130 de la LH exija, para su utilización, que se determine un domicilio y un valor de tasación, lo que equivale a un pacto en tal sentido. Ni se sustantiviza el procedimiento arbitral, cuyas normas no se incorporan al convenio arbitral, y siguen siendo adjetivas y de procedimiento (113).

Y la doctrina y la jurisprudencia consideran que las disposiciones adjetivas y ordenadoras del proceso tienen eficacia retroactiva por cuanto suponen una mayor protección de los derechos. Y en el caso de la realización de la hipoteca bajo control notarial lo que se pretende es la más ágil, económica y justa enajenación (114).

(113) Por eso la Disposición Transitoria de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 dispone que, «Salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiese iniciado ya, los arbitrajes cuyo convenio arbitral se hubiere celebrado antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirá por las disposiciones contenidas en la misma».

En contra, considera MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (págs. 117y 118) que las normas del procedimiento extrajudicial no son simples normas procesales, pues lo que se ha alterado no es el marco procesal en que el deudor podía esperar defender su posición sustantiva frente a las pretensiones del acreedor en caso de impago, sino que se ha modificado esa misma posición sustantiva, pues se trata de realización privada de derechos vía notarial y no de solución pública y judicial de los mismos. Y que la determinación legal e imperativa del contenido del pacto de autotutela en absoluto eleva a éste a la categoría de proceso judicial, ni a sus preceptos se les puede calificar de normas procesales, sino que son normas sustantivas, ocupando sus artículos el lugar del clausulado convencional, por lo que al suplantar la libertad contractual se deben respetar, al menos, los efectos, que conforme a aquel régimen jurídico se derivaron para aquéllos que lo aceptaron como contenido determinado e impuesto de su propio pacto privado de realización autotutelar por vía notarial.

Pero, como señala ROMERO GIRÓN, pág. 392, nota 29, el RH contiene normas procedimentales aunque no sea un proceso judicial, y la retroactividad natural de las normas procesales no se refiere sólo a las procesales en sentido estricto, integradas en un proceso judicial y opuestas al concepto de normas sustantivas, sino a toda norma procedimental o adjetiva de otra norma principal que sigue vigente.

(114) En relación con retroactividad de las normas adjetivas, CASTRO, *Derecho civil de España*, t. II, pág. 652, nota 3.

El Tribunal Supremo acogió la tesis de la eficacia inmediata, y, en menor medida, la de *tempus regit actum*.

Y el Tribunal Constitucional ha aplicado la tesis de la eficacia inmediata en relación con la propia Constitución en su papel de nueva ley procesal (Sentencia de 20 de octubre de 1982), y también en el caso de sucesión entre leyes procesales ordinarias (Sentencia de 29 de junio de 1987).

Sin embargo, debiera excluirse la aplicación de disposiciones más desfavorables reguladoras de procedimientos penales o sancionadores. Así lo entendió el propio TC en Sentencias de 10 y 12 de marzo de 1987, que se apartan de la tesis de la eficacia inmediata de la nueva Ley Procesal cuando sea más restrictiva respecto a la libertad individual, y consideró que los órganos judiciales habían partido del carácter procesal y

El Código Civil con criterio amplio, **referido** no sólo a las acciones, sino, en general, al ejercicio de los derechos, ya estableció que se sujetarán en cuanto al procedimiento para hacerlos valer a lo dispuesto en el Código. Y en el mismo sentido y ya más concretamente, la LH en su DT 5.^a dispuso que los procedimientos ejecutivos por razón de hipotecas, iniciados con posterioridad a 1 de enero de 1945, aunque se refieran a hipotecas inscritas con anterioridad a dicha fecha, se regirán por la presente Ley, *incluso aquéllos en los que se hubiera pactado cualquier procedimiento especial para su ejecución*.

Y ello es lógico, pues ha de entenderse que las reformas procedimentales pretenden mejorar las garantías y la eficacia del ejercicio de los derechos (115).

no sancionador de la prisión provisional, pero que aunque no sea ésta una sanción no significa que no suponga en sí misma una restricción de la libertad individual. Curiosamente la última sentencia de las citadas tuvo dos votos disidentes, de Díez-Picazo y RUBIO LLORENTE, partidarios de la tesis de la eficacia inmediata de la Ley Procesal, incluso en el ámbito punitivo, considerando que no es retroactiva una ley porque determine los efectos pro futuro de situaciones que hubieran nacido con anterioridad.

Pero, como dice LÓPEZ MENUÑO, «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional», en *Estudios sobre la Constitución española*, t. I, pág. 505, el principio de irretroactividad penal debe jugar con toda intensidad.

(115) A mi juicio, la regulación introducida por el Decreto de 27 de marzo de 1992 perfecciona ostensiblemente el procedimiento extrajudicial, aunque con ciertos puntos débiles que se han puesto de relieve en este trabajo, tanto en cuanto a las garantías del hipotecante (requerimiento en el domicilio por él establecido, posibilidad de pago por los titulares de derechos posteriores antes del remate, etc.) como del acreedor, al impedir que con la mera oposición en juicio declarativo por el deudor se paralice el procedimiento.

Y éste es justamente el punto más discutido (la supresión de esta causa de suspensión), si se considera que merma las posibilidades de defensa del deudor, y, por tanto, que afecta a derechos adquiridos que quedarían retroactivamente afectados.

Pero, sin perjuicio de lo que luego se dirá acerca de los derechos subjetivos y las normas adjetivas, hay que poner de relieve que, precisamente, esta facultad de suspender el procedimiento a voluntad del deudor supuso la quiebra de un medio ágil y económico de realización de la hipoteca, que es el procedimiento extrajudicial, haciéndolo inservible e inútil. Y el legislador no puede caer en un proteccionismo excesivo, aunque se suponga que la parte débil sea la protegida, cuando ello proporcione un arma en manos de ésta para, a su antojo, yugular el normal y legítimo ejercicio de un derecho. El legislador ha de velar por la protección equilibrada de ambas partes, evitando normas que supongan una trampa para cualquiera de ellas, como lo era la suspensión a libre arbitrio del deudor, yendo contra sus propios actos y burlando la esperanza del acreedor en una pronta realización de su derecho.

Desde otro punto de vista no se puede olvidar que la simple facultad de paralizar el procedimiento con la oposición en juicio declarativo tampoco representa una posición tan nítidamente ventajosa para el deudor. De momento tendrá que acudir a tal vía costosa, y luego, en la práctica, lo único que conseguirá será desviar el procedimiento hacia el judicial sumario, que le sitúa en una posición todavía más drástica y coactiva, pues en ella se ventilan cuestiones posesorias, y con unos costos de procedimiento que finalmente le repercutirán.

Ahora bien, si se considera la posibilidad de que las normas procesales integran derechos individuales, en la medida en que se produzca una restricción de los mismos como consecuencia de la modificación operada, podría entonces entrar en juego la norma de la irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución.

Es éste, el de la extensión de la irretroactividad en este campo, uno de los puntos débiles de nuestra Ley fundamental, pues no se determina con claridad el ámbito de los derechos individuales. La doctrina está de acuerdo en que tales derechos son los que recogen los artículos 15 a 29 (derechos fundamentales y libertades públicas), y para un amplio sector, también los de los artículos 30 a 38 (derechos de los ciudadanos). Sin embargo, es remisa a extender el principio de irretroactividad a todos los derechos subjetivos adquiridos (116).

El Tribunal Constitucional, en este último sentido, declaró que los derechos individuales no son cualesquiera derechos adquiridos, pues la defensa a ultranza de éstos no casa con la filosofía de la Constitución (*Sentencia* de 20 de julio de 1981); y trata de reducir su ámbito a los derechos fundamentales y libertades públicas o, a lo más, a la esfera global de protección de la persona, pues la expresión «restricción de derechos individuales» del artículo 9.3 ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a aquellos derechos y libertades antes referidos (*Sentencia* de 10 de abril de 1986).

Y se acepta, generalmente, que las normas procesales no declaran derechos, limitándose a regular el procedimiento que debe seguirse, siendo ino cuas por hipótesis.

Aunque esta tesis, llevada hasta extremos que afecten al ámbito penal o de libertades públicas, sea discutible, como hemos visto, hay que reconocer que en el campo del procedimiento extrajudicial y de las modificaciones introducidas por el Decreto de 27 de marzo de 1992 no puede consignarse

Se dirá que con la suspensión el deudor gana tiempo. Pero tampoco esta es una razón que debe primar, pues el tráfico económico y la fluidez de las transacciones, necesarias para que la sociedad se desenvuelva con tranquilidad, no pueden quedar a merced de dilaciones procesales arbitrarias. Además, la seguridad jurídica no resulta bien parada si se fomentan armas que agraven la lentitud de los procedimientos, mal endémico de nuestra justicia. Y por ello, y para evitar tales situaciones, como señala el preámbulo, se publicó el Decreto que comentamos, para agilizar las ejecuciones, *atajar determinadas conductas estratégicas* y remover los obstáculos procedimentales que pudieran constreñir la expansión del crédito territorial.

(116) Para un estudio del problema, LÓPEZ MENUDO, *ob. cit.*, págs. 486 y sigs. He sostenido en mi trabajo sobre *La seguridad jurídica*, cit., págs. 67 y sigs., la conveniencia de clarificar el ámbito de la irretroactividad desde un criterio de respeto a situaciones básicas para el desarrollo de la persona, y en relación con los principios de estabilidad y seguridad.

ningún ataque o deterioro de derechos individuales en el ámbito de la persona o de la libertad, aunque, como consecuencia de las mismas, se impidan ciertas posibilidades, que más que derechos eran vías de escape del procedimiento mismo, que se hace más riguroso y eficaz (117).

En realidad, el carácter retroactivo del Decreto, limitado al procedimiento o trámites del control notarial, resulta acorde con la doctrina de la retroactividad de las normas procesales, tal como hemos visto.

B) Pero el problema de la irretroactividad puede plantearse a otro nivel, el sustantivo, si se considera que puesto que el legislador exige el requisito formal de pacto previo para que tenga viabilidad el control notarial, y el Decreto establece dos nuevos requisitos para que dicho pacto sea válido, que son estipulación separada y domicilio para requerimientos, ya analizados; si éstos no se han cumplido, tal defecto afectará al pacto mismo y, por tanto, en la medida en que el pacto es soporte legal del procedimiento extrajudicial, a la viabilidad de éste.

1. Veamos en primer lugar el alcance de la exigencia de fijación de domicilio por el hipotecante.

La introducción de este nuevo requisito afecta, lógicamente, a los trámites del control notarial, pues el requerimiento ha de realizarse precisamente en el domicilio que, a efectos de aquél, resulte del Registro [art. 236.c).3 RH]. Y tal designación no constará cuando se trata de hipotecas anteriores, pues la antigua regulación no la exigía. Por lo que si se quiere armonizar la norma ya analizada (Disposición Adicional), que permite aplicar la nueva regulación a las hipotecas antiguas, será necesario, para que pueda tener efectividad lo dispuesto en el citado artículo 236.c).3 del RH, determinar en qué domicilio se hará el requerimiento. Y a ello se dirige la norma de la Disposición Transitoria del Decreto, que es, como veremos, una norma puramente procesal, pues completa los trámites del nuevo procedimiento en relación con las hipotecas antiguas, en las que no consta un domicilio a efecto del requerimiento.

Dice la Disposición Transitoria que: «El domicilio establecido a efectos de requerimientos y notificaciones para el procedimiento judicial sumario en las escrituras otorgadas antes de la entrada en vigor de este Real Decreto servirá igualmente para los requerimientos y notificaciones que hayan de practicarse en el seno de la ejecución extrajudicial».

Se trata de una norma lógica y congruente con la de la Disposición Adicional, pues, por un lado, era necesario coordinar ésta con la del artículo 236.c).3 del RH, y, por otro, puesto que el domicilio señalado para

(117) En este sentido, ROMERO GIRÓN, pág. 393, afirma que en modo alguno podemos considerar que ese derecho de oposición del deudor se encuentra entre los derechos fundamentales.

el procedimiento extrajudicial ha de coincidir necesariamente con el señalado para el judicial sumario, era razonable que éste valiese a tales efectos (118).

En todo caso, la DT es una norma de procedimiento, pues resuelve un trámite del mismo, armonizando y completando la nueva regulación del control notarial.

Porque una cosa es la exigencia sustantiva de señalamiento o fijación de un domicilio en la escritura de constitución de la hipoteca, que si no se cumple impide el procedimiento, y que sólo debe afectar a las hipotecas que se constituyan después de la entrada en vigor de la nueva norma que la establece. Y otra muy distinta que para ejercitar las antiguas sea necesaria tal constancia, pues ni esta norma sustantiva ni la que exige pacto separado, como veremos, tienen eficacia retroactiva como tales exigencias sustantivas complementarias del pacto, ni, por tanto, la ausencia de tales requisitos en las hipotecas anteriores puede entorpecer el nuevo procedimiento. Y ello aunque se establezca en una norma transitoria, ésta sí de carácter procesal, que el requerimiento se haga en el señalado para el judicial sumario (119).

Por tanto, no hay que extrañarse de que una norma procesal tenga eficacia retroactiva y resuelva los problemas que plantean los trámites establecidos por la nueva regulación, en cuanto se apliquen a las hipotecas antiguas; y que podían haberse resuelto sencillamente, estableciendo en el mismo artículo 236.c) del RH que el requerimiento tendrá lugar en el domicilio señalado para el procedimiento judicial sumario o para el extrajudicial, indistintamente, puesto que ambos deben ser coincidentes (120).

(118) Otro problema es el de la conveniencia de establecer como domicilio para el requerimiento el designado por el deudor para el judicial sumario. Pues si se tiene en cuenta lo fácil que resultará — el procedimiento extrajudicial si se aplica literalmente la norma del artículo 236.c)A del RH, tal como hemos visto, probablemente hubiera sido más útil conservar en este punto la antigua norma que remitía al artículo 222 del RN.

En todo caso, para evitar los problemas derivados de la tajante disposición que manda que el Notario dé por terminada su actuación si no se puede practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas [236.c).4], hubiera sido más efectivo completarla con la posibilidad de practicar el requerimiento en el domicilio real, y en todo caso al deudor en cualquier lugar, como admite el artículo, párrafo 7.º del Reglamento Notarial.

(119) La Dirección General de los Registros, en Resolución de 7 de julio de 1992, en un afán de enriquecer la argumentación sobre la no aplicación a las hipotecas antiguas del requisito del pacto separado, considera que la DT se limita a contemplar el régimen transitorio de uno de los requisitos exigidos para el surgimiento del derecho de ejecución por la vía extrajudicial —el señalamiento de domicilio— y guarda absoluto silencio sobre el régimen transitorio de los restantes requisitos.

Ya hemos visto que no se trata de régimen transitorio referido a un requisito sustantivo, sino a uno de los trámites del procedimiento mismo.

(120) Sin que tenga fuerza el argumento de que es importante para el que pacta el procedimiento extrajudicial la determinación de un domicilio especial para éste, ya que, en todo caso, tiene que coincidir necesariamente con el fijado para el judicial sumario.

2. Por último, resta analizar la trascendencia de la exigencia de pacto en estipulación separada en relación con las hipotecas antiguas.

Como se ha visto ya, el artículo 234.2 del RH establece que la estipulación en virtud de la que los otorgantes hayan pactado la sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura.

Se añade así un nuevo requisito sustantivo, sobre cuyo significado o trascendencia se ha hablado ya. A partir de la entrada en vigor del Decreto, si el pacto no reúne las exigencias del artículo 234 del RH no cabe ni su inscripción ni la posibilidad de aplicar el control notarial para la enajenación de la cosa hipotecada.

Se trata de un requisito sustantivo referido al convenio sobre la hipoteca, y, por tanto, a la norma que lo establece le será aplicable el principio general de la irre tro actividad que, con carácter general, recoge el artículo 2 del Código Civil cuando dispone que «las leyes no tendrán eficacia retroactiva si no dispusieren lo contrario».

Ahora bien, el problema se plantea a la hora de considerar la conexión o posible inescindibilidad del pacto con todos sus requisitos y el procedimiento extrajudicial.

Es claro que, en lo sucesivo, si el pacto no cumple los nuevos requisitos no podrá basarse en él el procedimiento extrajudicial, pero, en cambio, tal exigencia no deberá afectar a las hipotecas antiguas, para las cuales la posibilidad de aquel procedimiento deriva formalmente de pacto previo realizado con arreglo a la legislación anterior, que no exigía tales requisitos. Y la aplicación del nuevo procedimiento, norma adjetiva, y, por tanto, naturalmente retroactiva, en nada puede influir sobre los aspectos sustantivos en que se apoya.

El pacto de sujeción, válido y eficaz, contenido en las hipotecas antiguas, determina la posibilidad del procedimiento extrajudicial, aunque éste haya de realizarse ahora con arreglo a la nueva regulación, adjetiva, tal como establece la DA antes comentada.

La Resolución de 15 de diciembre de 1925 señaló, en relación con este último procedimiento, que la consignación de un domicilio en la escritura tiene una doble finalidad: garantizar al deudor que lo fija el oportuno y exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas, al mismo tiempo que asegura al acreedor contra las dilaciones y entorpecimientos que por razón de los cambios de residencia o por la mala fe del deudor sufrirían los trámites procesales. Y que la inscripción hipotecaria se limita a consignar, de un lado, que el deudor se entiende suficientemente defendido con que las notificaciones y requerimientos se practiquen como si tuviera su domicilio en el lugar designado, y de otro, que el acreedor hipotecario debe dirigir la acción de conformidad con tales indicaciones. Y que si la designación del domicilio es equivocada o falsa, o ha variado, se entiende que se halla subsistente el que aparezca en el Registro, pues de otro modo sería facilísimo burlar los mandatos de la ley y *fundar la defensa de los intereses del deudor sobre su propia torpeza*.

Desde este punto de vista, resulta ya indiferente que se exijan nuevos requisitos, aunque se consideren necesarios para la validez del pacto, pues en nada afectarán a la retroactividad natural de las normas procesales (121).

Y así lo entendió la Dirección General de los Registros en Resolución de 7 de julio de 1992, aunque, en un excesivo celo por cargarse de razón, haya acudido a argumentos innecesarios o improcedentes, como los referidos en sus puntos 4.º y 5.º (122).

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO
Notario

Sin embargo, se entendió por algún autor que para el procedimiento extrajudicial del RH no exigió la fijación del domicilio, pues lo querido por el legislador es que se haga el requerimiento en el real y efectivo del deudor y no en el convencional que puede ser o no verdadero, y también no dar demasiadas facilidades al procedimiento extrajudicial, por lo que ha desechado tal designación, y, por tanto, la posibilidad del pacto de fijación (LA RICA, *Comentarios...*, pág. 250). En cambio, la Resolución de 4 de agosto de 1939, presupone la validez de este pacto.

(121) Ya hemos visto que las circunstancias sociales que han motivado la norma que estamos comentando (acceso a la vivienda a través de la financiación por medio de créditos hipotecarios sobre la misma y necesidad de proteger a la parte contractual cuya única opción es aceptar el préstamo con las cláusulas generales impuestas por la entidad, que goza en ese momento de posición dominante, para dar cumplimiento de protección al consumidor) es una razón más para considerar que la fuerza o importancia de este requisito sólo pueda tener relación con el momento actual. Claro que podría considerarse que también las antiguas adolecen de defecto por entender por el pacto, en cuanto formando parte de las condiciones generales, no reúne los requisitos exigidos por la legislación protectora del consumidor; pero ello nos lleva a otro terreno, el de la validez de dicho pacto, que no puede resolverse técnicamente desde la retroactividad no declarada de una norma sustantiva, que, además, sería contradictoria con la declaración de la DA.

(122) En el cuarto, al conectar la exigencia del pacto separado con la DT, considera que ésta se refiere a uno de los requisitos exigidos para que surja el derecho a la ejecución extrajudicial, cuando, como hemos visto, tal DT se refiere a un trámite del procedimiento; y en el punto 5.º se habla de que si se exigiere el requisito de la cláusula separada a las escrituras anteriores, el procedimiento extrajudicial no sería aplicable.

La doctrina ha criticado con toda razón la citada Resolución. Así, ROMERO GIRÓN, pág. 390; GARCÍA MÁS, pág. 3187, y, sobre todo, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, págs. 120 y sigs.