

1.7. Concursal civil

La venta extrajudicial de finca hipotecada. Cuestiones sustantivas. Especial referencia a la vivienda habitual*

The extrajudicial sale of a mortgaged property. Substantive issues. Special reference to habitual residence

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

*Profesora titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: La venta extrajudicial de finca hipotecada presenta una naturaleza diversa a la de un procedimiento jurisdiccional de ejecución en la medida en que supone el despliegue de un pacto privado entre acreedor y deudor que facilita a aquel el ejercicio del *ius vendendi* o *ius distrahendi*, facultad estructural del derecho de hipoteca, a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria controlado por el notario. Este funcionario público ha de intervenir necesariamente en el procedimiento para asegurar los intereses del acreedor, del deudor y del hipotecante, así como de terceros titulares de derechos posteriores a la hipoteca que se ejecuta. También por exigencias de la prohibición del pacto comisorio que contiene el Código Civil. Para poder abrir un procedimiento de venta extrajudicial es preciso que la obligación garantizada consista en una obligación pecuniaria y que la cuantía de esta esté determinada al iniciarse la venta extrajudicial; además es preciso que se haya hecho constar en la escritura de hipoteca y en el Registro de la Propiedad la cláusula de venta extrajudicial con sus requisitos formales y de contenido; que se haya pactado el vencimiento anticipado de la obligación y que la deuda se liquide con arreglo a las estipulaciones pactadas en la escritura de constitución de hipoteca (en caso de amortizaciones progresivas, de interés variable y de interés moratorio).

ABSTRACT: *The extrajudicial sale of a mortgaged property has a different nature from that of a jurisdictional enforcement procedure insofar as it involves the deployment of a private agreement between creditor and debtor that facilitates the exercise of the *ius vendendi* or *ius distrahendi*, structural power of the mortgage right, through a voluntary jurisdiction procedure controlled by the Notary. This public official must necessarily intervene in the procedure to ensure the interests of the creditor, the debtor and the mortgagor, as well as third-party holders of rights*

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y disciplinar» con referencia PID2021-124953NB-I00, dirigido por la catedrática de Derecho civil, Dra. Matilde CUENA CASAS.

subsequent to the mortgage that is executed. Also due to the prohibition requirements of the commission agreement contained in the Civil Code. In order to open an extrajudicial sale procedure, it is necessary that the guaranteed obligation consists of a pecuniary obligation and that the amount thereof is determined at the beginning of the extrajudicial sale; it is also necessary that the extrajudicial sale clause with its formal and content requirements have been recorded in the mortgage deed and in the Property Registry; that the early expiration of the obligation has been agreed and that the debt is settled in accordance with the stipulations agreed in the mortgage constitution deed (in the case of progressive amortizations, variable interest and default interest).

PALABRAS CLAVE: Venta extrajudicial. Vivienda habitual. Tasación. Domicilio del hipotecante. Apoderamiento para el otorgamiento de la escritura de venta.

KEY WORDS: *Extrajudicial sale. Habitual residence. Appraisal. Domicile of the mortgager. Power of attorney for the granting of the deed of sale.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL.—III. NORMATIVA SUPLETORIA DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY HIPOTECARIA Y EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO.—IV. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL.—V. LEGALIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENTA EXTRAJUDICIAL.—VI. REQUISITOS DE ORDEN SUSTANTIVO PARA LA APERTURA DE ESTE PROCEDIMIENTO: 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. 2. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO: A) *El pacto de venta extrajudicial*: a) Requisitos formales. b) Requisitos materiales o de contenido. B) *El vencimiento anticipado de la obligación*. C) *La liquidación de la deuda con arreglo a las estipulaciones pactadas en la escritura de constitución de hipoteca*.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Para el cobro del crédito hipotecario el acreedor dispone de diferentes procedimientos, con importantes diferencias entre sí. Por un lado, el procedimiento declarativo ordinario, conducente a una sentencia que habrá de ser objeto de ejecución ulterior y en el que el acreedor ejercita la acción personal derivada del crédito. Por otro lado, el acreedor también puede acudir al procedimiento de ejecución ordinaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el único fundamento del derecho de crédito documentado en la escritura pública, siempre que esta reúna los requisitos para ser considerada título ejecutivo de acuerdo con el artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Pero los más genuinamente hipotecarios, los realmente especiales, son el procedimiento de ejecución judicial directa, que se tramita con las especialidades de los artículos 681 a 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la venta extrajudicial del artículo 129 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 a través de los cuales el acreedor ejercita la acción real hipotecaria¹.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL

La venta extrajudicial tiene sus orígenes en el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 (concretamente, en su artículo 201) y cuenta con el precedente del procedimiento extrajudicial notarial para la realización de la prenda con desplazamiento de la posesión del artículo 1872 del Código Civil².

El procedimiento fue contemplado por una norma con rango de ley a raíz de la Ley de 30 de diciembre de 1944 sobre reforma de la Ley Hipotecaria y posteriormente pasó al Texto Refundido de 8 de febrero de 1946 (art. 129 LH).

No obstante, su regulación se continuó manteniendo básicamente en el Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, destacando la reforma del mismo realizada por el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas, que puso por extenso la regulación al modificar los artículos 234, 235 y 236 del Reglamento Hipotecario y añadir los artículos 236-a hasta 236-p.

Con anterioridad a la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, diversas sentencias del Tribunal Supremo consideraron que el procedimiento era inconstitucional (con una inconstitucionalidad sobrevenida) por vulnerar los artículos 24 y 117 de la Constitución española, o sea, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías, así como la exclusividad de los Tribunales en su potestad jurisdiccional de ejecución, llegando a declarar la tácita derogación por la Constitución Española del artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria y de los artículos mencionados del Reglamento Hipotecario³.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 reinstauró el procedimiento que pasó a denominarse venta extrajudicial y aclaró la admisibilidad de la misma como fruto de la autonomía de la voluntad y como mecanismo de realización de la garantía acordado por acreedor y deudor para que aquel pudiera ejercitar el *ius vendendi* o *ius distrahendi*, que es una facultad estructural del derecho real de hipoteca (arts. 1858 y 1255 CC), en caso de incumplimiento por el deudor. La venta extrajudicial no sería pues otra cosa que la actuación, controlada por el notario, de ese *ius distrahendi* documentada en un acta y la posterior escritura de venta⁴.

A pesar de esta nueva orientación que el legislador pretendió dar a la venta extrajudicial como cauce de realización de la garantía distinto de un procedimiento jurisdiccional de ejecución, la regulación contenida en el Reglamento Hipotecario, al que remitía la nueva redacción del artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria, nunca fue reformada⁵.

La crisis hipotecaria del año 2008 y posteriores puso de manifiesto las debilidades de la regulación contenida en el Reglamento Hipotecario, el cual preveía la celebración de tres subastas presenciales, la última sin sujeción a tipo, pudiendo adjudicarse el acreedor hipotecario la vivienda habitual del deudor por un precio irrisorio (al no existir un porcentaje mínimo de adjudicación). Es por este motivo que el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos estableció en su artículo 12 normas específicas para la venta extrajudicial cuando el bien hipotecado fuese la vivienda habitual del deudor, determinando que en tal caso la realización del bien se verificaría a través de una única subasta y regulando esta⁶.

Pero la regulación actual de la venta extrajudicial proviene fundamentalmente de la reforma operada en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria por la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que le dotó de la configuración actual y pretendió fomentar este modo de realización de la garantía hipotecaria (RDGRN

de 25 de febrero de 2014). No obstante, el legislador de 2013 anunció nuevamente una reforma del Reglamento Hipotecario que todavía no se ha llevado a cabo y que dificulta la determinación de la normativa aplicable, dado que si bien aspectos sustantivos (es decir, presupuestos) de la tramitación de la venta extrajudicial han sido contemplados en el nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria e igualmente aspectos esenciales de la tramitación notarial de la venta, se ha producido también una tática derogación de diversos preceptos del Reglamento Hipotecario por la Ley 1/2013 y por el nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria, así como por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así cabe mencionar los relativos a la triple subasta presencial, pues el artículo 129.2.d) de la Ley Hipotecaria estableció la necesidad de que la venta se realizase mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, siendo los tipos y condiciones de la subasta los determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (precepto este que supuso también la tática derogación del artículo 12 del Real Decreto Ley 6/2012)⁷.

Hay que remarcar que la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, aunque introdujo expresamente en la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 la regulación del expediente de subasta notarial en el Capítulo V del Título VII de la Ley (arts. 72 a 77) no afectó a la vigencia del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y de su desarrollo reglamentario, prueba de lo cual fue la posterior reforma por Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario del artículo 2.a) del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en lo relativo al tipo de subasta.

III. NORMATIVA SUPLETORIA DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY HIPOTECARIA Y EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO

La cuestión que se plantea es cuál es la normativa supletoria del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario, teniendo presente las derogaciones tácitas existentes según lo explicado antes. La Dirección General de los Registros y del Notariado (ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) ha marcado unas pautas orientativas en cuanto a la aplicación de los cuatro textos concurrentes a la regulación de la venta extrajudicial (Ley Hipotecaria, Reglamento Hipotecario, Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley del Notariado) señalando que el Reglamento Hipotecario no se entiende derogado en cuanto no contradiga la regulación introducida por la Ley 1/2013 en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y la regulación de Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo interpretarse sus normas de conformidad con los principios que inspiran aquellas. Y que la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicará de forma supletoria para las materias que adolecen de regulación en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y en el Reglamento Hipotecario, relegando la regulación del expediente notarial contenida en la Ley del Notariado, a un plano meramente orientativo de la interpretación y aplicación del resto de normativa (RRDGRN de 25 de febrero de 2014 y 2 de enero de 2019).

IV. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL

La nueva naturaleza que atribuye el legislador a la venta extrajudicial justificaría en principio la constitucionalidad de la misma. Así, junto a la acción real

hipotecaria ejercitable por vía judicial, que tiene su fundamento en el ejercicio coercitivo por el ordenamiento de la responsabilidad del deudor, y que supone como toda acción un derecho subjetivo público frente al Estado que este ha de satisfacer con una tutela jurisdiccional concreta, cabría el ejercicio del *ius vendendi* del acreedor, como facultad privada de este, sobre la base del previo consentimiento prestado por el deudor para la venta de la finca, por un cauce que podría calificarse como de jurisdicción voluntaria controlado por un funcionario, el notario, que no tiene potestades jurisdiccionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, al estar estas reservadas a jueces y tribunales por el artículo 117 de la Constitución española⁸.

La sujeción de la venta extrajudicial al control de legalidad por parte del notario tendría como finalidad equilibrar los distintos intereses en juego: los del acreedor, los del deudor incumplidor, los del propietario de la cosa hipotecada y los intereses de los eventuales terceros que acrediten derechos sobre el bien, posteriores a la hipoteca que se realiza. Igualmente, obedecería a razones de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y de orden público, pues aunque el ejercicio del *ius vendendi* supondría el ejercicio de una facultad privada, dada la proscripción del pacto comisorio (arts. 1859 y 1884 CC), este no podría ejercitarse por su titular de forma unilateral y privada sino ante notario, con formalidades públicas y con fundamento en la escritura de hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 130 LH) (RDGRN de 28 de noviembre de 2012 [RJ 2013, 706] y RDGRN de 18 de septiembre de 2013)⁹.

Podemos decir que el notario desempeña un papel similar al que el letrado de la Administración de Justicia desempeña en el procedimiento de ejecución judicial hipotecaria, cuyas competencias en materia de ejecución hipotecaria se han incrementado notablemente de manera que salvo el despacho de la ejecución, la oposición a la ejecución y algún incidente como la pieza de ocupantes del artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el lanzamiento y su posible suspensión (art. 675 LEC y 1 de la Ley 1/2013), es objeto de control por dicho funcionario. Del mismo modo, el notario controla la tramitación de la venta extrajudicial y cualquier controversia que pueda surgir durante la misma deberá resolverse judicialmente (así en materias como la liquidación de las deudas y posibles remanentes, que el bien objeto del procedimiento es necesario o no para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, en caso de que este haya sido declarado en concurso o el control de cláusulas abusivas). Igualmente el lanzamiento derivado de la venta extrajudicial deberá producirse en sede judicial¹⁰.

Por otro lado, existen diferencias sustanciales entre la tramitación de la venta extrajudicial y el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. Así, el notario no tiene la posibilidad de examinar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas; el requerimiento de pago debe efectuarse con arreglo a la normativa reguladora de la venta extrajudicial contenida en el Reglamento Hipotecario y no con arreglo a las normas de notificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y no es posible expedir la certificación de dominio y cargas a instancia de quien no figura como titular registral de la hipoteca (a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial en que se aplican las normas de sucesión procesal del artículo 17 y 540 LEC, que exigen la presentación de documento fehaciente en que conste la misma) por impedirlo el principio de tracto sucesivo (ya que el título de adquisición del rematante o adjudicatario se integra por el título de constitución de la garantía que indica la persona diversa del titular registral del dominio que ostenta el *ius vendendi* y la escritura de transmisión que debe ser otorgada por el dueño o por

el mandatario designado en la escritura de constitución (art. 234 RH), de manera que habría un problema de tracto sucesivo si la cesión del crédito hipotecario cuya inscripción es constitutiva (arts. 145 y 149 LH) no figurase inscrita al expedirse la certificación de cargas, pues el procedimiento habría sido instado y el *ius vendendi* ejercido por persona distinta de quien según la inscripción está legitimada para ello, lo que sería contrario al principio de legitimación registral (art. 38 LH), a su reflejo formal que es el principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y al artículo 130 LH¹¹.

Dada pues esta naturaleza del procedimiento de venta extrajudicial diversa de la ejecución judicial hipotecaria podría afirmarse la constitucionalidad de la venta extrajudicial, al no lesionarse el artículo 24 y 117 de la Constitución española. Además existen otros ejemplos en el ordenamiento jurídico que diluyen la necesidad de presencia judicial en la realización de derechos como el arbitraje, la vía de apremio en materia fiscal, la expropiación forzosa o la ejecución de la garantía prendaria del artículo 1872 del Código Civil¹².

No obstante, se ha señalado que las dudas sobre la constitucionalidad seguirían vigentes en cuanto la igualdad de las partes puede verse en entredicho al imponerse al deudor como condición general de la contratación para el acceso al préstamo hipotecario la sumisión a la venta extrajudicial y en cuanto al no poder el notario verificar de oficio el control de abusividad, se obliga al deudor a salir y entrar en la venta extrajudicial si quiere plantear la oposición por dicho motivo en sede judicial, abriendo el incidente del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que al dilatar y encarecer el procedimiento empujaría al consumidor a no hacer valer todos sus derechos frente a las cláusulas abusivas, lesionándose así el principio de igualdad de armas procesales (art. 14 y 24 CE) y mermando los derechos que al consumidor confiere la Directiva 93/13¹³.

V. LEGALIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENTA EXTRAJUDICIAL

También se ha planteado la invalidez de la cláusula de venta extrajudicial por su posible abusividad, alegándose que es una condición general de la contratación que priva al deudor de beneficios propios de *ius cogens*, al evitar el control de oficio de la nulidad por el órgano judicial, al obligar al deudor a plantear un procedimiento declarativo con arreglo al artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (por remisión del art. 236-o RH) para alegar la abusividad de cláusulas del contrato, sin que ello suspenda la venta extrajudicial, al privarle de la posibilidad de la rehabilitación del préstamo hipotecario con arreglo al artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al privarle de la posibilidad de hacer uso del beneficio de justicia gratuita para nombrar abogado que le asista durante el procedimiento. Pero estas tachas de nulidad se han planteado en relación con procedimientos de venta extrajudicial tramitados antes de la reforma operada en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria por Ley 1/2013 (que incorporó como causa de suspensión de la venta extrajudicial la acreditación ante el notario de haber planteado el deudor el incidente judicial para la declaración de abusividad de las cláusulas del contrato) por lo que la solución que procedería dar hoy a la cuestión de la validez de la cláusula de venta extrajudicial ha señalado el Tribunal Supremo que sería negativa dada la existencia de tal reforma (STS, Sala de lo Civil, Pleno, núm. 483/2016, de 14 de julio [RJ 2016, 3399]).

VI. REQUISITOS DE ORDEN SUSTANTIVO PARA LA APERTURA DE ESTE PROCEDIMIENTO

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Sentada la constitucionalidad de la venta extrajudicial y la validez del pacto tras la reforma operada en el procedimiento por Ley 1/2013, que cumple con el principio de efectividad comunitario (que la legislación procedimental no haga excesivamente difícil o imposible el ejercicio de los derechos que al consumidor confiere la Directiva 93/13), expondremos a continuación los requisitos de orden sustantivo para la apertura de este procedimiento. En primer lugar, mencionaremos el ámbito de aplicación del procedimiento.

Tras la Ley 1/2013 el ámbito de la venta extrajudicial se ha circunscrito al caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, lo que determina que la obligación asegurada solo puede ser una obligación pecuniaria (no una obligación de cualquier tipo)¹⁴.

La norma precisa que la obligación garantizada es una obligación de dar y pecuniaria, quedando excluida de su ámbito de aplicación las obligaciones de hacer o no hacer o de dar cosa distinta de dinero¹⁵.

El artículo 129.2.c) de la Ley Hipotecaria precisa aún más al señalar que es preciso que la hipoteca esté constituida en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada. Ello parecería excluir la venta extrajudicial en caso de hipotecas de máximo como la hipoteca en garantía de cuenta corriente o la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o en garantía de los resultados de la gestión de ciertos cargos como tutores¹⁶.

Sin embargo ello no es así. Ya que lo verdaderamente importante es que la cuantía de la obligación se encuentre inicialmente determinada al inicio de la venta extrajudicial y esa determinación conste en el Registro de la Propiedad. Es decir, bastaría que se previese en la escritura de hipoteca de máximo la forma de convertir dicha hipoteca en hipoteca ordinaria y como se hará constar regístralmente la existencia y cuantía de la obligación futura por medio de nota marginal (arts. 143 LH y 238 RH)¹⁷.

En este sentido las RRDGRN de 23 de enero (RJ 2012, 3254) y 20 de junio de 2012 (RJ 2012, 10067) y 28 de abril de 2015 (RJ 2015, 3300) señalaron que «si se pretende la constancia registral de la referencia a la posibilidad de utilizar el procedimiento extrajudicial, ha de hacerse con la salvedad de que sea siempre que en la escritura de constitución *conste el pacto de determinación de la forma de la constancia registral de la existencia y cuantía de la obligación futura por medio de la nota marginal de los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento*, al margen de la inscripción de hipoteca de que se trate, *ya que, en caso contrario, podría inducir a confusión de que la cláusula [relativa a la venta extrajudicial] legitimaba para el ejercicio del procedimiento sin más trámites ni requisitos y sin base registral previa respecto a la determinación de la obligación garantizada*»¹⁸.

2. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO

En segundo término expondremos los requisitos de admisibilidad del procedimiento: la incorporación del pacto de venta extrajudicial a la escritura de constitución de hipoteca y la constancia del mismo en el Registro de la Propie-

dad; el vencimiento anticipado de la obligación y la liquidación de la deuda con arreglo a las estipulaciones pactadas en la escritura.

A) *El pacto de venta extrajudicial*

Este pacto ha de cumplir unos requisitos formales y unos requisitos materiales o de contenido. Hacen referencia a esta cláusula, tanto el artículo 129.2 b) de la Ley Hipotecaria como el artículo 234 del Reglamento Hipotecario.

a) Requisitos formales

De acuerdo con el artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria y 234.2 del Reglamento Hipotecario es imprescindible para abrir la venta extrajudicial ante notario que en la escritura de constitución de hipoteca se haga constar una estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción a este procedimiento. Dicha cláusula deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá *«señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución»*.

Este requisito formal de que el pacto figure de forma separada de las restantes estipulaciones de la escritura responde a la finalidad de dar mayor transparencia material a dicha estipulación, favoreciendo el conocimiento de las consecuencias que conlleva su aplicación. La Ley 5/2019 habría normativizado la transparencia material y la habría extendido a cláusulas distintas de las que definen el objeto principal del contrato, como es el caso de las cláusulas ejecutivas, de manera que el notario en el acta previa al otorgamiento de la escritura de préstamo debería informar y destacar dicho pacto y su significación procesal¹⁹.

b) Requisitos materiales o de contenido

En cuanto a los requisitos materiales o de contenido de la cláusula de venta extrajudicial se trata de cuatro requisitos:

1.º. Que el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni sea inferior en ningún caso al valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

2.º. Que en el pacto de venta extrajudicial conste el domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de requerimientos y notificaciones, que no podrá ser distinto del fijado para la ejecución judicial directa (art. 234.1.2.º RH).

3.º. Que en el pacto se haga constar expresamente el carácter de vivienda habitual o no que pretende atribuirse a la finca que se hipoteque [art. 129.2.b) LH y artículo 21. 3 LH].

4.º. Que en el pacto se indique la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante (art. 234.1.3 RH).

Desarrollaremos a continuación estos cuatro requisitos de contenido del pacto de venta extrajudicial.

1.º. Que el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni sea inferior en ningún caso al valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

La cuestión que se plantea es si esta norma es aplicable solo a los contratos de crédito inmobiliario garantizados con hipoteca que entren dentro del ámbito de aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, o bien es aplicable a todo préstamo hipotecario²⁰.

Para la DGRN existen dos tipos de normas imperativas. Por un lado, la normativa reguladora del mercado hipotecario (Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario y Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras) que establecen ciertas limitaciones al importe del capital prestado en el sentido de que no supere determinados porcentajes del valor de tasación del bien hipotecado, para que dicha hipoteca pueda respaldar la emisión de bonos o cédulas hipotecarias (lo que tiene por finalidad proteger a los inversores en el mercado secundario). Y por otro lado, las normas del artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria y del artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, previstas a efectos ejecutivos (RDGRN de 8 de mayo de 2019 [RJ 2019, 2272] y RDGSJFP núm. 2954/2021, de 11 de febrero).

En este sentido la RDGSJFP núm. 2954/2021, de 11 de febrero ha señalado que el tipo lo establecen libremente los interesados (acreedor, deudor e hipotecante no deudor) para evitar el trámite del avalúo propio de la ejecución ordinaria (arts. 637 a 639 LEC) lo que permite dotar de celeridad a la venta extrajudicial; y que la Ley 1/2013 estableció para toda hipoteca la necesidad de que el tipo fijado para la subasta no fuese nunca inferior al 75% de la tasación realizada con arreglo a la legislación reguladora del mercado hipotecario (antes la fijación del tipo era libre), ello cualquiera que fuese el prestatario, el hipotecante no deudor o la naturaleza del bien hipotecado y aunque la hipoteca se constituyese a favor de personas físicas o jurídicas diversas de las indicadas en el artículo 2 de la Ley 2/1981 que son las únicas habilitadas para emitir títulos hipotecarios en el mercado secundario (con lo que desvinculó la tasación de la emisión de títulos hipotecarios).

La reforma operada por la Ley 5/2019 en el artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria únicamente habría servido para indicar que el tipo para la subasta en la venta extrajudicial debe coincidir con el cien por cien de la tasación realizada con arreglo a la normativa reguladora del mercado hipotecario y habría mantenido en lo demás la filosofía de la Ley 1/2013. Es por ello que cabe concluir que el artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria es aplicable a toda hipoteca.

De manera que para poder inscribir los pactos de ejecución judicial directa y de venta extrajudicial es imprescindible acreditar al registrador de la propiedad a través de la certificación pertinente la tasación de la finca realizada conforme a la Ley 2/1981 (o sea, según las normas de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, que prohíbe tener en cuenta posibles revalorizaciones futuras del bien), y que el tipo fijado para ambos procedimientos es equivalente al cien por cien de dicha

tasación. De lo contrario, al tratarse el artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria y el artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de normas imperativas, su infracción produciría la nulidad de la estipulación y la imposibilidad de acceso al Registro de la hipoteca, salvo consentimiento expreso de acreedor y deudor para la inscripción sin tal cláusula (RRDGRN de 18 de febrero de 2014 [RJ 2014, 1787], 12 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 4914] y 30 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 5504]).

Ahora bien, si se trata de un contrato de crédito inmobiliario con garantía hipotecaria sobre inmuebles de uso residencial, o sobre otro tipo de inmuebles pero que cumpla con la finalidad e intervención de un consumidor exigidas por el artículo 2.1.b) Ley 5/2019, la tasación sería exigible incluso aunque no se fijase tipo de subasta de cara a la ejecución hipotecaria o a la venta extrajudicial. De manera que en estos casos ya no podría inscribirse la hipoteca sin el certificado de tasación mediante el expediente de no hacer referencia en el contrato a tales vías ejecutivas. O dicho en otros términos, con la Ley 1/2013 la tasación no era requisito de la hipoteca, pero sí lo es con la Ley 5/2019 al ser un requisito para evaluar la solvencia del potencial prestatario (art. 19)²¹.

Por otro lado, la modificación del apartado 2.a) del artículo 129 de la Ley Hipotecaria ha supuesto la tácita derogación de lo dispuesto en el artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como aclara la RDGSJFP núm., 937/2021, de 23 de diciembre pues lo contrario supondría aceptar una interpretación extraña según la cual dependiendo de que la cláusula de venta extrajudicial acompañe o no a los pactos para la ejecución judicial directa, el valor de tasación del bien sería distinto para esta, lo cual también sería inadmisibles desde el punto de vista de la protección del consumidor y la interpretación de las normas con arreglo a este principio constitucional (art. 51 CE y art. 5 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial)²².

En cuanto a las hipotecas constituidas antes de la Ley 5/2019 y la consiguiente reforma del artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria para elevar el tipo de subasta del 75 % al 100 % del valor de tasación del inmueble, y en las que el tipo esté fijado entre ese 75 y 100 % del valor de tasación, cabe pensar que deberá revisarse al alza el tipo hasta llegar al mínimo legal (lo que ha sido doctrina de los tribunales en relación con la reforma de 2013 y su exigencia de un tipo mínimo del 75 %) o bien cabe pensar que el notario no puede hacer esta revisión del tipo, debiendo seguirse la subasta con el tipo pactado antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019²³.

2.º. *Que en el pacto de venta extrajudicial conste el domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de requerimientos y notificaciones, que no podrá ser distinto del fijado para la ejecución judicial directa (art. 234.1.2.º RH).*

De acuerdo con el artículo 234.1.2.º del Reglamento Hipotecario, «la tramitación de la ejecución extrajudicial prevista por el artículo 129 de la Ley requerirá que en la escritura de constitución de la hipoteca se haya estipulado la sujeción de los otorgantes a este procedimiento y que consten las circunstancias siguientes:

... 2.º *El domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. La determinación del domicilio, que no podrá ser distinto del fijado para el procedimiento judicial sumario, podrá modificarse posteriormente con sujeción a lo previsto en el artículo 130 de la Ley».*

De acuerdo, pues, con el artículo 234.1.2.º del Reglamento Hipotecario el pacto de venta extrajudicial debe contener la consignación de un domicilio del hipotecante a efectos de notificaciones y requerimientos.

Aunque el precepto solo menciona al hipotecante y no al deudor el Tribunal Supremo (STS de 19 de julio de 1994 [RJ 1994, 7800] y 1 de junio de 1995 [RJ 1995, 4589] y de 12 de enero de 2015 [RJ 2015, 437]), y la DGRN (RDGRN núm. 7034/2016, de 20 de junio de 2016) han entendido que debe hacerse mención también del domicilio del deudor a efectos de notificaciones y requerimientos, ya que la exigencia del artículo 234.1.2.º del Reglamento Hipotecario debe ir referida a todas las personas intervinientes que deban ser requeridas de pago y el artículo 236-c del Reglamento Hipotecario señala que si de la certificación registral no resultan obstáculos a la realización hipotecaria solicitada, el notario practicará un requerimiento de pago al deudor. Además han señalado que el requerimiento de pago practicado en el domicilio fijado en la escritura de constitución de hipoteca es un trámite esencial para la validez del procedimiento y cuya infracción determina la nulidad de todo el procedimiento incluida la adjudicación del inmueble hipotecado. Y que si bien es posible fijar un solo domicilio para el requerimiento de pago de hipotecante y deudor, coincidente con el señalado a efectos del procedimiento judicial directo, no deben quedar dudas acerca de los términos de tal determinación única. Hay que tener en cuenta también que la fijación del domicilio tiene la doble finalidad de asegurar al acreedor frente a dilaciones indebidas por cambios de residencia o mala fe del deudor y, por otro lado, garantizar al deudor el exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas. Ya que la naturaleza real de la acción ejercitada no es obstáculo para que el obligado principal al pago sea requerido de pago a fin de evitar con el cumplimiento la realización de los bienes afectos²⁴.

Si el pacto de venta extrajudicial no cumpliera las exigencias indicadas, tradicionalmente se había entendido que la hipoteca era inscribible sin dicho pacto (bastando para ello el consentimiento del acreedor a la inscripción parcial) y que el acreedor podía acudir para la realización de la garantía a la ejecución ordinaria o al declarativo pero recientemente la DGRN (RRDGRN de 18 de febrero de 2014 [RJ 2014, 1787], 12 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 4914] y 30 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 5504] ha cambiado su criterio entendiendo que la cláusula de venta extrajudicial constituye un elemento delimitador del contenido esencial del derecho real de hipoteca como procedimiento ejecutivo que le es propio y que aunque el uso del mismo es potestativo para el acreedor no le es indiferente a la parte prestataria ya que tratándose de vivienda habitual goza de los beneficios del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en caso de adjudicación al acreedor; beneficio del que carece en el resto de procedimientos y que le pudo llevar a consentir el pacto. Por ello es necesario el consentimiento expreso del deudor hipotecario para poder inscribir la hipoteca sin el pacto de ejecución judicial directa y de venta extrajudicial (arts. 19 bis y 322 LH). Este obstáculo puede removerse con una mera instancia personal (art. 110 RH) o con una simple diligencia notarial conforme al artículo 153 del Reglamento Notarial que dejen constancia del consentimiento de las partes para la inscripción sin dicha cláusula.

3.º *Que en el pacto se haga constar expresamente el carácter habitual o no que pretende atribuirse a la finca que se hipoteque [art. 129.2.b) LH y art. 21. 3 LH]. Se presumirá, salvo prueba en contrario, con arreglo al artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución.*

En efecto, el artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria señala que «la estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipula-

ciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución». Por su parte, el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria señala que *«en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución».* Ambos artículos deben su redacción a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Esta exigencia de los artículos 129.2.b) y 21.3 de la Ley Hipotecaria alcanza no solo a la vivienda habitual del deudor sino también del hipotecante no deudor (RDGRN de 19 de diciembre de 2013), según ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado con apoyo en la regulación del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, que extiende su ámbito de aplicación a los hipotecantes no deudores respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario²⁵.

Si inicialmente la vivienda no era habitual y adquiere este carácter posteriormente, la consideración de tal en la venta extrajudicial no puede depender de su constancia mediante nota marginal (pues la modificación del carácter del inmueble puede no haberse hecho constar en el Registro) sino que corresponde al deudor la prueba de tal extremo (presentando certificado de empadronamiento, recibos de los suministros de agua, luz, gas...), siendo el notario el que decida en el propio procedimiento, pudiendo las partes en todo caso cuestionar la decisión del notario mediante incidente de oposición en vía judicial²⁶.

La importancia que tiene esta manifestación en la escritura de constitución de préstamo hipotecario y en concreto en el pacto de venta es trascendental dadas las diferentes normas que se aplican en la venta forzosa del bien según se trate de vivienda habitual o no (porcentajes de adjudicación del art. 671 LEC, art. 693.3 LEC; art. 579.2 LEC, Real Decreto Ley 6/2012; arts. 1 y 1 bis de la Ley 1/2013, etc.).

En relación con las escrituras de préstamo hipotecario de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (15 de mayo de 2013), que introdujo esta exigencia en el artículo 21 y en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, la afirmación de que se trata de vivienda habitual exige prueba por quien lo alegue, pudiendo determinarse dentro de la propia acta de tramitación de la venta extrajudicial por el notario, que puede solicitar pruebas al efecto (en el requerimiento de pago dirigido al deudor y al hipotecante no deudor), basarse en registros administrativos (consulta del Padrón Municipal), o basarse en presunciones (p.e., el bien era privativo y para la hipoteca del mismo se ha exigido el consentimiento de ambos cónyuges *ex* art. 1320 CC; se consigna en la escritura que la finalidad del préstamo es la adquisición de vivienda habitual; en la comparecencia ante el notario de la escritura de préstamo hipotecario se indica como domicilio el inmueble a hipotecar). En todo caso, no sería preciso realizar la declaración del carácter habitual o no de la vivienda en juicio declarativo previo ya que no existiendo rectificación alguna del Registro a practicar carece de sentido la aplicación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Así lo ha entendido la RDGRN de 13 de febrero de 2014²⁷.

4.º. *Que en el pacto de venta extrajudicial se indique la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante (art. 234.1.3 RH).*

En este caso, la falta de otorgamiento de tal poder no se considera un obstáculo para la inscripción del pacto de venta extrajudicial ya que en ausencia de apoderado el propio artículo 236.1.1 del Reglamento Hipotecario prevé que habrá de comparecer al otorgamiento de la escritura de venta el dueño, el cual puede ser persona distinta del hipotecante si se hubiese producido una transmisión²⁸.

Ahora bien, un poder no inscrito no vincula al tercer poseedor de la finca. Por el contrario, el poder inscrito vincula al tercer poseedor no siendo necesaria su colaboración para otorgar la escritura de venta. Pero si el hipotecante/propietario permanece, el apoderamiento incluso no inscrito sigue surtiendo efecto en la relación *inter partes*²⁹.

Hay que señalar que normalmente suele apoderarse a un representante legal de la entidad acreedora, lo que puede plantear la duda de la abusividad al colocar al deudor en situación de desigualdad³⁰.

En todo caso, la RDGSJFP de 5 de junio de 2020 señala que para la transmisión de inmuebles (también la derivada de la venta extrajudicial) se requiere el documento público por exigencias del artículo 1280 del Código Civil, por lo que en su opinión resultaría aplicable el artículo 708 Ley de Enjuiciamiento Civil, en su caso.

B) El vencimiento anticipado de la obligación

Junto con el pacto de venta extrajudicial, es preciso para proceder a la apertura de la venta extrajudicial que se haya producido el vencimiento anticipado de la obligación.

La DGRN exige la indicación expresa en el pacto de venta extrajudicial de que la hipoteca solo podrá ejecutarse por falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, lo que supone excluir de la venta extrajudicial cualquier otra causa de vencimiento anticipado distinta del impago, aunque dicha causa esté pactada y conste inscrita en el Registro de la Propiedad³¹.

En el ámbito del artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria, precepto introducido por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario es preciso para que se produzca el vencimiento anticipado de la obligación que el préstamo o crédito esté concluido por persona física; que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial (*cualquiera que sea la finalidad del préstamo*) o bien que el préstamo tenga por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial. En estos casos el deudor perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado, pudiendo ejercitarse la acción hipotecaria, si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital o de los intereses

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al 3% del capital concedido, o al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas equivalente, si la mora se produce dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. O bien que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al 7% del capital concedido, o al impago de 15 plazos mensuales o un número de cuotas equivalente, si la mora se produce dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que de no ser atendido reclamará el reembolso del préstamo³².

La doctrina ha visto divergencias entre el artículo 24 de la Ley 5(2019 y el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria reseñado (que prácticamente reproduce el contenido de aquel) y el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 (reseñado en su art. 2). El ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 sería más amplio que el del vencimiento anticipado del artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria en la medida que incluye contratos de préstamo con la finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir (tengan estos o no un uso residencial) y cuenten o no con garantía hipotecaria, siempre que el prestatario, fiador o garante sea un consumidor³³.

De manera que tratándose de un préstamo hipotecario concluido por persona física consumidora para la adquisición o conservación de un bien inmueble de uso no residencial, el vencimiento anticipado no se regiría ni por el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria ni por el artículo 24 Ley 5/2019, aunque estemos en presencia de un contrato de crédito inmobiliario incluido en el ámbito de aplicación de esta última norma. Para aquellos contratos de crédito hipotecario (sean o no contratos de crédito inmobiliario) que estén excluidos del ámbito aplicación del artículo 24 Ley 5/2019 y del artículo 129.bis de la Ley Hipotecaria, el vencimiento anticipado se regiría por el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige un pacto inscrito en el Registro de la Propiedad pero sin indicar un número mínimo de cuotas que hayan de ser impagadas³⁴.

Cabe preguntarse si sería posible la apertura de la venta extrajudicial para una ejecución limitada a los plazos de capital o de intereses que hubieran vencido, quedando otros plazos por vencer, mediante la venta del inmueble y su transferencia al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte de crédito no satisfecho. De acuerdo con el artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sería preciso que hubieran vencido tres plazos mensuales y que así se hiciese constar en la escritura y en el Registro. La cuestión es si esta normativa es aplicable en la venta extrajudicial. La doctrina ha señalado que si este pacto se contiene en la cláusula de la escritura referida a la ejecución judicial hipotecaria, no sería posible abrir la venta extrajudicial con apoyo en la misma dada la impermeabilidad entre procedimientos (de distinta naturaleza) y la exigencia de clausulados diferenciados para uno y otro por la DGRN. En cuanto a pactarlo como contenido específico de la venta extrajudicial no se considera que la cuestión sea clara ya que la regulación específica de la venta extrajudicial no contempla la venta de la finca con la subsistencia de la carga³⁵.

En cuanto al régimen transitorio de la Ley 5/2019 para las escrituras de préstamo hipotecario con cláusula de venta extrajudicial otorgadas antes de su entrada en vigor (y por lo tanto, con anterioridad a la existencia del art. 129 bis LH), aunque la Ley 5/2019 no se aplica retroactivamente a los contratos de préstamo hipotecario suscritos con anterioridad a su entrada en vigor, el apartado cuarto de esa disposición transitoria primera prevé la aplicación del artículo 24 a los contratos anteriores a su entrada en vigor que entren dentro del ámbito objetivo de aplicación de la ley y de dicho precepto y en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que el vencimiento anticipado de la obligación se produzca con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene el contrato le resulta más favorable. Si el vencimiento anticipado se hubiese producido con anterioridad a

la entrada en vigor de la Ley 5/2019, entonces no se podría aplicar el artículo 24 de la Ley 5/2019, con independencia de si se hubiera instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria o de venta extrajudicial para hacerlo efectivo y de si ese procedimiento estuviese suspendido o no³⁶.

No obstante, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019, consecuencia de la STJUE de 26 de marzo de 2019 que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo el 8 de febrero de 2017, en relación con el alcance de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, y consecuencia también de los tres Autos de 3 de julio de 2019 del TJUE, ha señalado unos criterios orientativos para resolver los procedimientos suspendidos como consecuencia del planteamiento de incidentes de oposición por abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y de la decisión judicial de quedar a la espera de la resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por el Tribunal Supremo de la cuestión prejudicial planteada por este órgano.

El Tribunal Supremo ha señalado en la mencionada sentencia que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado conlleva la nulidad del contrato de préstamo hipotecario en su totalidad al afectar a la causa o finalidad económico-jurídica del mismo, de modo que el contrato residual respondería a una naturaleza y finalidad diversa de la que pretendieron inicialmente las partes. Como dicha nulidad conlleva efectos perjudiciales para el consumidor al impedir tramitar el procedimiento de ejecución judicial directa o la venta extrajudicial, que comportan beneficios de orden procesal y material para el consumidor (art. 579 LEC, tipo mínimo para la subasta y art. 693.3 LEC), el contrato de préstamo hipotecario debería integrarse permitiendo su subsistencia con la redacción que la Ley 5/2019 ha dado al artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto este que remite al artículo 24 de aquella y al 129 bis de la Ley Hipotecaria. De manera que:

— Los procedimientos en curso en los que el vencimiento anticipado tuvo lugar antes de entrar en vigor la Ley 1/2013 deben sobreseerse.

— Los procedimientos en que se dio por vencido el préstamo después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 en virtud de una cláusula nula deben sobreseerse si el incumplimiento del deudor no reviste los requisitos de gravedad y proporcionalidad a que se refiere la STJUE de 14 de marzo de 2013. Si el incumplimiento del deudor revistiese la gravedad prevista en el artículo 24 de la Ley 5/2019 o 129 bis de la Ley Hipotecaria, el procedimiento podría continuar.

— Dictado auto de sobreseimiento (que tendría por efecto el cierre de la venta extrajudicial en curso suspendida), cabría abrir un nuevo procedimiento de venta extrajudicial en aplicación no ya de la cláusula declarada nula sino de la disposición legal (art. 24 LCCI o 129 bis LH), de modo que estos preceptos se aplicarían retroactivamente a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 (16 de junio de 2019), pese a que tal interpretación pudiera originar alguna discordancia con la disposición transitoria primera, párrafo 4.º de la Ley 5/2019 (que literalmente impide tal retroactividad). Ello porque el TJUE permite integrar el contrato para evitar su nulidad con la redacción que tenga el precepto legal en que se inspiró la cláusula nula posterior a la celebración del contrato, y esta última redacción sería la dada por la Ley 5/2019³⁷.

Estos criterios serían aplicables a las ventas extrajudiciales que hubieran quedado suspendidas a la espera de las mencionadas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo.

C) *La liquidación de la deuda con arreglo a las estipulaciones pactadas en la escritura de constitución de hipoteca*

En último término, para que se proceda a la apertura de la venta extrajudicial es preciso que se proceda a la liquidación de la deuda con arreglo a las estipulaciones pactadas en la escritura de constitución de hipoteca.

Como hemos indicado antes, la venta extrajudicial solo puede aplicarse a hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada en el momento de abrirse la venta extrajudicial. Pero la ley también admite que se trate de obligaciones que exijan una liquidación mediante operaciones aritméticas sencillas. Así, en el caso de que el préstamo deba ser devuelto mediante amortizaciones progresivas y en el caso de que se hubieran pactado intereses variables. En este sentido se manifiesta el artículo 129.2.c) de la Ley Hipotecaria y el artículo 235.1 del Reglamento Hipotecario³⁸.

No es necesario incorporar a la escritura un pacto de liquidez que establezca un concreto procedimiento para hacer los cálculos. En este caso estaríamos en presencia de un pacto procesal ineludible para acudir a la venta extrajudicial en cuyo defecto el pacto de venta extrajudicial no podría inscribirse y el acreedor debería reclamar la deuda en el procedimiento ordinario. Lo que exige el artículo 129.2.c) de la Ley Hipotecaria es simplemente que la liquidación sea acorde con las estipulaciones pactadas por las partes en la escritura: así, con arreglo a las fechas estipuladas para el devengo de intereses remuneratorios, con arreglo al índice de referencia que permite determinar el interés variable, etc.³⁹.

La liquidación deberá plasmarse en documento fehaciente y aportarse junto con el requerimiento inicial del acreedor. Dicho documento resultará elaborado por el propio notario conforme al artículo 218 del Reglamento del Notariado. Estas previsiones del artículo 129.2.c) de la Ley Hipotecaria y 235.1 del Reglamento Hipotecario parten de la premisa de que el acreedor no cuenta con el consentimiento del deudor a la cantidad exigible y que por ello se le debe proveer de un mecanismo para integrar su título sin acudir al procedimiento ordinario pues si acreedor y deudor están conformes en la cantidad exigible no hay necesidad de integrar el título ejecutivo, pues bastará la escritura de constitución de hipoteca y el convenio de determinación de la deuda exigible para integrar el título ejecutivo y permitir abrir la venta extrajudicial⁴⁰.

En relación con la liquidación de los intereses de demora, la cuestión está actualmente regulada en el artículo 25 de la Ley 5/2019.

De acuerdo en el artículo 25 de la Ley 5/2019 «en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario». Idéntica redacción contiene el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, en redacción dada por la Ley 5/2019.

En el caso de préstamos hipotecarios anteriores a dicha norma, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en sus STS de 22 de abril de 2015 y 3 de junio de 2016 y STS (Pleno) de 28 de noviembre de 2018, que para determinar la abusividad de la cláusula de intereses de demora debe atenderse a todos los posibles criterios de comparación de los intereses moratorios pactados

con respecto a las normas aplicables en defecto de pacto. De este modo cabe determinar si los mismos son desproporcionadamente altos y si el profesional podía razonablemente esperar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual. Así se debe tener en cuenta no solo el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria en redacción dada por Ley 1/2013, que establecía el límite de tres veces el interés legal del dinero, sino también el artículo 1108 del Código Civil; el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro; artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al interés de demora procesal. De este modo, considerando que el interés de demora consiste en un recargo que se añade al interés remuneratorio pactado, el Tribunal Supremo considera que es abusivo un interés de demora que exceda del interés remuneratorio más dos puntos porcentuales, criterio acogido para los préstamos personales en la STS de 22 de abril de 2015 y luego para los préstamos hipotecarios por la STS de 3 de junio de 2016. Apreciada la nulidad de la cláusula de intereses de demora el Tribunal Supremo considera que se sigue devengando el interés remuneratorio pactado hasta el completo pago de la deuda, lo que no supone una integración del contrato (criterio avalado por la STJUE de 7 de agosto de 2018)⁴¹.

Para las escrituras de préstamo hipotecario posteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, el artículo 25 de la misma y el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (en redacción dada por dicha norma) señalan que en el caso de préstamo o crédito concluido por persona física y garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales. Si los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 son objeto de novación o subrogación tras el 16 de junio de 2019, fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2019, y entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 25, en dicho caso este precepto sería aplicable dado lo dispuesto en la disposición transitoria primera, apartado 2⁴².

VII. CONCLUSIONES

I. Los presupuestos materiales que permiten la tramitación de la venta extrajudicial son, por un lado, que la obligación asegurada sea una obligación pecuniaria cuya cuantía esté determinada al iniciarse el procedimiento de venta extrajudicial (lo que supone estar dentro del ámbito de aplicación del procedimiento) y por otro lado, que se cumplan los requisitos para la tramitación del mismo, esto es, que se haya incorporado a la escritura de préstamo hipotecario y al Registro de la Propiedad el pacto de venta extrajudicial con sus requisitos formales y de contenido, el vencimiento anticipado de la obligación y la liquidación de la deuda con arreglo a las estipulaciones pactadas en la escritura de préstamo hipotecario.

II. La venta extrajudicial es un procedimiento basado, por un lado, en el principio de autonomía de la voluntad de las partes en cuanto constituye el desenvolvimiento de un pacto privado realizado sobre la base del artículo 1255 del Código Civil. Por otro lado, en el principio de transparencia material ya que es esencial que el deudor conozca la significación procesal del pacto de venta extrajudicial en el momento de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario. Y, finalmente, en el principio de seguridad jurídica en cuanto impide la

apropiación unilateral y privada del bien por el acreedor, asegurando los intereses de otros acreedores posteriores y del propio deudor en cuanto al sobrante.

III. Es un procedimiento que puede desjudicializar la realización forzosa del bien hipotecado, pero que plantea problemas de derecho aplicable, dados los numerosos textos legales que concurren a su regulación (Ley Hipotecaria, Reglamento Hipotecario, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley del Notariado, Ley 5/2019, etc.).

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/2011
- STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y 94/17
- STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17

- ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16
- ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C- 70/17
- ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-179/17

- STS de 19 de julio de 1994
- STS de 1 de junio de 1995
- STS de 12 de enero de 2015
- STS de 22 de abril de 2015
- STS de 3 de junio de 2016
- STS de 14 de julio de 2016
- STS (Pleno) de 28 de noviembre de 2018
- STS de 11 de septiembre de 2019

- RDGRN de 23 de enero de 2012
- RDGRN de 20 de junio de 2012
- RDGRN de 28 de noviembre de 2012
- RDGRN de 9 de marzo de 2013
- RDGRN de 9 de mayo de 2013
- RDGRN de 5 de julio de 2013
- RDGRN de 8 de julio de 2013
- RDGRN de 18 de septiembre de 2013
- RDGRN de 19 de diciembre de 2013
- RDGRN de 13 de febrero de 2014
- RDGRN de 18 de febrero de 2014
- RDGRN de 25 de febrero de 2014
- RDGRN de 12 de septiembre de 2014
- RDGRN de 30 de septiembre de 2014
- RDGRN de 20 de junio de 2016
- RDGRN de 2 de enero de 2019
- RDGRN de 22 de febrero de 2019
- RDGRN de 8 de mayo de 2019

- RDGSJFP de 5 de junio de 2020
- RDGSJFP de 11 de febrero de 2021
- RDGSJFP de 23 de diciembre de 2021

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ADAN DOMENECH, F. (2017). La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 67, 83-134.
- ALBALADEJO, M. (2016). *Derecho civil III. Derecho de bienes*. Madrid: Edisofer.
- CABANAS TREJO, R. (2019). Algunas observaciones sobre la venta extrajudicial de inmueble hipotecado al hilo de la nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Diario La Ley*, núm. 9464, 25 de julio de 2019, 1-25 (formato PDF).
- (2020). Algunos problemas de ejecución de la hipoteca en la LCCI. En *Reflexiones en la víspera de la entrada en vigor de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (Mesas Redondas del Colegio Notarial de Madrid. 1, 2 y 3 de abril de 2019)*. Madrid: Dykinson, 81-93.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2019). Venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago: una breve y contenida memoria explicativa de su reforma legal propuesta. En A. Domínguez Luelmo (coord.). *Vivienda e hipoteca*. Madrid: Tecnos, 593-635.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. et alii. (2019). Una propuesta de reforma legal sobre venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2217, marzo de 2019, 3-24. Disponible en <https://Dialnet-UnaPropuestaDeReformaLegalSobreVentaExtrajudicialD-6924826>
- CORDERO LOBATO, E. (2019). Capítulo XV. El valor de tasación para subasta. En A. Carrasco Perera (dir.). *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Cizur Menor Navarra: Aranzadi, (pp. 671-675).
- FONT DE MORA RULLÁN, J.; MOYA DONATE, P; MIÑANA LLORENS, V.; BAÑON GONZÁLEZ, A; DE LA RÚA NAVARRO, A. M.^a y LONGAS POSTOR, B. (2018). Alternativas en orden a la ejecución de la garantía hipotecaria: problemas prácticos y dudas jurídicas. *Diario La Ley*, núm. 9217, 1-46 (formato PDF).
- GARCÍA MÁS, F. J. (2014). Algunas reflexiones sobre la protección del deudor hipotecario: especial consideración de la intervención notarial. En. M.^a A. Alcalá (coord.). *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*. Madrid: Dykinson, 69-89.
- GARCÍA PÉREZ, R.M. (2021). El derecho real de hipoteca inmobiliaria (I). Sujetos, objeto y forma. En F. J. Sánchez Calero (coord.). *Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales y Registral Inmobiliario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 377-409.
- GOMÁ LANZÓN, F. (2014) El procedimiento extrajudicial notarial de venta de bien hipotecado: informe de situación. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 2014, 197-222.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2013). La venta extrajudicial ante Notario de la finca hipotecada: constitucionalidad y diferencias con la ejecución directa judicial. *El Notario del Siglo XXI*, núm. 51, 1-4 (formato PDF). Disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-51/3526-la-venta-extrajudicial-ante-notario-de-la-finca-hipotecada-constitucionalidad-y-diferencias-con-la-ejecucion-directa-judicial>
- IMAZ ZUBIAR, L. (2020). *La encrucijada notarial en la ejecución hipotecaria*. Barcelona: Atelier.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2016). Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración *pro consumatore* de la cláusula de vencimiento anticipado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 1677-1705.

- (2017). La ejecución del derecho de crédito: ejecución ordinaria e hipotecaria. En M. Cuena Casas (dir.). *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 639-679.
- (2019) (1). Breve exposición del *status quaestionis* de la cláusula de vencimiento anticipado, en espera de la sentencia del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 1014-1040.
- (2019) (2). Breve introducción a la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 3127-3154.
- (2020). El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 589-621.
- LÓPEZ LIZ, J. (1993). *El procedimiento extrajudicial notarial de ejecución hipotecaria*. Barcelona: Bosch.
- MARÍN CALERO, C. (2018). *La ejecución extrajudicial de la hipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2021). *La ejecución extrajudicial de la hipoteca*. Estudio de práctica notarial. Madrid: Fundación Notariado.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2016). *La hipoteca y su ejecución (opciones y alternativas procesales)*. Madrid: Fe d'erratas.
- (2018). *La hipoteca y su reclamación judicial*. Madrid: Wolters Kluwer.
- MICÓ GINER, J. (2017). *Hipotecas y venta extrajudicial de inmuebles hipotecados*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MILLÁN SALAS, F. (2022). Presupuestos de la mora del acreedor. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 790, 1195-1240.
- PERNAS RAMÍREZ, P. (2021). *El principio de tracto sucesivo*. En J. Rams Albesa (dir.). *Tratado de Derecho Civil. Tomo X. La fe pública registral*. Madrid: Dykinson, 445-458.
- SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

¹ Cfr.: CABANAS TREJO, 2019, 3. Sobre las opciones procesales del acreedor hipotecario, *vid.*, MARTÍNEZ DE SANTOS, 2018, 41-62.

² Para un estudio de la evolución histórica y de los orígenes del procedimiento, *vid.*, LÓPEZ LIZ, 1993; IMAZ ZUBIAR, 2020, 15-53.

³ GOMÁ LANZÓN, 2014, 200; ADAN DOMENECH, 2017, 86; GARCÍA MÁS, 2014, 71; CABANAS TREJO, 2019, 4.

⁴ CABANAS TREJO, 2019, 4. GOMÁ LANZÓN, 2014, 200.

⁵ Exposición de motivos de la Propuesta de reforma legal sobre venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago, presentada por Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (catedrático de Derecho civil), Juan María DÍAZ FRAILE (registrador de la propiedad y catedrático acreditado de Derecho Civil), Javier FEÁS COSTILLA (notario en Sevilla), Natalia HERMOSO DE MENA (letrado de la Administración de Justicia en el Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid y Javier MICÓ GINER (notario en Sabadell), como proponente de la reforma (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2019, 618).

⁶ Cfr., GOMÁ LANZÓN, 2014, 209-210.

⁷ GOMÁ LANZÓN, 2014, 211. GARCÍA MÁS, 2014, 71. CABANAS TREJO, 2019, 4. ADAN DOMENECH, 2017, 91-92.

- ⁸ IMAZ ZUBIAR, 2020, 93.
- ⁹ CABANAS TREJO, 2019, 1-3.
- ¹⁰ *Cfr.*: IMAZ ZUBIAR, 2020, 88.
- ¹¹ GÓMEZ GÁLLIGO, 2013, 2. FONT DE MORA RULLÁN, J.; MOYA DONATE, P.; MIÑANA LLORENS, V.; BAÑON GONZÁLEZ, A.; DE LA RÚA NAVARRO, A.M.^a y LONGAS POSTOR, B., 2018, 34-35. Sobre el principio de tracto sucesivo, *vid.*, PERNAS RAMÍREZ, 2021, 445-458. *Vid.*: RDGRN de 9 de mayo 2013; 19 de marzo de 2013; 5 de julio de 2013; 8 de julio de 2013.
- ¹² IMAZ ZUBIAR, 2020, 79-80.
- ¹³ IMAZ ZUBIAR, 2020, 79-80, 82 y 83. MARTÍNEZ DE SANTOS, 2016, 51 y 55.
- ¹⁴ ADAN DOMENECH, 2017, 93-94.
- ¹⁵ Como señala ALBALADEJO, «las obligaciones asegurables con derecho real de garantía pueden ser de cualquier clase», por lo tanto cabe asegurar obligaciones pecuniarias o de otro tipo. Pero si la obligación asegurada no es pecuniaria lo que asegura la garantía es la *responsabilidad por incumplimiento*. En este caso, el artículo 129.1.b) LH exige para poder abrir la venta extrajudicial que se hubiera pactado en la escritura de constitución de hipoteca «solo para el caso de falta de pago del capital, o de los intereses de la *cantidad garantizada*» (ALBALADEJO, 2016, 415-416).
- ¹⁶ ADAN DOMENECH, 2017, 94; ALBALADEJO, 2016, 415-416; GARCÍA PÉREZ, 2021, 384, 385 y 402-403.
- ¹⁷ GOMÁ LANZÓN, 2014, 216.
- ¹⁸ *Vid.*, RDGRN núm. 3666/2019, de 22 de febrero de 2019.
- ¹⁹ CABANAS TREJO, 2019, 5. CABANAS TREJO, 2020, 91-93.
- ²⁰ CORDERO LOBATO, 2019, 673-674.
- ²¹ CABANAS TREJO, 2020, 82-83.
- ²² JIMÉNEZ PARÍS, 2019 (2), 3144-3145; CABANAS TREJO, 2020, 84.
- ²³ *Cfr.*, CABANAS TREJO, 2020, 84.
- ²⁴ *Cfr.*, ADÁN DOMÉNECH, 2017, 97-98.
- ²⁵ MICÓ GINER, 2017, 546-547.
- ²⁶ ADÁN DOMÉNECH, 2017, 100; MICÓ GINER, 2017, 560 y 561-562.
- ²⁷ MICÓ GINER, 2017, 555-556 y 559-560.
- ²⁸ CABANAS TREJO, 2019, 15.
- ²⁹ CABANAS TREJO, 2019, 15.
- ³⁰ ADAN DOMÉNECH, 2017, 100-101.
- ³¹ CABANAS TREJO, 2019, 6.
- ³² MILLÁN SALAS mantiene que a diferencia de la mora del deudor «en la mora del acreedor no se precisa un requerimiento del deudor al acreedor para que coopere en el cumplimiento de la obligación como presupuesto de la misma». (MILLÁN SALAS, 2022, 1228).
- ³³ SAENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, 283-284 y 287.
- ³⁴ CABANAS TREJO, 2019, 6. SAENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, 288.
- ³⁵ CABANAS TREJO, 2019, 6-7.
- ³⁶ SAENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, 288-289.
- ³⁷ *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2019 (1), 1014-1040; 2019 (2), 3127-3154; 2020, 589-621.
- ³⁸ ADAN DOMENECH, 2017, 102.
- ³⁹ CABANAS TREJO, 2019, 8.
- ⁴⁰ ADAN DOMENECH, 2017, 103.
- ⁴¹ SAENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, 291-295 y 296-299. *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2016, 1677-1705.
- ⁴² SAENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, 300.