

CONSTITUCIÓN Y EJECUCIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

INDICE DE ABREVIATURAS.....	4
------------------------------------	----------

INTRODUCCIÓN	7
---------------------------	----------

CAPÍTULO PRIMERO.- CONSTITUCIÓN DEL CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.....	11
--	-----------

I.- CONFORMACIÓN CONTRACTUAL DEL CRÉDITO HIPOTECARIO	12
---	-----------

1. FASE PRECONTRACTUAL	12
------------------------------	----

2. FASE CONTRACTUAL	14
---------------------------	----

3. VIGENCIA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO	14
--	----

4. ASPECTOS CRÍTICOS	15
----------------------------	----

II.- CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA.	18
---	-----------

1. MARCO CONCEPTUAL	19
---------------------------	----

2. APLICACIÓN A LOS CONTRATOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA	22
--	----

A. Medidas de control legal	23
--	-----------

<i>a) Cláusula de redondeo</i>	<i>23</i>
--------------------------------------	-----------

<i>b) Cláusulas sobre atribución de gastos y pagos al adherente.....</i>	<i>25</i>
--	-----------

<i>a') Subrogación en la hipoteca del profesional</i>	<i>25</i>
---	-----------

<i>b') Gastos de documentación</i>	<i>27</i>
--	-----------

<i>c') Comisión de apertura</i>	<i>28</i>
---------------------------------------	-----------

<i>d') Suscripción de seguros</i>	<i>29</i>
---	-----------

<i>c) Cláusulas de vencimiento anticipado</i>	<i>30</i>
---	-----------

<i>a') Evolución</i>	<i>30</i>
----------------------------	-----------

<i>b') Análisis</i>	<i>34</i>
---------------------------	-----------

B. Medidas de control judicial.....	40
--	-----------

<i>a) Cláusulas penales excesivas. Referencia a los intereses.</i>	<i>43</i>
---	-----------

C. Medidas de control extrajudicial	47
III.- EL COSTE ECONÓMICO NOTARIAL Y REGISTRAL EN LA FORMALIZACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO. SIGNIFICADO DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL	53
1. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO Y DEL REGISTRADOR	56
2. EL COSTE Y LA AGILIZACIÓN DE LOS TRÁMITES	59
IV.- MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DE LOS TITULARES REGISTRALES	60
1. POTESTAD DE CALIFICACIÓN (ART. 222 APART. 6 LH).....	64
2. INTERÉS LEGÍTIMO (ART. 332 APART. 3 RH).....	66
3. CONTROL DEL SOLICITANTE	68
 CAPÍTULO SEGUNDO.- EJECUCIÓN O REALIZACIÓN DE VALOR DE CRÉDITO HIPOTECARIO	71
I.- PROBLEMAS Y ESPECIALIDADES EN LA EJECUCIÓN DIRECTA SOBRE BIENES INMUEBLES HIPOTECADOS	76
1. REDUCCIÓN DE TRÁMITES	77
A. Tasación de los bienes	77
B. Cambios en el domicilio señalado para requerimientos y notificaciones	80
2. COMUNICACIÓN REGISTRAL A TERCEROS.....	82
3. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE REALIZACIÓN DE VALOR.....	84
A. Convenio privado de realización	58
B. Realización por persona o entidad especializada	87
4. REGULACIÓN DE LA SUBASTA JUDICIAL.....	89
5. VIVIENDA FAMILIAR HIPOTECADA	91
6. DESALOJO DE LOS OCUPANTES	93
7. CANCELACIÓN DE CARGAS	96
II.- REFERENCIA A LA EJECUCIÓN NOTARIAL HIPOTECARIA	99
1. SIGNIFICADO DE LA EJECUCIÓN NOTARIAL HIPOTECARIA EN EL TIEMPO.....	99
A. Historia	99
B. Fundamento	101

2. EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA TRAS EL RD 290/1992 DE MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO	103
3. LA EJECUCIÓN NOTARIAL HIPOTECARIA EN LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.	105
A. Regulación legal	105
B. Aspectos críticos de la regulación	107
BIBLIOGRAFÍA	111
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS, AUTOS Y RESOLUCIONES CITADAS	119

ÍNDICE DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
AAP	Auto de Audiencia Provincial.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
AC	Actualidad Civil.
apart.	Apartado.
Aranz. Civ.	Aranzadi Civil.
Art.	Artículo.
AAVV	Autores varios.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CERC	Centro de Estudios Registrales de Cataluña.
Cc	Código Civil.
Ccom	Código de Comercio.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CE	Constitución Española.
CEE	Comunidad Económica Europea.
Cfr.	Confróntese.
Cit. ref.	Cita de referencia.
D	Digesto
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea.
Fasc.	Fascículo.
FDº	Fundamento de Derecho.
JUR	Sentencias recogidas solamente en CD rom o bases de datos en línea.
LAU	Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE 25 de noviembre de 1994).
LC	Ley 22/2003, Concursal, de 9 de julio (BOE 10 de julio de 2003).
LCCH	Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (BOE 19 de julio de 1985).
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE 14 de abril de 1998).

LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE 24 de julio de 1984). Derogada.
LH	Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (BOE 27 de febrero de 1946).
LHMPsD	Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión (BOE 18 de diciembre de 1954).
LMRMH	Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se Modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE de 8 de diciembre de 2007).
Min. Just.	Ministerio de Justicia.
Ob.cit.	Obra citada.
OM	Orden Ministerial.
Parf.	Párrafo.
PIB	Producto Interior Bruto.
PPU	Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.
R	Resolución.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RD	Real Decreto.
RD1093/1997	Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (BOE 23 de julio de 1997).
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDL	Real Decreto Legislativo
RDN	Revista de Derecho Notarial.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RR	Resoluciones.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RH	Reglamento hipotecario de 14 de febrero de 1947 (BOE 16 de abril de 1947).
RJ	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi.
RJN	Revista Jurídica del Notariado.

RN	Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y reformado por el RD 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE 29 de enero de 2007).
RO	Real Orden.
RRCG	Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación aprobado por Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre (BOE de 23 de diciembre de 1999).
SRBE	Servicio de Reclamaciones del Banco de España.
S	Sentencia.
SS	Sentencias.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
T.	Tomo.
TAE	Tasa o tipo anual equivalente.
Tit.	Título
TRLCI	Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (BOE 8 de marzo de 2004).
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE 30 de noviembre de 2007).
TS	Tribunal Supremo.
Vgr.	Verbigracia.
Vol.	Volumen.

INTRODUCCIÓN

Partiendo de que es imposible abordar todos los problemas de una figura tan compleja como el crédito hipotecario en una única monografía, nos ceñimos a destacar algunas cuestiones que por su persistencia (condiciones generales de los préstamos hipotecarios), utilidad (realización del valor del bien hipotecado) o actualidad (coste económico y protección de los derechos de la intimidad) merecen una mención aparte. La sistemática a seguir para su análisis atiende a los dos momentos clave de todo crédito hipotecario: su nacimiento y fin. El uno porque es determinante de su existencia y contenido. El otro porque pone en funcionamiento toda la maquinaria procedimental dirigida al cobro del crédito garantizado.

En torno a la temática seleccionada se abordan cuestiones de gran interés, como la falta de claridad de las escrituras que han pasado a ser un conglomerado de datos jurídicos, hipotecarios y, sobre todo, contables. Esta oscuridad es debido a la ausencia de voluntad de una de las partes a la hora de negociar este contrato con garantía hipotecaria. Estamos inmersos, dice CAZORLA PRIETO, en la sociedad de consumo, en que los bienes están, cada vez más, en manos de las grandes sociedades que desde sus posiciones privilegiadas imponen su ley, formalizando sus relaciones jurídicas por la vía del contrato de adhesión, la indefensión del consumidor y los abusos cometidos con él han llegado así a situaciones insospechables¹.

La refundición de la legislación de consumo y la reforma del mercado hipotecario han prestado atención, como no podía ser de otra manera, a esta problemática contractual marcándose como objetivo la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de la transparencia. A ambas disposiciones, al RDL 1/2007 de 16 de noviembre y a la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, nos referimos a lo largo del presente estudio.

Los contratos de crédito hipotecario quedan sometidos a la legislación especial sobre condiciones generales de la contratación y de defensa del consumidor, siempre que las condiciones redactadas por el profesional sean incorporadas a una pluralidad de contratos, aceptadas sin que exista negociación y el destino de lo prestado o del crédito disponible sea ajeno a la actividad profesional. El carácter abusivo de una garantía vendrá dado por su carácter no proporcional al riesgo asumido, atendidas todas las circunstancias que rodean al contrato.

Abordamos los criterios generales para determinar la abusividad de una condición. No nos centramos en la catalogación de cláusulas, sino que vamos más allá fijando parámetros que permitan evaluar cualquier condición o pacto. Este examen es desde una perspectiva civil, sin entrar en cuestiones fiscales o mercantiles.

¹ La Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de crédito al consumo (DOCE núm. L 42, de 12 de febrero de 1987), establecía entre sus objetivos: a) Protección al consumidor frente a los abusos del prestamista (que puede ser una entidad crediticia o un comerciante) y, b) armonizar las condiciones generales de los Estados miembros, a fin de unificar y facilitar la obtención de crédito por parte del consumidor en un Estado distinto del suyo. Si bien es cierto que los crédito al consumo no suelen ser avalados con hipoteca, sus normas valdrían como orientadoras en la protección del consumidor.

Hay que tener presente que la legislación de consumo ha introducido reformas en la legislación hipotecaria aumentando la información y el asesoramiento que Notarios y Registradores deben dispensar acerca del cumplimiento de la ley, control y conocimiento del contenido de las condiciones generales y de los medios más adecuados para la consecución del fin perseguido por el interesado.

La accesibilidad de las escrituras depende de la redacción de sus cláusulas pero también de la información que "in situ" facilite el Notario. Es decir, hay que buscar una clara redacción e interpretación fiel, y no meramente semántica, de lo que allí se refleja. Este trabajo, lejos de recoger una crítica al papel del Notariado, lo que hace es potenciar su intervención gracias a su faceta informadora y asesora.

Por consiguiente, en el control extrajudicial de las condiciones abusivas destaca el papel del Notario, próximo a las partes y a la redacción del documento público, convirtiéndose en un elemento más de la protección del consumidor. Controla la legalidad, asesora técnicamente sobre el contrato que se celebra y garantiza el grado de conocimiento y consentimiento válido sobre el negocio. La información que suministra el Registrador va dirigida a posibilitar la inscripción del dominio o del derecho real. El Notario atiende al documento en todo su conjunto técnico-jurídico para explorar el interés y voluntad de los sujetos, aspectos que no puede valorar el Registrador de la Propiedad.

No obstante, las reformas legales no le otorgan nuevos poderes al Registrador para consolidar la protección del prestatario suscriptor de un contrato de crédito hipotecario. Su control alcanza a la calificación de la escritura pública, para que a través de los principios de determinación y legalidad aprecie la buena fe y el equilibrio de las prestaciones. El Registrador puede apreciar las bases conceptuales de una cláusula abusiva pero no es competente para valorar su nulidad, ya que desconoce las particularidades del servicio o del bien que se contrata, ni puede reintegrar el contenido del contrato para suplir la ausencia de la estipulación sancionada. Las medidas que puede adoptar consisten en denegar la inscripción de la cláusula cuando ha sido declarada nula judicialmente o cuando así la considera la Ley, siempre que no afecte a la integridad del contrato, conceder un plazo para la subsanación del defecto o declarar su ilicitud, nunca la nulidad del pacto.

La calificación registral permite depurar las escrituras públicas que acceden al Registro así como evaluar el interés de terceros en obtener información registral. Esto nos lleva a analizar los distintos puntos de conexión entre la normativa registral y el derecho a la protección de datos para confirmar la suficiente protección de la privacidad que dispensa el Registro de la Propiedad aún después de la informatización de sus archivos y alertar del peligro que implica el acceso sin intermediación que autoriza la Ley a autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio o cargo, de quienes se presume el interés en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos.

Los avances de la informática y la existencia de empresas especializadas en la comercialización de datos personales han trasladado un problema más al Registro respecto a la limitación de la información registral en aras del derecho a la intimidad. El que consulta el Registro accede a la situación patrimonial o económica del titular, pero también a una información algo más sensible perteneciente a la esfera de la intimidad. Datos de la esfera íntima y privada de las personas físicas o jurídicas que se ponen al descubierto ante terceros extraños, ante personas distintas a las que se ha depositado y confiado dicha información.

Así pues, destaca la importancia de la publicidad registral y el derecho a la intimidad debido al desarrollo tecnológico de los Registros de la Propiedad, la relevancia del contenido inmobiliario publicado y el aumento de la titulación del crédito y la propiedad urbana. El derecho fundamental a la intimidad y el valor constitucional de seguridad jurídica quedan entremezclados en la labor del Registrador compelido a facilitar una información clara y veraz de lo anotado en los libros, proteger la intimidad del titular registral y permitir al tercero el acceso al contenido registral de los derechos inscritos.

Tras su análisis podremos concluir que no son necesarios otros mecanismos que los facilitados por el Registrador para proteger la intimidad del titular registral. El consentimiento del titular del derecho únicamente se requiere para aquello que escapa a la finalidad del Registro y, por ende, de la autoridad del Registrador. El interesado tiene que acreditar que tiene un interés legítimo de acuerdo con el sentido y función de la institución registral, que valorará este funcionario público y archivará durante un período de tres años.

Con relativa frecuencia el valor inicial que se le otorga al inmueble deja mucho que desear llegado el momento de su realización: unas veces porque la subasta no es el medio ideal para mantenerlo, y otras porque durante el largo período de vida del crédito hipotecario resulta difícil mantener la finca en su integridad material y abstracta, con un equilibrado rendimiento productivo y sin gravámenes que empeoren aún más la situación de la finca frente a terceros adjudicatarios. Por estos motivos nos ocupamos de esa fase de ejecución manteniendo el criterio inicial de análisis de todas aquellas cuestiones que rodean el comienzo y el fin del crédito hipotecario.

Tomamos en consideración la realización de valor, pues siempre se ha considerado como asignatura pendiente, perfilando los nuevos sistemas que recoge la Ley dirigidos, según la intención del legislador, a agilizar las ejecuciones judiciales, atender de forma más satisfactoria los intereses de acreedores y deudores, intentando llegar al mayor número posible de personas. No obstante, la subasta judicial sigue siendo la vía preferente del ejecutante y del ejecutado consecuencia de su nueva regulación y de la desconfianza que aún levantan los nuevos sistemas.

La entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil dio lugar a una reestructuración normativa de la hipoteca en fase ejecutiva. La realización de valor de este derecho real se ha trasladado a la ley procesal, excepto su ejecución notarial, respaldada por la nueva redacción del art. 129 de la LH, que mantiene su regulación en el Reglamento hipotecario a la espera de una reforma que la adapte a las nuevas pautas de la ejecución.

La legislación procesal ha sido respetuosa con las especialidades derivadas de los principios hipotecarios y ha ahondado en la notificación a terceros. No obstante, podía haber regulado las modificaciones en la valoración de los bienes antes de la ejecución para adaptarlos a las circunstancias físicas existentes permitiendo un mayor rendimiento del bien, y haber hecho extensible la hipotecabilidad del derecho del remate a la subasta privada o el convenio privado de realización una vez aprobado por el Juez.

También recogemos una breve referencia a la ejecución notarial hipotecaria, sobre la que consideramos que no es un verdadero proceso de ejecución, sino una alternativa para la realización de valor legitimada en el *ius distrahendi* del acreedor hipotecario. Medidas para incentivar la utilización de este sistema de ejecución serían que el Notario pueda continuar con la tramitación aunque no haya existido contestación al requerimiento de pago del deudor y que, aún

siendo conveniente, no se trate como condición indispensable su previsión en la escritura de constitución para el ejercicio de la ejecución notarial.

Con la efectividad de la hipoteca ante el incumplimiento de la obligación, a través del procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados y de la ejecución notarial hipotecaria, se cierra el presente trabajo que desarrollamos a continuación.

CAPÍTULO PRIMERO

CONSTITUCIÓN DEL CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Bajo este capítulo abordamos los aspectos clave en la aplicación práctica de la hipoteca y su problemática en fase de constitución de la garantía inmobiliaria.

Un gran número de disposiciones recientes han permitido afianzar la protección del adherente de los contratos hipotecarios, y actualizar y humanizar los servicios de comunicación entre los diferentes agentes intervinientes en el proceso constitutivo.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984; la Directiva 83/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores; la Ley de 30 de marzo de 1994 sobre Subrogación y Modificación de los Préstamos Hipotecarios; la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios; la Circular del Banco de España de 22 de julio de 1994, sobre Transparencia de las Operaciones y Protección de la Clientela; la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998; Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, y la Ley de 7 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria han desarrollado y relacionado la protección de los consumidores con la financiación hipotecaria, ampliando y clarificando la información ofrecida en los préstamos con garantía inmobiliaria.

Por su parte la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social ha introducido cambios en la legislación hipotecaria para informatizar Registros y Notarías, complementados por aquellas otras disposiciones dirigidas a la protección de datos.

Legislador, Registrador y Notario contribuyen a la transparencia de la operación financiera, incluso la propia estructura hipotecaria a través del principio de determinación controla la legalidad del documento para depurarlo de aquellas cláusulas de contenido abusivo.

En la negociación contractual bancaria, en la que se enmarca el contrato de préstamo hipotecario, hay dos conceptos fundamentales, a saber: el principio de buena fe y el de transparencia bancaria. En las relaciones de continuidad destaca la importancia de la buena fe, sobre todo cuando el cliente se ve sometido a unos usos bancarios impuestos unilateralmente por la entidad. La transparencia es síntoma de información y, por tanto, de defensa y protección de los clientes².

² Según PERTÍÑEZ VÍLCHEZ la transparencia en la redacción de las cláusulas cumple el cometido de información precontractual. ("El deber de transparencia en la redacción de cláusulas contractuales predispuestas a la luz de la jurisprudencia de la Unión Europea [Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 10 de

Los abusos a los que ha dado lugar la predisposición del contrato a cargo de una de las partes y la aceptación por la otra ha llevado a una intervención administrativa, de control previo e inspección; legal, imponiendo límites y contenidos, y judicial, declarando nulas las condiciones abusivas.

Además en los contratos bancarios, y concretamente en el de crédito hipotecario, la abusividad de las cláusulas procede de la desproporción económica en las contraprestaciones. Gran parte de las condiciones declaradas nulas se deben a la imposición unilateral de condiciones gravosas al consumidor desde un punto de vista económico (cláusulas de redondeo – SJPI de 11 de septiembre de 2001³-, o excesivas comisiones por cancelación –SAP de Sevilla de 18 de octubre de 2001⁴-).

El ambiguo concepto de la buena fe se objetiviza con el criterio de equilibrio contractual. Si bien el equilibrio contractual que impone la buena fe se ha convertido en uno de los principios capitales del sistema jurídico-privado nacional y extranacional, como demuestra la política de la Unión Europea (este principio inspira la Directiva 83/13 CEE de 5 de abril de 1993), la defensa de la igualdad de las partes se hace más precisa en aquellos campos donde la actuación de entidades con poderes económicos y de control de mercado superiores a los del particular origina prácticas prepotentes con imposición de condiciones. Pese a este ahínco, las medidas de control y de lucha frente a estas condiciones abusivas tienen sus limitaciones, por lo que no todo se puede ceñir a condiciones abusivas, o mejor dicho, sin menospreciar los mecanismos que proponen la Ley de Condiciones y la de Consumidores hay que abogar por otros procedentes de la intervención de Notarios y Registradores en el proceso hipotecario.

La perspectiva económica acompaña a este primer bloque de una forma endógena, en el análisis de la legalidad del clausulado de la escritura de hipoteca, y exógena, por los requisitos que han de acompañar a la constitución de la hipoteca y que encarecen esta garantía.

I.- CONFORMACIÓN CONTRACTUAL DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

1. FASE PRECONTRACTUAL

En este momento, el interés se cierne sobre la publicidad para que el consumidor bancario pueda comparar las distintas ofertas y reflexionar sobre una propuesta en firme de su caso particular. Claridad en los compromisos contraídos por las partes y exposición de las características esenciales del producto financiero propuesto son las pautas en las que insiste la Ley de reforma de la Regulación del Mercado Hipotecario al redactar el art. 48 en los apartados correspondientes de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito.

La fase de selección de ofertas se considera clave en las operaciones de crédito hipotecario para adquisición de vivienda, por ello la publicidad se dispensa inicialmente en los folletos y en el tablón de anuncios de las entidades, requisito éste último no previsto a nivel

mayo de 2001]”, en *AC*, 2002, núm. 45 (semana del 2 al 8 de diciembre), págs. 1.351 y ss.). Sobre el tema MORENO QUESADA, B.: “La protección de los consumidores al contratar”, en *AC*, 1988, núm. 4, págs. 201 y ss.

³ *Aranz.Civ.* 2001\2120.

⁴ *JUR* 2002\76490.

comunitario, y que exhibe ciertas informaciones básicas, financieras y legales con carácter orientativo.

Al objeto de facilitar la comparación se ha estandarizado y obligado a las entidades de crédito a tener a disposición de los clientes un folleto informativo gratuito y visado por el Banco de España sobre las distintas modalidades de préstamo hipotecario. El Ministerio de Economía y Hacienda también asume competencias en materia de control de la información precontractual, con la finalidad de que el cliente pueda apreciar fácilmente las características de las diferentes ofertas existentes en el mercado antes de entrar en contacto con una entidad concreta. La información deberá incluir: la cuantía máxima del préstamo a financiar respecto al valor de tasación; los plazos de la operación, carencia y periodicidad de los pagos; el tipo de interés nominal, indicando los intervalos en que puede moverse el tipo fijo, o el margen en el caso de préstamos referenciados; comisiones cobradas por la entidad; los impuestos y gastos que el prestatario deberá satisfacer (Notaría, Registro, gestoría, etc.), haciendo mención separada de los que se cobrarán aun cuando el préstamo no llegue a formalizarse; así como los seguros que se deberán contratar y la forma en que dichos gastos se harán efectivos.

En esa información y en la que resulte luego aplicable, los tipos de interés aparecen redondeados, incluido el TAE. El mismo Banco de España publica los índices oficiales ya redondeados a tres decimales. Evidentemente el cálculo de una cuota constante de amortización mensual responde a una fórmula financiera compleja que requiere necesariamente el uso de ese redondeo para facilitar los cálculos y en la medida en que ha ido avanzando la sensibilidad por los temas de transparencia en el mercado hipotecario, se ha generalizado la práctica del redondeo precisamente para facilitar al consumidor el cálculo de sus cuotas de amortización. Cuando se utiliza el intervalo más próximo (a la fracción decimal del punto o al cuarto de punto más próximo), al alza o a la baja, el impacto es nulo ya que los importes ganados equivalen a los perdidos. Sin embargo, el efecto es el contrario cuando sólo se utiliza siempre al alza. Esta práctica ha sido recriminada por los Tribunales por el carácter abusivo de las cláusulas de redondeo por exceso impuestas unilateralmente⁵. Lo cual no debe llevar a confusión, utilizar el redondeo es una buena práctica de transparencia en el mercado de financiación de la vivienda, utilizarlo en un solo criterio, al alza, da lugar a una conducta abusiva.

El folleto tiene carácter orientativo, puesto que las condiciones financieras que figuran en él todavía no son vinculantes para la entidad de crédito, que, en el momento de formalizar la solicitud, podrá ofertar condiciones distintas a aquéllas. Pero una vez tasado el inmueble y efectuadas las comprobaciones registrales, la entidad de crédito, si está dispuesta a conceder el préstamo, viene obligada a efectuar al cliente una oferta vinculante escrita y vigente durante al menos diez días, firmada por el representante de la entidad, que recogerá todas las condiciones financieras de la operación, excepto cuando se produzcan circunstancias excepcionales no imputables a la entidad⁶.

2. FASE CONTRACTUAL

⁵ SS del JPI de Madrid de 11 de septiembre de 2001 (*Aranz.Civ.* 1800) y AP de Madrid de 10 de octubre de 2002 (*Aranz.Civ.* 1417).

⁶ Sobre los distintos extremos a recoger en la oferta vinculante v. POVEDA ANADÓN, R.: "El mercado hipotecario...", ob.cit., pág. 297; y FERRE MOLTÓ, M.: "Normas de transparencia...", ob.cit., págs. 26 a 33.

Esta oferta vinculante, en el mismo orden y debidamente separada del resto de las cláusulas financieras, se llevará a la escritura pública una vez tomada la decisión de formalizar la operación con una determinada entidad financiera.

En esta fase destaca la intervención del Notario y el control legal del contenido del contrato.

La protección del consumidor en un contrato de tal complejidad ha llevado a un control de las cláusulas mediante la determinación del contenido financiero del contrato, que aparecerá debidamente separado del resto, que no podrá desvirtuar el alcance de aquellas⁷.

Con el contenido prácticamente decidido de antemano, cabe preguntarse qué papel desempeña el Notario en orden a la transparencia. En lo que respecta al contenido del contrato, es relativo y escaso que las circunstancias pueden alterarse a favor del cliente por la intervención del Notario. Su asesoramiento queda condicionado por lo que ya de antemano se había estipulado en la oferta vinculante y por el contenido impuesto legalmente. El Notario comprueba que no existen discrepancias financieras entre la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, así como los cálculos y referencias del tipo de interés.

El documento que accede al Registro exige la intervención de este fedatario público que vela por la coherencia del texto, por el resto de cláusulas que ni la ley ni la oferta vinculante reconocen, para que no existan contradicciones ni referencias a textos o tipos de interés inexistentes o inviables, todo ello aparte de que es el despacho del Notario el lugar donde el cliente puede examinar el proyecto de escritura pública del préstamo antes de su firma.

3. VIGENCIA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

La normativa sobre transparencia no se reduce a la información a los clientes previa a la formalización del préstamo, ni se agota formalizado el contrato. Durante la vida del préstamo, la entidad deberá comunicar al prestatario las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable, a no ser que se haya pactado un índice o tipo de referencia de los llamados oficiales que, por publicarse en los boletines de amplia difusión, no requieren una notificación individual, con el consiguiente ahorro en costes. Igualmente le remitirá los documentos de liquidación.

Mientras dure esta relación comercial, el consumidor tiene abiertas unas vías de reclamación y defensa de sus derechos e intereses. Puede acudir al Defensor del Cliente de la entidad y, posteriormente, al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, como paso previo a la vía judicial. Mientras que la dotación y configuración del Defensor del Cliente depende de la entidad interesada en crearla, el Servicio de Reclamaciones es una oficina dependiente del Banco de España. Las resoluciones del primero son vinculantes con carácter general, depende de lo que estatutariamente se haya previsto, en tanto que para el cliente reclamante la aceptación es voluntaria. Las decisiones del Servicio de Reclamaciones no son vinculantes pero generalmente son aceptadas⁸.

⁷ Sobre su contenido v. GIMÉNEZ VILLANUEVA, T.: “Normas de transparencia en la contratación bancaria”, en *Crédito y protección del consumidor*, dir. U. NIETO CAROL, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 380 a 388.

⁸ Sobre el estudio de estas figuras v. RODRÍGUEZ ARTÍGAS, F.: “Contratación bancaria y protección de los consumidores. El Defensor del Cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en *Instituciones del*

Estos procedimientos extrajudiciales, rápidos y baratos, de resolución de las diferencias entre entidad y cliente se han visto ampliados con la incorporación de una figura más. La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero establece en los arts. 23 a 28 la regulación del Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros, que se encargará de resolver las reclamaciones y quejas que presenten los usuarios de servicios financieros, y atender las consultas que, sobre la normativa de transparencia y protección, pudieran formularse⁹.

4. ASPECTOS CRÍTICOS

La consecuencia de estas normas es la limitación de la libertad de pactos, normalmente en beneficio del usuario o consumidor, pero ¿verdaderamente se consigue?. Es innegable el avance que representan, mas no se ha convertido la contratación bancaria en la más clara y ajena a reclamaciones, basta para confirmarlo una hojeada a la memoria publicada por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

Para empezar, el rango de la mayor parte de la normativa sobre transparencia, aún formando parte del Ordenamiento jurídico, tiene carácter interno pudiendo suavizar los efectos de su incumplimiento. Ciertamente es que la reciente jurisprudencia exige el cumplimiento de las condiciones contractuales de las operaciones bancarias impuestas en Ordenes Ministeriales y Circulares del Banco de España, de manera que éstas tienden a ser incorporadas como normas de obligado cumplimiento en las relaciones contractuales entre las entidades de crédito y sus clientes, derivándose de su incumplimiento las responsabilidades legales establecidas al efecto (recuérdese al respecto que se prefiere la nulidad de la cláusula antes que la del contrato). El carácter unitario de nuestro Ordenamiento jurídico permite la obligatoriedad de las Circulares, como medio de garantizar la seguridad jurídica de los contratos bancarios¹⁰.

Por otra parte, la normativa respeta el principio de libre elección del Notario o, incluso, del tasador; sin embargo en la práctica el cliente suele aceptar el que la entidad proponga en uno y otro caso. En el sentido que utiliza la OM de 1994 la figura del Notario, colaborador con el prestatario para desentrañar el significado técnico de las cláusulas o de aquéllas que pudieran pasarle inadvertidas, queda mediatizado en cuanto que su designación e “imposición” lo sitúa más cerca del prestamista. Algo similar ocurre con el tasador, de cuya valoración dependerá el porcentaje de concesión del préstamo o el tipo de la subasta, que el cliente acepta sin más.

Hay una mentalización cada vez más clara por considerar al Notario como un elemento más en la protección del consumidor y, desde esa perspectiva, que sea éste el que lo elija,

Mercado Financiero, dir. ALONSO UREBA/ MARTÍNEZ-SIMANCAS, La Ley, 1999, págs.147 a 174, y RUBIO VILAR, J.: “Protección de los usuarios bancarios a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. La experiencia del servicio”, en *Crédito y protección del consumidor*, dir. U. NIETO CAROL, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 519 y ss.

⁹ Desde el primer momento, cuando ya se manejaba el anteproyecto de Ley Financiera, no despertó buenas críticas la creación de este Comisionado al considerarlo como una figura innecesaria y carente de utilidad para los inversores y clientes en general (NASARRE AZNAR, S.: “El anteproyecto de Ley Financiera...”, ob.cit., pág. 500).

¹⁰ BALLUGERA GÓMEZ considera que esta normativa bancaria conforma el código deontológico de actuación de las entidades de financiación utilizándose como medida para calibrar la actuación diligente del profesional (“Cláusulas abusivas...”, ob.cit., págs. 1.794 a 1.808)

máxime por las circunstancias en que el contrato de crédito hipotecario se produce, a saber: bajo formularios técnicamente intrincados, y en una situación de enorme desequilibrio de poder que coloca a la parte prestataria o acreditada en situación de inferioridad. Sin embargo, la entidades se hacen de forma estable con grupos habituales de Notarios, abriendo las puertas a las suspicacias, más aún en un régimen de gran competencia como se está produciendo tras la integración de los Corredores de Comercio al cuerpo de Notarios a partir del año 2000 ¹¹.

El Notario viene obligado por la normativa a suministrar información y asesoramiento, y se podría decir que con mayor intensidad, en los contratos en que existe un desequilibrio entre las partes. El Notario compensa esa desigualdad a través de la información y de la presunción legal de veracidad que despliega la prerrogativa de la fe pública. Información que ha de suministrar cuando se traten de condiciones generales de la contratación, además del rechazo a la autorización de la escritura en el caso de que ésta contenga cláusulas declaradas nulas por abusivas en virtud de sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales. No puede dictaminar la nulidad de una cláusula, competencia exclusiva del Juez, pero sí informar al consumidor de la posible nulidad de la cláusula por abusiva y de la opción de acudir a los Tribunales ¹².

Actualmente se tiene la sensación de que la autonomía de la voluntad, la libertad negocial, tiene cada vez más entrada en la contratación bancaria como forma de escape o de adaptación a las nuevas necesidades, y ésta es una verdad a medias. Ciertamente se pueden tener presentes las necesidades de los prestatarios para configurar nuevas ofertas, pero las exigencias particulares no se traslucen en los contratos de préstamo hipotecario. La libertad y posibilidad de elección del consumidor no queda materializada en los mercados modernos por su capacidad de negociar aspectos concretos de “su” préstamo hipotecario, sino por la posibilidad de elegir libremente entre una gama muy amplia de productos similares ofrecidos por la misma entidad de crédito y por todos los operadores que compiten en el mercado.

El ajuste entre la oferta y la demanda requiere una política de consumo que garantice la transparencia del mercado y la eliminación de indeseables prácticas fraudulentas y desleales ¹³. En este sentido, desde la creación de un mercado hipotecario, el esfuerzo es cada vez mayor y más continuado por la transparencia, información y desarrollo del mismo. Un empeño del legislador, de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Aun habiendo proliferado las normas generales, particulares y comunitarias de protección de los consumidores y de aplicación a los contratos bancarios, salvando los escollos iniciales restrictivos de aplicación de la LGDCU, no se han erradicado las malas prácticas bancarias, hasta tal punto que comienza a abrirse paso la teoría de la violencia económica ejercida sobre los

¹¹ Defensa de la elección de los Notarios por los consumidores hace MEZQUITA DEL CACHO, que incluso prevé el establecer una responsabilidad civil de los Notarios por aceptar la autorización del documento sin haber sido expresamente designado por el consumidor (“El derecho de consumidores y usuarios a la elección de notario en las transmisiones inmobiliarias y préstamos hipotecarios”, en *Revista General de Derecho*, 1992, núms. 574-575 (julio-agosto), págs. 6.625 y ss., y 6.639).

¹² Al respecto v. BOLÁS ALFONSO, J.: “De nuevo sobre las cláusulas abusivas en las escrituras de crédito y préstamo con garantía hipotecaria”, en *Libro homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, coord. L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, vol. 2º, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 1.778.

¹³ Cfr. ALBURQUERQUE LLORENS, C.: “Aspectos jurídicos...”, ob.cit., pág. 132.

consumidores en los contratos con condiciones generales, cuyas cláusulas evidencian una desproporción económica en las contraprestaciones¹⁴.

La norma jurídica es general. Por mucho que se prevea siempre cabe alguna imprecisión o laguna que mitiga el equilibrio contractual. Las cláusulas de redondeo pueden ilustrar esta afirmación. El anexo II de la OM de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en su apart. 3º bis, recogía la técnica del redondeo como fórmula para facilitar los cálculos, pensando tanto en el redondeo al alza como a la baja. Ahora bien, el problema surge porque las entidades financieras, en sus modelos de minutas para préstamos hipotecarios, introducen unilateralmente una condición general de la contratación que impone al adherente un redondeo al alza o por exceso del tipo de interés. Han sido en este caso los Tribunales los que han puesto freno a esta práctica que reportaba cuantiosas sumas de dinero a las entidades¹⁵ y que, pese a la regulación positiva, no fue suficiente para evitar este abuso económico¹⁶. Algo similar ocurre también con la publicidad inserta en los folletos informativos de un préstamo hipotecario que lejos de ofrecer un elemento de información puntual y clarificadora, ocultan ciertos datos con el único deseo de atrapar al cliente en aplicación de un concepto mal entendido de la publicidad¹⁷.

Atendiendo a lo expuesto resulta que aun por muy prolija que resulte la producción normativa sobre la transparencia de la actuación bancaria y, en especial, de los préstamos hipotecarios, no se erradicarán absolutamente estos malos usos arraigados en el más puro interés comercial. Contribuye a ello, pero no los elimina totalmente. El recurso a la norma facilitará la labor de los Jueces, pero no impedirá que surjan nuevas cláusulas abusivas.

¹⁴ Cfr. SÁNCHEZ MIGUEL, Mª C.: “Cuenta corriente bancaria y cláusula abusiva económica”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2002, núm. 85 (enero-marzo), págs. 275 y 276, y la alusión que hace la autora a la corriente francesa al respecto recogida por LISEAU, G.: “Violence économique. Comentario a la sentencia de la Court de Cassation 1ª civil de 30 de mai 2000”, en *Semaine Juridique*, 2001, núm. 4, págs. 195 y ss.

¹⁵ Tómese como referencia el cálculo de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) que recoge OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “Nulidad por su carácter abusivo de la cláusula de redondeo al alza. Comentario a la SJPI núm. 50 de Madrid de 11 de septiembre de 2001 (AJA, Ref. 502/28)”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002-1, núm. 8, pág. 237: préstamo por 120.202, 42 euros a amortizar en un plazo de 25 años, implica un gasto adicional de 5.129, 64 euros al final del periodo de amortización dependiendo de si el interés nominal aplicable pasa a ser de un 4,501% a un 4,750%.

¹⁶ La sentencia de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2001 reconoce el carácter abusivo de esta condición contractual y condena al demandado a eliminarla de todos sus contratos, además de un nuevo cálculo de las cuotas ya satisfechas, aplicando el tipo de interés exactamente pactado en cada momento sin redondeo, dejando la vía abierta a una posible indemnización de daños y perjuicios si existiesen daños morales o patrimoniales producidos a los particulares. La principal dificultad con la que se encuentra está en la consideración del pacto como una condición general o como un elemento esencial de contrato determinante del precio para aplicarle o no la legislación específica protectora de los consumidores y usuarios. V. OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “Nulidad...”, ob.cit., págs. 235 y ss., y BLANDINO GARRIDO, Mª A.: “La nulidad de la cláusula de redondeo al alza de los préstamos hipotecarios”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2002, núm. 81 (marzo), págs. 479 y ss.

¹⁷ Sobre las dificultades prácticas en la aplicación de la publicidad engañosa por omisión V. LEMA DAPENA: “Publicidad engañosa por omisión en el sector financiero (Comentario a la Sentencia de la AP de Madrid de 18 de marzo de 1999)”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2000, núm. 80 (octubre-diciembre), págs. 225 y ss. V. también ANGUITA RÍOS, R.M.: “Responsabilidad civil de las entidades de crédito”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, 2000, núm. 3, págs. 24 y ss.

El mayor esfuerzo, generalmente poco reconocido, radica en los Registradores de la Propiedad que se enfrentan día a día a las escrituras de préstamo hipotecario, y a un deber de calificación que pasa por aplicar el denostado principio de la buena fe a los casos en particular. Por ello, no estaría de más dotarles de instrumentos contundentes que sirvieran de freno a estos vicios de la contratación en masa. Evidentemente, siempre podrá utilizar el Registrador los mecanismos que de antemano pone el Ordenamiento a su disposición: los Principios Generales del Derecho, la reciprocidad de las contraprestaciones, los criterios de interpretación de las cláusulas oscuras, etc. Pero sólo frenará los abusos cometidos en el caso particular, no impedirá que estos vicios se vuelvan a producir en sucesivos documentos públicos.

Frente al carácter excluyente de la jurisdicción competente para apreciar la nulidad de las cláusulas abusivas, el Registrador se convierte en un agente pasivo que, por otra parte, carece de una comunicación fluida con el perjudicado, como, en su caso, sí la tiene el Notario, no pudiendo aconsejarle, como conocedor en profundidad de la escritura pública ajeno a cualquier interés económico, de las cláusulas que rayan la legalidad. Como experto en la materia, como calificador de la escritura pública y defensor del orden público, también podría plantear ante el Tribunal competente la nulidad de aquellas cláusulas que, en su buen juicio profesional, podrían ser consideradas como abusivas¹⁸.

II.- CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

La relación entre crédito y garantía hipotecaria, entre Derecho de obligaciones y Derechos reales, alcanza su mayor tensión al configurar el contenido de ésta a través de una serie de pactos de naturaleza obligacional. El principio de autonomía de la voluntad tiene su propio espacio en el derecho real de hipoteca, pero en ningún caso puede sobrepasar los límites imperativos de la relación legal básica de la hipoteca¹⁹.

Al redactar la escritura de hipoteca, el Notario toma como punto de partida el modelo facilitado unilateralmente por la parte acreedora. Por ello, el préstamo hipotecario es un contrato de adhesión, donde se establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo.

Por estas razones, se deben establecer unos límites al principio de autonomía de la voluntad, esto es, tanto por su configuración real, como por el hipotético beneficio individual que se busca en las cláusulas redactadas unilateralmente.

A ello se suma la carestía del mercado de la vivienda que no sólo ha supuesto un aumento desmesurado del precio de la misma, sino que, además, ha favorecido la generalización de prácticas manifiestamente abusivas en la contratación sobre la vivienda, tanto alquilada como

¹⁸ De acuerdo con lo señalado en el art. 9 de la LCGC, la declaración de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente, entendido por tal, conforme a lo dispuesto en el art. 2, cualquier persona física o jurídica, incluido el profesional como consumidor final.

¹⁹ Sobre los límites a la autonomía de la voluntad CHAMORRO POSADA, M.: "Riesgo legal de la financiación y los límites a la autonomía de la voluntad del financiado en los contratos bancarios (leasing mobiliario e hipoteca inmobiliaria), en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2002, núm. 85 (enero-marzo), págs. 185 y ss.

comprada. En palabras de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO²⁰ se ha impuesto la ley de que “vale todo” puesto que siempre hay alguien que terminará aceptando las condiciones que se imponen en los contratos.

En este sentido tienen especial significado dos instituciones intervinientes en el proceso hipotecario: el Notario y el Registrador. El primero, puesto que una de las partes contractuales no interviene en la redacción, ha de considerar la voluntad dominante y la de la contraparte para ajustarlas a la legalidad vigente. El Registrador porque, a través de la calificación, consigue algo más que excluir de la inscripción los pactos de trascendencia o eficacia meramente obligacional, y es valorar la validez y eficacia de dichos pactos atendiendo al justo equilibrio de las prestaciones. Cada vez es más remarcada legalmente esta función de información y aprobación, véase los art. 23 de la LCGC o el reciente art. 81 del Texto Refundido de la LGDCU. Por ello hablaremos de medidas de control judicial pero también otras de carácter extrajudicial.

El objeto de estudio de este epígrafe es analizar la incidencia en la redacción de los préstamos hipotecarios de la regulación de las cláusulas abusivas establecida en el TRLGDCU de 2007. No se emprende un análisis exhaustivo del clausulado que acompaña a estos contratos, ni se trata de determinar qué cláusulas son inscribibles y cuáles no, cuestión que ha sido objeto de tratamiento por otros autores. Se trata de estudiar la eficacia y el alcance de las condiciones generales abusivas en los contratos de préstamo hipotecario.

1. MARCO CONCEPTUAL

La forma de exteriorizarse el crédito hipotecario (cláusulas predisuestas, redactadas para una pluralidad de contratos e impuestas por la parte predisponente) contiene condiciones generales de la contratación sujetas a la Ley 7/1998 de 13 de abril (LGCC)²¹.

OROZCO PARDO²² resume los requisitos que según esta ley han de reunir las condiciones generales en los siguientes puntos: a) Requisito de inclusión: se han de plasmar o facilitar al adherente en forma clara y legible las condiciones generales que le son aplicables, b) Requisito de interpretación: prevalece, en caso de duda, la condición más beneficiosa para el adherente, c) Requisito de contenido: respetar los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones y, d) Requisito de exclusión: no podrán incluirse las condiciones declaradas judicialmente nulas, las no conocidas y firmadas por el adherente, las ambiguas, oscuras o ilegibles, y las que se ajustan a los arts. 82 y ss. del RDL 1/2007, TRLGDCU. La combinación de esta Ley con la de Condiciones Generales de la Contratación ha dado como resultado la consagración de unos criterios básicos en el mundo de la contratación: buena fe, justo equilibrio, cognoscibilidad y negociación.

²⁰ “Abusos en materia de vivienda”, *AC*, sección Tribuna, 2003, núm. 19 (febrero).

²¹ En la elaboración de la Ley se tuvieron en cuenta la Directiva 83/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; el Anteproyecto de ley de modificación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, fechado el 19 de julio de 1994; el Borrador del Anteproyecto de ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 15 de enero de 1988, y el Dictamen emitido por el Pleno del Consejo de Estado el 31 de octubre de 1996 sobre modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

²² OROZCO PARDO, G.: “Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”, en *Aranzadi Civil*, 2002, núm. 10 (septiembre), págs. 37 y 42.

Nuestro sistema se caracteriza por una regulación separada de las condiciones generales y de las cláusulas abusivas, aunque hay una evidente relación entre ambas, por cuanto que una de las causas que puede determinar la nulidad de una condición general es que ésta sea abusiva para el consumidor.

Conforme a lo establecido en el art. 8 LCGC, serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan lo dispuesto en la Ley o en cualquier norma imperativa y en particular serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con el consumidor. El precepto adopta la sanción general de nulidad del art. 6 apart. 3 Cc y, además, lo enlaza, en el segundo apartado, con la doctrina de las cláusulas abusivas, al declarar nulas las condiciones generales que sean abusivas, lo cual requiere la definición de abuso o desequilibrio contractual.

La Ley de 1998 toma en consideración el concepto de cláusula abusiva que establecía el art. 10 bis de la LGDCU, así como la lista de cláusulas abusivas que incorporaba la disposición adicional primera de la LGDCU, disposiciones, precisamente, introducidas por la Ley de Condiciones Generales en aplicación de la Directiva de 5 de abril de 1993 y que ahora se recogen en el art. 82 tras la reforma operada el 16 de noviembre de 2007.

Quedan separadas en leyes distintas las cláusulas abusivas, por un lado, y las condiciones generales por otro, sin perjuicio de que, para evitar repeticiones y falta de sintonía de regulaciones, el art. 8 apart. 2 se remita a la legislación sobre consumidores²³.

Por tanto, el Derecho diferencia el significado y alcance entre una y otra, entre condición general y cláusula abusiva, y las mantiene separadas en distintas leyes. De tal forma que las condiciones generales son “cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos” (art. 1 LCGC). La disposición adicional primera de la Ley de 1998 introdujo en la LGDCU de 1984 un nuevo artículo (10 bis) con la definición de cláusulas abusivas, texto que se modificó por la Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios y que básicamente mantiene su redacción el RDL 1/2007 definiéndolas como “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”²⁴.

Todas estas diferencias entre una y otra se precisan en las siguientes puntualizaciones²⁵. Respecto a las condiciones generales se caracterizan por:

²³ Expresamente el precepto legal hace referencia a la Ley 26/1984, de 19 de julio, ahora derogada por el RDL 1/2007, de 16 de noviembre.

²⁴ Sobre el concepto de cláusula abusiva QUIÑONERO CERVANTES, E.: “Las cláusulas abusivas”, en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, t. III, 2000, págs. 1.485 y ss. La modificación introducida por la Ley de 29 de diciembre de 2006 introduce la referencia a las prácticas no consentidas y el TRLGDCU de 16 de noviembre de 2007 incluye, junto al consumidor, la referencia al usuario.

²⁵ Sobre el tema v. BOLÁS ALFONSO, J.: “De nuevo sobre las cláusulas abusivas en las escrituras de crédito y préstamo con garantía hipotecaria”, en *Libro homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, coord. L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, vol. 2ª, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 1.775 y 1.776, y GÓMEZ

- la predisposición o formulación previa unilateral,
- ausencia de negociación individual. La incorporación al contrato debe ser exclusivamente imputable a una de las partes,
- destinarse a una pluralidad de contratos,
- el predisponente, persona física o jurídica, actúa dentro de su actividad profesional, pública o privada.

En cuanto a las cláusulas abusivas se ha de tratar:

- de un contrato celebrado con un consumidor o usuario,
- con estipulaciones no negociadas individualmente,
- que sean contrarias a la buena fe,
- produciendo un desequilibrio importante en derechos y obligaciones derivados del contrato atendiendo al momento de celebración del mismo.

Ciertamente, la Ley prevista para regular las condiciones generales de la contratación fue la encargada de modificar la derogada Ley de 1984 de consumidores y usuarios para introducir una definición y ejemplificación de cláusulas abusivas. Desde la elaboración del anteproyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación²⁶ se recogía la recomendación contenida en la Resolución del Consejo de Europa de prever un sistema de control apropiado contra las cláusulas abusivas²⁷. Y es que, aún existiendo diferencias, hay una innegable relación entre ambas materias (las condiciones generales son ante todo cláusulas que van a formar parte del contenido de un contrato), aunque resulte en todo grado aconsejable mantener regulaciones separadas, pues no sólo las condiciones generales pueden ser abusivas, también pueden ser resultado del mismo fallo un contrato individual preformado, es decir, que cláusulas abusivas pueden existir en contratos particulares de adhesión con consumidores, al margen por tanto de las condiciones generales. Dicho criterio se sigue manteniendo en la actual legislación de consumidores.

Evidentemente, al referirse a un desequilibrio contractual contrario a la buena fe, puede existir una cláusula abusiva tanto en las condiciones generales como en cualquier otro contrato entre particulares, aunque no cabe duda de que es en el ámbito de las condiciones generales donde con más frecuencia se produce la figura del abuso contractual.

El carácter abusivo de una cláusula contractual se refiere a su contenido, la consideración de condición general es referida a su propia naturaleza. Por tanto, el control que se establece sobre ellas obedece a razones distintas: el de la cláusula abusiva por cuanto que es contrario al

GÁLLIGO, F. J.: “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación”, en *RCDI*, 1998, núm. 648 (septiembre-octubre), págs. 1.590 a 1.592.

²⁶ V. el estudio realizado por ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE: “El proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y significativa modificación de la Ley Hipotecaria”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1997, núm. 32 (diciembre), págs. 2.831 y ss.

²⁷ CHICO Y ORTÍZ, J.M^a.: “El principio de la autonomía de la voluntad y el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, 1986, núm. 572 (enero-febrero), pág. 85.

ordenamiento jurídico (arts. 7, 1.258 y 1.256 Cc), y el de las condiciones generales por cuanto limita el principio contractual de la autonomía de la voluntad²⁸.

Consistiendo, ambos casos, en una redacción predispuesta y no negociada individualmente, la diferencia está en su ámbito objetivo y subjetivo. En primer lugar, la cláusula abusiva no tiene que ser una cláusula estándar incorporada a todos los contratos del mismo tipo que celebre un profesional o una empresa. La cláusula puede ser incorporada a un contrato concreto. En segundo lugar, las cláusulas abusivas, al regularse dentro de la Ley de defensa de los consumidores, quedan circunscritas a las relaciones entre profesionales y consumidores²⁹; mientras que la regulación de las condiciones generales es aplicable tanto a los contratos entre profesionales o empresarios como a los contratos entre éstos y los consumidores. Para estos casos la Ley exige que sea profesional el predisponente; el adherente, por el contrario, puede ser cualquier persona física o jurídica.

Aclarados los conceptos, es el momento de trasponer estas consideraciones a la contratación hipotecaria y buscar el punto de confluencia de ambas regulaciones en el contrato de hipoteca³⁰.

2. APLICACIÓN A LOS CONTRATOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Para empezar, debemos centrar el estudio en la hipoteca constituida en garantía del préstamo o crédito bancario, ya que en estos casos es propia la contratación en masa, en la que un Banco o Caja de Ahorros presenta una minuta de hipoteca a la que, en términos generales, el cliente se adhiere sin que exista negociación. Quedan excluidas las hipotecas celebradas entre particulares, porque las condiciones han de incluirse en una pluralidad de contratos, además de exigir la LCGC el carácter profesional del predisponente. Tampoco se abarca a la hipoteca constituida entre empresarios o profesionales para afianzar operaciones en el desempeño de su actividad mercantil al quedar fuera del concepto de consumidor. El consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional³¹. No puede invocarse la LCGC, en

²⁸ FUENTESECA DEGENEFTE admite la falta de negociación de cada una de las condiciones generales en la medida en que el *consensus* recae sobre la prestación del bien o del servicio que se trata, el adherente consiente en recibir la prestación del oferente, sobre ese extremo se ciñe la libertad contractual (“Visión de las condiciones generales de la contratación tras la reciente reforma del BGB”, en *AC*, 2003, núm. 16, semana del 14 al 20 de abril).

²⁹ En opinión de BOLÁS ALFONSO la regulación se podría extender a los contratos entre profesionales siempre que existiera un desequilibrio contractual (“De nuevo...”, *ob.cit.*, pág. 1.776).

³⁰ Trata la materia COLINA GAREA, R.: “El préstamo con garantía hipotecaria y la protección jurídica de los consumidores”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1996, núm. 63 (julio-septiembre), págs. 721 y ss.

³¹ La Exposición de Motivos de la Ley de 1998 ampliaba el concepto contenido hasta entonces en el art. 1 apart. 2 Ley de 1984 (“Las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones cualquiera que sea su naturaleza pública o privada”). El vigente art. 3 del TRLGDCU condensa su significado en menos palabras al establecer que son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Pero, acto seguido, la Exposición de Motivos RDL de 2007 apostilla que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

materia de cláusula contractual abusiva, cuando el sujeto pasivo no es un consumidor o usuario. El concepto de cláusula abusiva sólo tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores.

Las hipotecas entre consumidores o entre empresarios en el desempeño de su actividad profesional quedan a expensas de la regulación general (si bien éstos últimos entran dentro del ámbito de aplicación de la LCGC). En caso de existir un abuso o un desequilibrio contractual se podrá considerar nula tal disposición atendiendo a las normas generales de nulidad contractual. Facilita el ejercicio de la acción de nulidad, en estos casos, la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de las sentencias firmes declarativas de la nulidad, que permitirán la declaración automática por otro Juez de aquellas condiciones generales idénticas que utilice el mismo predisponente, u otros dentro del mismo sector profesional.

Es cierto que, aun tratándose los préstamos hipotecarios de contratos tipo, existe un margen para la negociación y discusión de algunas cláusulas de mayor interés para el cliente, sin que esta negociación individual excluya al resto del contrato de la aplicación de la Ley de 1998 ni la de 2007. No es lo más normal, ya que el cliente centra su atención en la cantidad a percibir, los intereses y comisiones a pagar, el plazo de devolución y poco más. Fuera de estas pretensiones, no hace extensiva la negociación a las demás cláusulas de la hipoteca. No obstante, existiendo una negociación individual puntual sobre determinados extremos (que no todo el clausulado responda a una negociación minuciosa) se podrá someter el resto del clausulado al régimen específico, quedando sometidas al régimen general las condiciones individualmente pactadas³². Aún elaborada la escritura de hipoteca para un cliente concreto, si las cláusulas son redactadas unilateralmente por la entidad financiera, no deja de existir un contrato de adhesión, pues el particular se limita a aceptar en todo o en parte el contrato.

A. Medidas de control legal

a) Cláusula de redondeo

La Ley siempre ha puesto especial esmero en la protección del consumidor en la fase precontractual, dotando de unos mecanismos de información y transparencia que permitan garantizar un conocimiento puntual y certero de las diferentes ofertas que se obtienen de las entidades financieras. Del control de la información recogida en la oferta emitida por el acreedor hipotecario se pasa al control de la relación subyacente, la adquisición de la vivienda, en el tema de gastos por tributos, suministros, subrogación en la hipoteca del empresario y titulación de la vivienda (art. 89 apart. 3 TRLGDCU). El íterin queda a la apreciación de la ausencia de negociación y ruptura del equilibrio contractual como fórmula de control general sobre las cláusulas en particular.

Es cierto que ante la casuística es difícil descender al caso concreto, sobretudo por la diversidad que ofrece el espacio en que nos movemos, en general los contratos con consumidores y usuarios y en particular el contrato de crédito hipotecario. No obstante, legalmente se hace un esfuerzo por incorporar a los textos los cambios experimentados avalados por la jurisprudencia.

³² Al respecto, tener en cuenta la presunción establecida en el segundo apartado del art. 82.2 del TRLGDCU: “El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”.

Ejemplo de lo que decimos en el ámbito que nos ocupa está en el apartado 5 del art. 87 del TRLGDCU³³.

Hasta llegar a esta disposición normativa se ha recorrido un camino judicial que se inició con una acción colectiva contra las cláusulas de redondeo por exceso recogidas en los contratos de préstamo hipotecario. Las sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 11 de septiembre de 2001 (*Aranz.Civ.1800*), y AP de Madrid de 10 de octubre de 2002 (*Aranz.Civ.1417*) fundamentaban esta sanción de nulidad en la falta de reciprocidad del redondeo en la medida en que se practicaba a lo largo de toda la vida del préstamo en una sola dirección, provocando un desequilibrio contractual y un perjuicio no equitativo para el consumidor³⁴. En el mismo sentido y más recientemente también lo recoge el pronunciamiento judicial de la AP de Barcelona de 19 de marzo de 2004 (*JUR 122712*).

El redondeo es una práctica legal e incluso necesaria para la transparencia del crédito siempre que suponga redondear al intervalo más próximo, a la alza o a la baja, buscando un impacto financiero neutro al repercutir tanto a favor del consumidor como de la entidad financiera. La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, recoge el régimen de las cláusulas de redondeo al intervalo más próximo, sin que pueda sobrepasar al octavo de punto (Disposición Adicional Duodécima).

Es el desequilibrio en sus derechos lo que atenta contra la igualdad de los contratantes, ya que el redondeo por exceso favorece exclusivamente a la entidad prestamista. Teniendo esto en cuenta y que la cláusula de redondeo no forma parte del precio, pues el carácter abusivo no puede derivar de la materia objeto del contrato, ni de su adecuación con el precio pactado (art. 4 apart. 2 de la Directiva del Consejo de 5 de abril de 1993)³⁵, el legislador ha optado por incluirla en el listado de cláusulas abusivas, sin tener que acudir al criterio general de cláusulas no negociadas individualmente contrarias a las exigencias de la buena fe, porque, aunque la cláusula podía ser conocida, contrastada con otras ofertas y finalmente consentida, no implicaba que existiese una negociación al respecto³⁶.

Las últimas reformas sobre la materia inciden en la transparencia y control, principalmente, de las condiciones financieras y en la información mínima que las entidades de

³³ Antigua cláusula 7 bis de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU de 1984 referente a las cláusulas de redondeo. Tendrán carácter abusivo al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: 7 bis “Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en la tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva”. Redacción que repite el texto actual.

³⁴ V. los comentarios a la sentencia de Primera Instancia de OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “Nulidad por su carácter abusivo de la cláusula de redondeo al alza. Comentario a la SJPI núm. 50 de Madrid de 11 de septiembre de 2001”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002-1, núm. 8, págs. 235 y ss., y BLANDINO GARRIDO, M^a A.: “La nulidad de la cláusula de redondeo al alza de los préstamos hipotecarios”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2002, núm. 81 (marzo), págs. 479 y ss.

³⁵ Sobre el control de contenido de las cláusulas sobre elementos esenciales v. CÁMARA LAPUENTE, S.: *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 169 y ss.

³⁶ BRENES CORTÉS y PACHECO CAÑETE realizan un estudio sobre la cláusula de redondeo como condición general de los préstamos hipotecarios y sometida al control de la Ley de consumidores en “El redondeo de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios: consideraciones sobre la legalidad y la validez de esa práctica financiera”, en *RDM*, 2002, núm. 246 (octubre-diciembre), págs. 1.893 y ss.

crédito deben facilitar a sus clientes con antelación razonable a que asuman cualquier obligación contractual. Véase en este sentido la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario que insiste en establecer como objetivo básico la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva y el control por parte del Ministerio de Economía y Hacienda de la información precontractual (preámbulo de la Ley, apartado II).

b) Cláusulas sobre atribución de gastos y pagos al adherente

a') Subrogación en la hipoteca del profesional

La disposición adicional primera de la LGDCU de 19 de julio de 1984, modificada en su día por la LCGC de 1998, introdujo con carácter meramente enunciativo un mínimo de cláusulas que se consideran en todo caso *ex lege* abusivas. Se trataba de una lista abierta que recogía los supuestos previstos en la Directiva sobre cláusulas abusivas de 1993, pero añadiendo otros nuevos³⁷. Esta lista se reproduce básicamente en el nuevo texto de los consumidores de 2007.

Precisamente, fue utilizando esa lista de cláusulas abusivas que las sentencias de AP de Asturias de 5 de marzo de 1999 (*Aran.Civ.1320*)³⁸, la del TS de 1 de junio de 2000 (RJ 5090) y la AP de Madrid de 2 de febrero de 2001 (*JUR* 133832) consideraran nulas las cláusulas que atribuían una serie de gastos al comprador por subrogarse en un contrato de préstamo hipotecario, en cuya concertación no había intervenido y bajo unas circunstancias totalmente distintas a las propias del subrogado.

En los pronunciamientos judiciales se tuvo en cuenta el número 22 de la Disposición Adicional Primera en su redacción originaria antes de la modificación introducida por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que decía: “la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa correspondan al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o división y cancelación)”.

Según el supuesto de hecho de las sentencias antes citadas, el crédito hipotecario que en su día constituyó la inmobiliaria lo era para financiar la construcción o promoción de unas

³⁷ Nuestro legislador se decantó por introducir una serie de cláusulas prohibidas en todo caso aunque no exhaustiva, a diferencia de la solución recogida por la Directiva de 5 de abril de 1993, que se inclinaba por una lista de cláusulas que podían ser declaradas abusivas. Acerca del estudio de la Directiva v. PAGADOR LÓPEZ, J.: *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1998, págs. 76 y ss. V. también LETE ACHIRICA, J.: “Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir”, en *AC*, 2000-2, XXVII, pág. 640.

³⁸ Pese a que cuando se pactó el contrato, la Ley de Condiciones Generales no había entrado en vigor y, por consiguiente, no era aplicable la Disposición Adicional primera, la Ley de consumidores recogía en el núm. 11 del art. 10. 1 c) la prohibición de cláusulas de contenido similar a la redacción definitiva: a la concreta mención de las repercusiones abusivas de gastos en la primera venta de viviendas se añade ahora una declaración más general al prohibir imponer al consumidor gastos de documentación y tramitación, que por ley imperativa correspondan al profesional. Ante esta situación, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias considera aplicable la Directiva 93/13 CEE y utiliza la LCGC como elemento interpretativo.

viviendas, crédito en el que se fueron subrogaron los compradores conforme se hacía la entrega de las llaves, asumiendo el préstamo en las condiciones en que se había estipulado con la vendedora cuando dicho crédito hipotecario se había concretado en el exclusivo beneficio de la inmobiliaria, y bajo las condiciones y plazos que le convinieron en tal momento, sin intervención alguna de los futuros compradores.

Evidentemente, el comprador-consumidor tiene que hacer frente a los gastos generados por la financiación del precio de la vivienda, asumidos en su beneficio, pero no los derivados de la construcción. Al resultar perjudicial el préstamo concertado por el vendedor con la entidad (plazos y cuotas excesivas para los adquirentes), los compradores concertaron un nuevo préstamo, quedando delimitada la cuestión de la litis a los gastos que generaron la subrogación del préstamo, la penalización por cancelación anticipada, así como la cancelación de la hipoteca constituida por la inmobiliaria. Es decir, el nuevo préstamo concertado lo fue de cantidades superiores al tener que asumir una serie de gastos que el vendedor debía haber abordado. Cantidades que debían ser restituidas por la inmobiliaria, de acuerdo con el fallo de las sentencias.

La nulidad procede de la falta de negociación y la desproporción de las prestaciones, encajando perfectamente en la definición de cláusula abusiva, en cuanto que los compradores no intervinieron en la contratación de la hipoteca, el préstamo contaba con unos plazos e importes de financiación claramente perjudiciales en relación con otras ofertas existentes en el mercado, sin que los compradores de las viviendas pudieran aceptar o rechazar.

Pero, además, la solución a la que llegaron las sentencias citadas era evidente, ya que encajaba con la ejemplificación que utilizó el legislador cuando redactó la cláusula núm. 22. (gastos procedentes de la venta de primeras viviendas, hipotecas constituidas para su financiación y cancelación, estipulaciones que obligan a la subrogación)³⁹. Sin embargo, no siempre resulta tan indiscutible la nulidad de una condición general. Por regla general, supone un gran esfuerzo para el intérprete que deberá tener en cuenta lo dispuesto en el contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, las actuaciones de las partes y sus intenciones.

La SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/39591) mantiene la apreciación abusiva sobre estas cláusulas, aún alegando por el prestamista la negociación individual del pacto (art. 1.255 Cc) donde se traslada la carga de los gastos de la hipoteca concertada por el empresario al comprador de la vivienda. Y ello porque infringe una norma prohibitiva contemplada en la ley, y atenta contra la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones.

Con carácter aclaratorio y motivado por la experiencia, se incluyeron los apartados b), c) y d) en el número 22 de la Disposición Adicional Primera de la ley de 1984, cuando sobre algunos de estos extremos los Tribunales o bien la doctrina había manifestado su opinión al respecto⁴⁰.

³⁹ V. la SAP de Asturias de 5 de julio de 2007 (*AC* 1767) que utiliza, junto con la jurisprudencia, la letra de la ley no vigente en el momento de la celebración del crédito hipotecario para interpretar la cláusula como abusiva por imponer el pago de tributos al consumidor no sujeto pasivo.

⁴⁰ En concreto, BAÑEGIL ESPINOSA sobre la imposición al adherente de la obligación de pagar el impuesto de actos jurídicos documentados (Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores”, en *AC*, 2000-2, XXX, pág. 739)

En la actualidad dichos apartados se siguen manteniendo tras la última revisión de la Ley de consumidores, pues sigue calificando de abusiva “a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o división y cancelación) b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación. c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario. d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad” (art. 89 apart. 3 del TRLGDCU). El único cambio experimentado en estos apartados es a nivel terminológico, utilizando la denominación de “empresario” donde antes se refería al “profesional”, seguramente debido a que el legislador de 2007 se preocupa previamente en los arts. 4, 5 y 7 de delimitar conceptualmente los distintos agentes que intervienen en los contratos celebrados con consumidores.

b') Gastos de documentación

Fuera de la jurisprudencia, la doctrina considera que pueden tener repercusiones abusivas otros gastos que no entran dentro de los generados por la primera venta de viviendas, pero que consisten, igualmente, en una imposición al adherente que le provoca una lesión injustificada en sus derechos. Se refieren con ello a los gastos que hacen responder al consumidor de los honorarios de abogado o procurador aunque su intervención no sea preceptiva. BALLUGERA⁴¹, extiende también la abusividad a cláusulas en las que se impone al adherente la carga de costear los gastos de la primera copia de la escritura de la hipoteca o los gastos de estudio que engrosan la comisión de apertura. Lo razona este autor considerando que sólo estos gastos redundan en beneficio y seguridad del prestamista y, por tanto, los ha de sufragar: la copia de la escritura es el título ejecutivo de la entidad y la comisión de apertura evita posibles riesgos de impago.

Una vez inscrita la hipoteca, la copia de la escritura va a parar a manos de la entidad, de suerte que el cliente lo máximo que recibe es una copia simple de la misma, lo que debería determinar quién es la parte que ha de soportar el gasto.

Muchos de estos pactos eran indicativos del intento por crear una legislación fiscal y procesal convencional⁴², rechazable debido al carácter imperativo de estas disposiciones que determinan su nulidad. El apartado c) del art. 89.3 TRLGDCU recalca lo que el legislador ya establecía para la atribución del pago de los tributos. Nos referimos con ello a que, para el caso de los impuestos que gravan la adquisición de bienes (impuesto sobre el valor añadido e impuesto sobre transmisiones patrimoniales) y la formalización de ciertos documentos como los notariales (actos jurídicos documentados) cuyos pagos son imprescindibles para la inscripción en el Registro, la Ley fija para cada caso la determinación del sujeto pasivo, quedando sustraído su régimen de la voluntad de los sujetos.

⁴¹ “Cláusulas abusivas en los préstamos con garantía hipotecaria”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 2001, núm. 242 (octubre-noviembre), págs. 1.852 a 1.854 y 1.862 a 1.564.

⁴² Sobre el particular VILLALBA LAVA, M.: “Breve estudio sobre algunas cláusulas...”, ob.cit., pág. 905.

Por otra parte, los arts. 241 y 539 apart. 2 LEC prevé expresamente la atribución de las costas para las actuaciones en los procesos de ejecución.

Algunos de estos gastos pueden tener encaje en el apartado 5 del art. 89 TRLGDCU en la medida que supone incrementar el precio por “servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso expresado con la debida claridad o separación”.

c') Comisión de apertura

Respecto a la comisión de apertura, sólo se cobra a los prestatarios cuando se concede el préstamo pero no cuando se deniega, lo cual demuestra dos cosas a juicio de BALLUGERA⁴³: una, que el estudio de solvencia lo realiza la entidad de crédito en su propio interés y, dos, que no se presta ningún servicio al cliente. Pero, además, esta comisión forma parte de la tasa anual equivalente (TAE) que, según la normativa sectorial bancaria, es una parte del precio, imputándose al cliente al mismo tiempo que se le hace entrega del capital del préstamo, lo que caería dentro de la prohibición del apartado 1 del art. 89 de la Ley de 2007, al declarar percibido un capital superior al entregado (“las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios”⁴⁴). Según BAÑEGIL⁴⁵, la cuestión sobre la nulidad de la comisión de apertura depende de si se presta un servicio o la comisión entra dentro de las obligaciones de la propia entidad.

Para empezar, pensamos que la TAE no forma parte del precio sino que es un elemento orientativo para el cliente, sobre todo cuando el préstamo es a interés variable, en cuyo caso la tasa anual equivalente es aproximada dependiendo del momento y del interés del tipo referencial. Por otra parte, la comisión de apertura engloba tanto el estudio sobre la solvencia patrimonial de prestatario como aquellos gastos originados en la entidad financiera por la tramitación del contrato, cuestiones que interesan a ambas partes, no únicamente al prestamista, ya que el cliente lo que pretende es la materialización del contrato y la entrega o disponibilidad del efectivo una vez que se ha decidido. Hasta aquí, la comisión de apertura, de existir, es un gasto que ha de afrontar el cliente, si bien, de ser excesiva e impuesta unilateralmente, al no ser un elemento esencial del contrato, cabría su moderación judicial por abusiva.

Sin embargo, la mención que hace el apartado 3 del art. 89 TRLGDCU, y que también se recogía en la redacción original del núm. 22 de la Disposición Adicional Primera de la derogada Ley de 19 de julio de 1984, a los “gastos de documentación y tramitación” es mucho más amplia por lo que encajaba mejor como abusiva las cláusulas que imponen al consumidor las comisiones

⁴³ “Cláusulas abusivas...”, ob.cit., pág. 1.853.

⁴⁴ BAÑEGIL explica la expresión de cláusulas incorporadas a las escrituras que expresan “haber recibido” el capital, o de que se “hace entrega en este acto” del capital del préstamo cuando aún no se ha producido, por la polémica naturaleza que suscita este contrato, de carácter real para algunos y para otros consensual, que de esta forma quedaría eludida (“Cláusulas abusivas en los contratos...” ob.cit., pág. 739). Entrarían dentro del apartado 1 del art. 89 el sistema consistente en detraer desde el principio al prestatario el importe de los intereses del primer año, de otros gastos y comisiones, pues figura haber recibido más capital del que se recibe. Esta práctica que se puede considerar abusiva ha cambiado por la de cobrar los gastos y comisiones junto a la primera cuota, sin repartirla proporcionalmente con las demás.

⁴⁵ “Cláusulas abusivas...”, ob.cit., pág. 740.

por la gestión de los préstamos hipotecarios. De igual forma que cualquier otro profesional, cuando hace un estudio o presupuesto antes de acometer su actividad no genera una partida distinta sino que se entiende que este servicio está incluido dentro del precio, sucedería con las entidades de financiación en relación con esta comisión en especial.

No obstante, a lo que la Ley de consumidores se refiere es a la imposición de estas comisiones en contra de lo que establece la ley (“la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”). Por ello mismo, aún tratándose de gastos de gestión y la concesión de préstamos sea una de las actividades del profesional, no es abusivo atribuir al adherente-consumidor los gastos por escritura pública, imprescindibles para inscribir la hipoteca en el Registro, ni los aranceles registrales necesarios para que exista la garantía real. Cuestión distinta es cuando estas operaciones se han de realizar a través de una gestoría perteneciente a la propia entidad. Lo cual recuerda a otra práctica bancaria contraria a la normativa sobre defensa de la competencia acerca de la imposición de la entidad con la que el cliente ha de contratar determinadas pólizas de seguro⁴⁶.

Sobre estas comisiones la normativa sectorial bancaria las considera lícitas y ni siquiera existe actualmente resolución judicial alguna para estimar lo contrario. El estudio, concesión, tramitación y cualquier otra actividad dirigida a la concertación del préstamo hipotecario debe integrarse en una única comisión, devengándose una sola vez.

No obstante, existe una evolución legal en la consideración de este tipo de gastos. Jurisprudencialmente se había llegado a considerarlas excesivas, no nulas, respecto a la penalización por cancelación anticipada, o su improcedencia cuando son imprecisas e indeterminadas⁴⁷. Se entendía que el prestamista colocaba su capital con la esperanza legítima de obtener una ganancia determinada, de la cual se vería privado desde el momento en que se pudiera devolver lo prestado antes del tiempo convenido. La penalización por amortización anticipada pretendía paliar ese lucro cesante del prestamista⁴⁸. La protección de la vivienda y de su deudor hipotecario ha llevado al legislador a decantarse por prohibir el cobro de las comisiones por amortización anticipada total o parcial (art. 7 de la LMRMH), como más adelante se expondrá.

d') Suscripción de seguros

Es frecuente que en los contratos de préstamo hipotecario se exija al consumidor la formalización de una póliza de seguro para cubrir los riesgos como el fallecimiento, la invalidez, el desempleo o la destrucción de la cosa, cuando esta eventualidad ya está cubierta por el seguro de incendios exigido reglamentariamente⁴⁹. Los apartados 4 y 5 del art. 89 del TRLGDCU se

⁴⁶ En este sentido v. la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de noviembre de 2001 en relación a la práctica de solicitar la contratación de un seguro de vida en los préstamos hipotecarios.

⁴⁷ SAP de Orense de 19 de julio de 1999 (*Aranz.Civ.* 1232).

⁴⁸ Existe una legítima expectativa de ganancia pero no ilimitada como mantiene el art. 9 apart. 3 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles estableciendo un límite a la sanción por pago anticipado del precio pendiente (1,5% del capital reembolsado en los contratos con tipo de interés variable, y un 3% en los contratos con interés fijo).

⁴⁹ El art. 30 del RD 685/1982, de 17 de marzo, exige la contratación de dicho seguro para los préstamos hipotecarios que sirvan de cobertura para la emisión de bonos y cédulas hipotecarias.

refiere a los supuestos de gastos y costes relativos al servicio o servicios accesorios cuando son impuestos al cliente⁵⁰, por lo que podemos cuestionarnos la licitud de dicha cláusula contractual.

Hasta ahora, los pronunciamientos que se han dado sobre la materia insisten en la ilicitud de la imposición de seguros que no vengan exigidos legalmente, destacando el carácter voluntario de su suscripción⁵¹. En la Memoria presentada por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España en 1988, se considera que “la suscripción de pólizas de seguro en garantía de un préstamo es conforme a las buenas prácticas y usos bancarios, sobre la base de la libertad de contratación imperante con carácter general en las relaciones jurídico-privadas”⁵². Once años más tarde, el mismo servicio sigue manteniendo que la contratación de un seguro de vida no puede ser obligatoria para el cliente⁵³.

La abusividad de estas cláusulas procedería de su imposición o de la desproporcionalidad. Como viene siendo habitual, en este extremo también nos tenemos que referir al equilibrio y proporcionalidad con el riesgo asumido por la entidad. Sí puede considerarse abusivo exigir una mayor garantía en un momento posterior a la celebración del contrato, sin que hayan cambiado las condiciones del crédito ni la base física de la garantía inmobiliaria⁵⁴.

Por consiguiente, nada impide la contratación de estas sobre-garantías o garantías adicionales, ni desde el punto de vista estructural del derecho real, ni desde la perspectiva contractual de protección del consumidor. En otro estudio⁵⁵ concluimos que no afectaba a la causa del préstamo hipotecario, y ahora se puede decir que, siempre que sea conocida la suscripción y el coste que le supone para el cliente dándole libertad de elección de la compañía aseguradora, tampoco existe inconveniente para las suscripción de estas otras garantías personales.

c) Cláusulas de vencimiento anticipado.

a') Evolución

⁵⁰ Apart. 4: “La imposición al consumidor y usuario de bienes de servicios complementarios accesorios no solicitados”. Apart. 5: “Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a las prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso expresadas con la debida claridad y separación”.

⁵¹ V. ANDREU MARTÍ, M^a DEL M.: *La protección del cliente bancario*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 93 y ss.; SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Disposición adicional 1^a. Seis: Disp. Dic. 1^a.IV.18^a LGDCU”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord.. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 1.115 y ss. y FERRANDO VILLALBA, M^a L.: *Las comisiones bancarias...*, ob.cit., págs. 75 y ss.

⁵² *Memoria del SRBE correspondiente al año 1988*, Madrid, 1989, pág. 39.

⁵³ *Memoria del SRBE correspondiente al año 1999*, Madrid, 2000, pág. 92, reclamación núm. 1105/99.

⁵⁴ Cfr. FERRANDO VILLALBA, M^a L.: *Las comisiones bancarias...*, ob.cit., pág. 79. En este sentido ANDREU MARTÍ recoge la siguiente condición abusiva: “En cualquier momento hasta el vencimiento del préstamo se obliga al prestatario a constituir a requerimiento y plena satisfacción del banco las garantías reales sobre bienes muebles, inmuebles o derechos que por éste se le exijan en aseguramiento de las obligaciones que en virtud del presente contrato tenga contraídas” (*La protección...*), ob.cit, pág. 94, nota 126).

⁵⁵ *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 431 y ss.

En los préstamos con garantía hipotecaria es frecuente la introducción por las entidades de crédito de una serie de actuaciones que, sin estar conectadas con la obligación principal de pago de capital más intereses, su incumplimiento se asocia al vencimiento anticipado del préstamo o del crédito; *ad exemplum*, falseamiento de los datos proporcionados por el cliente para la concesión del préstamo, la utilización del préstamo para fines distintos a los solicitados, no presentar el balance anual, no concertar un seguro, transmitir la finca hipotecada, embargo de los bienes del deudor o solicitud de suspensión de pagos y, en general, el incumplimiento por el prestatario de cualquiera de las obligaciones contraídas por él mismo en virtud del contrato celebrado⁵⁶. Estas circunstancias especificadas en el elemento negocial se redactan para dar por vencido el crédito y ejecutar la hipoteca, constituyendo una excepción a lo pactado por las partes que ven como, antes de que llegue el día señalado para el cumplimiento, el deudor deberá restituir lo prestado.

El principio de especialidad registral rechaza muchos de estos incumplimientos por no estar relacionados con la obligación garantizada, constituyéndose como deberes accesorios. Como derecho de garantía típico, la cobertura hipotecaria sólo alcanza frente a terceros al capital, intereses, costas y gastos judiciales, por lo que el incumplimiento de otras obligaciones no puede dar lugar al ejercicio de la acción real. Aunque sea éste el motivo para rechazar gastos extrajudiciales de muy variada naturaleza, hay casos en los que están en íntima conexión con la conservación y efectividad de la garantía, por lo que no hay otra solución que admitirlos respetando el principio de especialidad, en el sentido de que han de precisarse los concretos gastos extrajudiciales que se garantizan.

Es el caso del impago de las primas del seguro como causa de cancelación anticipada de la deuda que siendo una obligación accesoria afecta a la garantía, ya que, las primas del seguro, en cuanto crédito privilegiado que siguen a la cosa (art. 1.923 apart. 2º Cc), suponen un riesgo de detrimento potencial del bien hipotecado, así como su relación con la conservación de la garantía (RDGRN de 17 de julio de 2000, RJ 5865). Por estas razones, estos criterios no son aplicables a otros seguros, pudiéndose considerar abusivas las prácticas consistentes en la imposición de seguros de vida en favor de la entidad por el importe del crédito.

Podría haberse aprovechado la reforma del art. 12 LH operada por LMRMH de 7 de diciembre de 2007 para incluir estas posibles partidas (costas o prestaciones accesorias que guardan relación con la conservación de la garantía) que pueden integrar la responsabilidad hipotecaria. Ciertamente el precepto hipotecario reformado recoge ya un gran avance doctrinal al dar cabida legal a la llamada “hipoteca flotante” (art. 12⁵⁷ en combinación con el nuevo 153 bis⁵⁸, ambos de la LH).

⁵⁶ AURIOLES MARTÍN, A.: “Cuestiones en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado en pólizas de préstamo y crédito”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. III, Civitas, Madrid, 1996, pág. 3.141, nota 4.

⁵⁷ “En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificado las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración”.

⁵⁸ Podrá constituirse hipoteca de máximo: “(...) en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas”. Se hará constar (...) “su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven a puedan derivar en el

Tras la sentencia del TS de 27 de marzo de 1999 (RJ 2371), relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, el debate jurídico sobre el tema se ha avivado provocando distintos pronunciamientos en la jurisprudencia, en la doctrina y en el legislador.

Hasta la fecha indicada, el criterio que se seguía para admitir la resolución del negocio de préstamo hipotecario⁵⁹ era el mejor posible debido a la diversidad de supuestos a los que se adhiere este pacto. Concretamente dependía de la calificación del Registrador, quién determinaba la trascendencia real inmobiliaria, con la consiguiente inscripción en el Registro y su eficacia *erga omnes*⁶⁰. Es decir, eran válidos aquellos vencimientos anticipados que se inscribían en el Registro, o al menos provocaban la ejecución de la hipoteca; en cambio, los pactos ajenos a la garantía real hipotecaria, por ser de carácter obligacional o incluso ilícitos por ir en contra de determinados preceptos legales o por falta de causa, no eran inscribibles ni promovían la realización del bien⁶¹.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo afirma que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes, sin distinción ni matización alguna, dando lugar a un pacto nulo por ir *contra legem*, y especialmente, contra los arts. 127 y antiguo 135 (con nueva redacción por la disposición final 9ª, núm. 10 de la Ley 1/2000, de 7 de enero⁶²) de la LH, y contra los arts. 1.127 y 1.129 Cc. Es una sentencia que ha tenido fuertes críticas, sobre todo su *obiter dicta*⁶³, por las repercusiones que acarrea: colapsar los Tribunales

futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado (...)."

⁵⁹ Sobre la naturaleza jurídica de los pactos de vencimiento anticipado v. GARCÍA GARCÍA, J. M.: "Los llamados pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca como condición resolutoria y explícita del préstamo hipotecario. Lo positivo y lo negativo de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1999, núm. 53 (noviembre), págs. 2.903 a 2.911, y el mismo autor en "Naturaleza jurídica del convenio de inscripción de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario y del derecho resultante del mismo", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2001, núm. 75 (septiembre), págs. 2.555 y ss.

⁶⁰ CUÉLLAR MARÍN recoge distintos posicionamientos doctrinales de cuándo la cláusula de vencimiento anticipado tiene que ser inscrita: cuando afecte exclusivamente a la devolución del principal del préstamo y al pago de los intereses y costas; o bien, siempre que exista una razón justificativa suficiente o, por el contrario, entender inscribible todo pacto lícito ("La hipoteca ordinaria: acceso registral de sus cláusulas", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1999, núm. 46 (marzo), pág. 690).

⁶¹ A modo de ejemplo, se consideran inscribibles los pactos de vencimiento anticipado dependientes de la facultad del acreedor de inspeccionar la finca (RDGRN de 20 de mayo de 1987, RJ 3926), o por falta de pago de contribuciones o cuotas de comunidad que disminuyan el valor de la garantía (R. 16 marzo de 1990, RJ 2301). Se deniegan los que hacen depender la resolución de la suspensión de pagos o quiebra del deudor (RR. 27 de enero de 1986 y 5 de junio de 1987, RJ 1002 y 4835 respectivamente), del orden a seguir en la imputación de pagos o de la obligación de pago de contribuciones y seguro (R. 23 de octubre de 1987, RJ 7660), o por enajenar o gravar la finca (R. 8 de noviembre de 1993, RJ 9114).

⁶² El apartado 2º del 135 LH establecía que "si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviese satisfecha". Según esta disposición la hipoteca subsiste garantizando la parte del crédito todavía no satisfecha.

de reclamaciones, revisar las calificaciones registrales y paralizar el crédito territorial al consistir en una práctica muy utilizada por las entidades de financiación.

Los órganos judiciales inferiores ya se han ocupado de pronunciarse sobre la nulidad de determinadas cláusulas que afectan a los préstamos con garantía hipotecaria, a saber, resolución anticipada por incumplimiento de cualquier prestación por el prestatario, ante la disminución de su patrimonio o por la imposibilidad de registrar la hipoteca por cualquier causa.

Continuando con el criterio de la doctrina de la Dirección General y atendiendo a la polémica suscitada, el legislador procesal del 2000, a la hora de estipular las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados, incluye el apartado 2 del art. 693 de la LEC⁶⁴, volviendo, afortunadamente, a la seguridad que inspira la inscripción en el Registro de las cláusulas de vencimiento anticipado, aunque, desafortunadamente, desperdiciando la ocasión al centrarse en la falta de pago de los intereses y cuotas de amortización, olvidando las demás actuaciones del obligado que pudiesen generar la resolución, si bien, la regulada era y es la más corriente en los préstamos hipotecarios, además de ser la más fácil de verificar en el procedimiento de ejecución. En las resoluciones posteriores a 1999, la Dirección General de los Registros sigue atendiendo a la inscripción del pacto para remover la ejecución sin desproteger a terceros.

Siguiendo con el espíritu de la norma procesal pero ampliando aún más el ámbito, se promulga el nuevo apartado 2 del art. 12 LH⁶⁵. Se confirma la inscripción registral de las cláusulas de vencimiento anticipado, pero no sólo aquéllas relacionadas con la obligación de pago sino cualquier otra de trascendencia real. El párrafo segundo del precepto hipotecario impone la inscripción de todas la cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras tal como aparecen en la escritura. Esta afirmación plantea dos cuestiones. La primera que se recoge un sistema más bien de transcripción, más que de inscripción; la segunda que queda por determinar qué cláusulas son las financieras y cuáles no, y qué cláusulas financieras pueden tener importantes consecuencias no financieras.

⁶³ V. comentarios de RIVERA FERNÁNDEZ, M.: “Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2000, núm. 64 (octubre), págs. 1.950 y ss.; GARCÍA GARCÍA, J.M.: “Los llamados pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca como condición resolutoria y explícita del préstamo hipotecario. Lo positivo y lo negativo de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1999, núm. 53 (noviembre), págs. 2.895 y ss, y PRATS ALBENTOSA, L.: “Préstamo hipotecario: incumplimiento y pretendida nulidad de cláusula de vencimiento anticipado. Comentario a la Sentencia del TS de marzo de 1999”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, nº3, págs. 459 a 477.

⁶⁴ “Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro” V. el comentario de GARCÍA GARCÍA, J. M.: “Naturaleza jurídica del convenio de inscripción de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario y del derecho resultante del mismo”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2001, núm. 75 (septiembre), págs. 2.555 y ss. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Comentario al artículo 693 LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3.533 y ss.

⁶⁵ “Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”.

Desde la perspectiva del consumidor y usuario, esta reforma le puede suponer series inconvenientes, pues acceden al Registro un conjunto de cláusulas impuestas por la entidad crediticia que luego pueden servir de base para la ejecución de la hipoteca (art. 130 LH). Todo ello teniendo en cuenta el art. 84 TRLGDCU, que obliga a Notarios y Registradores a no autorizar ni inscribir aquellas cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencias inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La justificación de la incorporación del párrafo segundo en el texto final de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, LMRMH, y ausente en los proyectos anteriores, se debió al deseo de precisar el contenido que ha de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad de la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa (Exposición de Motivos de la Ley).

No obstante, todos los pronunciamientos judiciales existentes sobre la materia siguen teniendo interés en la medida que desvelan el carácter real de estos pactos, condicionante que impone la ley para su inscripción, como no podía ser de otra forma.

Lo que se trata de valorar a continuación es la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito desde la óptica del justo equilibrio de las posiciones contractuales de las partes. Ante el incuestionable hecho de que las cláusulas de vencimiento anticipado se incardinan dentro de las condiciones generales de los contratos bancarios debe atenderse a la LCGC y, puesto que el prestatario puede ser un consumidor, hay que considerar la buena fe y la protección que establece la LGDCU.

b') Análisis

Hay dos formas de tratar el tema de los pactos de vencimiento anticipado: una, analizando la conexión con la hipoteca y su trascendencia real que origina la realización de valor del bien inmueble y, dos, la libertad negocial y la existencia de cláusulas contractuales de carácter abusivo, dejando bien claro que, sólo aquellos pactos de alcance real inscritos afectarán a terceros.

Como dice GARCÍA GARCÍA estos pactos son un “aditamento” a la hipoteca⁶⁶. El pacto de vencimiento anticipado es algo diferente al préstamo y a la hipoteca, cumple una función distinta a la de garantía, protegiendo el interés del acreedor ante la pérdida sobrevenida de confianza del deudor⁶⁷. La hipoteca se limita a garantizar el cumplimiento de una obligación en un determinado plazo o en plazos sucesivos, manteniéndose el gravamen en el tiempo hasta que llegue el término final. El vencimiento anticipado altera esta continuidad y persistencia del gravamen hasta la fecha final de devolución del capital, negándole al deudor el beneficio del plazo debido al carácter dispositivo del art. 1.127 Cc o del 127 LH⁶⁸. Ajena a la naturaleza de la institución real pueden convertirse en una práctica abusiva.

Por tanto, no es otra cosa que tratar el tema de la resolución anticipada del préstamo hipotecario desde la perspectiva del Derecho hipotecario y desde la del Derecho de consumo,

⁶⁶ “Los llamados pactos.....”, ob.cit., págs. 2.902 y 2.903.

⁶⁷ PRATS ALBENTOSA, L.: “Préstamo hipotecario...”, ob.cit., págs. 473 y 474.

⁶⁸ Carácter dispositivo que confirma el art. 693 LEC en el apart. 2º del num. 1 y del núm. 2.

aunque resulte difícil separarlos totalmente y continuamente se haga referencia a pactos inscribibles o no y a cláusulas abusivas, ya que, a diferencia de otras, las cláusulas de vencimiento anticipado están íntimamente conectadas con la garantía, pues supone la realización de valor del inmueble, sin que ello suceda con las cláusulas de redondeo o con las comisiones excesivas que pueden ser consideradas nulas en un contrato pero nunca generar la ejecución de la garantía.

Así, para el prestatario, como usuario de los servicios de financiación, tendrán carácter de abusivas las cláusulas que admiten “la reserva a favor del empresario de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato”, así como “las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le concede la misma facultad, o las que le facultan a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable”, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

Estos apartados, 3º y 4º, del art. 85 TRLGDCU censura la atribución de facultades unilaterales al profesional consistentes en la interpretación, modificación o resolución de un contrato en determinadas circunstancias. El alcance de estas facultades se especifican en los párrafos siguiente de la ley.

Tratándose de operaciones financieras, el párrafo segundo y tercero del apartado 3º deja a salvo de la abusividad “las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes”. De lo establecido en la normas acerca de las facultades unilaterales del predisponente se pueden extractar tres supuestos distintos de abusividad para los préstamos hipotecarios:

1. Reservarse facultades de interpretación unilateral sin motivos válidos especificados en el contrato.
2. La reserva de facultades unilaterales de modificación del contrato. Para este caso se diferencian a su vez tres supuestos:
 - Variaciones en los costes del préstamo sin referencia previa a un índice.
 - Cambiar las condiciones de un contrato de duración indeterminada sin previo aviso al consumidor y manteniendo a toda costa el vínculo obligacional.
 - Modificaciones impuestas sin razón alguna.

3. La reserva de la facultad de resolver anticipadamente un contrato:
 - Con plazo determinado, si al consumidor no se le concede la misma facultad.
 - Por tiempo indefinido, si la resolución es en un plazo breve o sin previa notificación.

En primer lugar, se puede criticar la regulación legal por su vaguedad e imprecisión, dejando al arbitrio judicial la decisión, en cada caso, sobre la abusividad de la cláusula, con la consiguiente inseguridad jurídica. Amplitud y diversidad que también se producen cuando es el Registrador, a través de la calificación, el que determina su inscripción en base a su eficacia real (art. 12 LH)⁶⁹. En segundo lugar, se evidencia un tratamiento especial para los contratos de duración indeterminada⁷⁰.

Precisamente, los contratos de préstamo hipotecario son contratos con plazo determinado. No obstante cabe plantearse si la salvedad que establece el legislador para los contratos indefinidos es también aplicable para los definidos. Si se considera que una cláusula de resolución anticipada de un contrato por tiempo determinado es abusiva salvo que el consumidor tenga la misma facultad, poca protección se obtiene para el consumidor de la excepción mencionada, debido a la evidente repercusión que sobre el patrimonio del consumidor tendría su vencimiento anticipado, con la obligación de restitución agravada con las correspondientes comisiones⁷¹. Si entendemos que los dos supuestos (contratos con plazo determinado e indeterminado) están sujetos a los mismo requisitos, serán lícitas las cláusulas de vencimiento anticipado basadas en motivos válidos especificados en el contrato referidas al incumplimiento contractual o a motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato.

Es aquí donde se da pie a la casuística para interpretar esas situaciones que, amparadas en la ambigüedad de la ley, sí serían toleradas por no producir un desequilibrio contractual. Hay que

⁶⁹ Respecto al vencimiento anticipado por deterioro de la finca, y analizando la jurisprudencia sobre el tema, se podrá o no inscribir en el Registro. Son pactos admitidos los que resuelven el contrato por deterioro de la finca o negativa a la ampliación de la garantía (R. 12 de julio de 1996, *RJ* 5613), por disminución en un tanto por ciento del valor de la finca (R. de 14 de enero de 1991, *RJ* 588), o por impago de los gastos de conservación que supongan un quebranto del bien hipotecado (R. 16 de julio de 1996, *RJ* 5614). No son inscribibles los vencimiento anticipados por impago de cualquier gasto de conservación de la finca (R. 16 de julio de 1996, *RJ* 5614) o por disminución de valor en general (R. 8 de noviembre de 1993, *RJ* 9114) o a criterio de un perito vinculado al prestamista (R. 26 octubre de 1987). Sobre estos y otros pactos v. SÁNCHEZ DE FRUTOS, R.G.: "Pactos en la hipoteca", en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad de España*, 1997, núm. 26 (mayo), págs. 1.281 y ss. y CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.Mª: "Calificación Registral de los préstamos hipotecarios", en *RCDI*, 1988, núm. 589 (noviembre-diciembre), págs. 1.810 y ss.

⁷⁰ Cfr. BOLÁS ALONSO, J.: "De nuevo sobre las cláusulas abusivas en las escrituras de crédito y préstamo con garantía hipotecaria", en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, dir. y coord. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, vol. 2º, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 1.772 y 1.773.

⁷¹ Cfr. VILLALBA LAVA, M.: "Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, leasing y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil", en *La Ley*, 5 de febrero 1993, pág. 905; NIETO CAROL, U.: "Contratación bancaria y condiciones generales", en *Contratos bancarios y parabancarios*, Madrid, 1998, pág. 199 y FERRANDO VILLALBA, Mª L.: *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Comares, Granada, 2002, pág. 67.

estar por la aplicación del principio de buena fe y la interdicción de la arbitrariedad para determinar en qué supuestos será o no válida la cláusula.

La Orden de 5 de mayo de 1994, apegada a la práctica bancaria y preocupada por la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, parte de la utilización de estas cláusula de resolución anticipada por la entidad de crédito y lo que les exige es que se pacten expresamente las que no estén previstas en las leyes, e incorporen la penalización por resolución anticipada del contrato (norma 6ª bis del Anexo II). Pero si, además, queremos que este incumplimiento permita reclamar la totalidad del importe siguiendo el procedimiento de ejecución hipotecaria será necesaria la transcripción registral de la cláusula de vencimiento (art. 12 apart. 2 LH).

Para declarar abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo y de la hipoteca, aunque no haya existido negociación previa, deben basarse en el incumplimiento contractual o en motivos graves, entendiendo motivos graves aquellos supuestos que rompen el equilibrio de las prestaciones entre las partes o que están ligados a deberes accesorios. Nuevamente nos debemos referir a BOLÁS ALFONSO⁷² para interpretar el alcance de estas palabras.

El incumplimiento de la obligación principal de pago de capital e intereses podrá dar lugar al vencimiento anticipado, siempre que no suponga una medida desproporcionada o abusiva por el rigor de los plazos, excesivamente breves⁷³, o por la cuantía del importe insatisfecho⁷⁴, igualmente, aquellas otras obligaciones relacionadas con la principal y con la naturaleza de la hipoteca.

Para este caso, se podrían tener en cuenta los criterios que en otras ocasiones la Dirección General ha tenido en cuenta para su determinación y trascendencia real. Respecto al vencimiento anticipado por motivos graves se podrían entender los supuestos de alteración sobrevenida del valor de la cosa o pérdida de solvencia por el cese o despido del prestatario. En cualquier caso, es necesario que estos pactos estén relacionados con la causa del préstamo o de la hipoteca y no impliquen ampliar injustificadamente las facultades del acreedor, como la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas en la escritura, por incumplimiento de la obligación de no enajenar, gravar o arrendar, o por incumplimiento de la obligación de subrogarse el adquirente en la deuda personal.

La cláusula de vencimiento anticipado puede, obviamente, considerarse abusiva, a tenor de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y de la legislación sobre Defensa y Protección de los Consumidores, si no es conocida por el prestatario o se imponen en ella condiciones sumamente gravosas, que exceden de la facultad resolutoria por incumplimiento contractual. Cuando se infiere que tal cláusula es conocida y aceptada expresamente debe

⁷² “De nuevo sobre...”, ob.cit., págs. 1.774 y ss.

⁷³ V. SAP de Asturias de 25 de octubre de 2004 (*JUR* 291611) sobre la nulidad de una cláusula que recoge el vencimiento anticipado tras un muy breve periodo de tiempo desde el impago.

⁷⁴ Siguiendo esta tendencia de la proporcionalidad del incumplimiento con los efectos derivados del mismo, la LEC en su art. 693.3 permite al deudor hipotecante, con el conocimiento del acreedor o sin él, si se tratase de la vivienda familiar, evitar la subasta pagando o consignando el importe de la cuota impagada, más los intereses convencionales y de demora devengados. Esta liberación del bien se podrá producir en varias ocasiones siempre que medie un plazo de 5 años entre la fecha de la liberación y del requerimiento de pago.

conceptuarse como una cláusula válida y eficaz *inter partes* en virtud del principio de autonomía de la voluntad (1.255 del Código civil), aunque puede considerarse nula, cuando las condiciones impuestas por el predisponente sean verdaderamente abusivas.

Se considerarán suficientemente protegidos a los consumidores cuando la validez y la eficacia del contrato de préstamo no queda al arbitrio de uno de los contratantes y exista justa causa que lo justifique, es decir, cuando estemos ante una verdadera dejación de las obligaciones contraídas⁷⁵. El impago del alguna de las cuotas de amortización puede dar origen a un lícito vencimiento anticipado, ya que la facultad de proceder a la resolución no queda al arbitrio de la entidad bancaria, sino que se sujeta a la concurrencia de circunstancias perfectamente objetivas, obedeciendo además a una causa justificada, el incumplimiento de la obligación principal de pago y de que por ello pueda hacer ilusorio el reintegro del préstamo, aunque habría que esperar un tiempo prudencial para comprobar que no es un mero retraso sino una auténtica dejación de sus obligaciones.

Cuando se analiza la cláusula de vencimiento de un negocio jurídico de préstamo hipotecario se han de tener en cuenta todos los parámetros señalados: la eficacia real, la naturaleza obligacional y el contenido mismo del contrato. Puede reservarse el banco, junto a la facultad de resolver, el derecho a exigir una indemnización del capital que se le adeude y aún, expresando la penalización (Orden del 1994), resultar abusiva atendiendo a las circunstancias y a la cantidad fijada en concepto de indemnización.

Hay que tener presente que el mayor número de pactos de vencimiento anticipado vienen referidos a la garantía (por la no constitución de la hipoteca, disminución de valor de la finca, por impago de determinados impuestos recayentes sobre el bien, no concertar el seguro de daños, no enajenar la finca, etc) y a la obligación que ella asegura (impago de las cuotas de amortización del capital y de los intereses, aplicación del dinero prestado a un fin establecido, no subrogación en la deuda), condicionando la interpretación del equilibrio de las prestaciones en el contrato de préstamo, puesto que, si no fuese hipotecario, el impago de concretas contribuciones o arbitrios serían causas ajenas al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato y por ello calificables de abusivas, aunque dicha cláusula en concreto resulte inscribible en el Registro cuando los impuestos se refieren al inmueble hipotecado y se especifica la naturaleza y el máximo de responsabilidad (RR. 23 de octubre de 1987 –RJ 7660–, 16 de marzo y 26 de diciembre de 1990 –RJ 2301 y 10497 respectivamente–, 14 de enero de 1991 –RJ 588–, 24 abril de 1992 –RJ 3374– y 22 de julio de 1996 –RJ 5617–).

No es debido a que se trate de una figura unitaria la del crédito hipotecario, como mantienen algunos, sino porque la flexibilidad de la configuración de una obligación debe ceder ante las exigencias de orden público.

En la configuración de los derechos de obligación predomina el principio de autonomía de la voluntad y son excepcionales los límites que impone el orden público, mientras que, por el contrario, en la configuración de los derechos reales predominan los criterios de orden público sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad. La eficacia *erga omnes* afecta al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes, por ello que sean objeto de un

⁷⁵ Al respecto v. las sentencias de la Audiencias Provinciales de Asturias, 21 de noviembre de 2002 (Aranz.Civ. 539); de Pontevedra, de 31 de mayo de 2000 (Aranz.Civ. 1266) y de Salamanca, 21 de enero de 1997 (Aranz.Civ. 377).

especial miramiento sin que quepa analizar por separado las cláusulas del préstamo y las de la hipoteca⁷⁶, aunque sí sea posible que una cláusula no se inscriba en el Registro por su contenido obligacional y que ésta, no obstante, resulte abusiva por el desequilibrio contractual que provoca. Así, el vencimiento del crédito por impago de los gastos derivados de la constitución de la hipoteca no son inscribibles, ya que no afectan ni al cumplimiento de la obligación ni a la garantía, pero se puede considerar nulo, ya que, si bien las partes pueden pactar lo que crean oportuno (art. 1.255 Cc), el juego de la autonomía de la voluntad queda limitado por la falta de negociación previa, resultando abusivo todo aquello ajeno al cumplimiento de las obligaciones del contrato y a las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

En el crédito hipotecario hay un doble plano, personal y real, que hay que saber identificar, aunque no mantener distanciados, lo cual resultaría imposible debido a la confluencia entre ambas estructuras. Claro ejemplo de ello son los pactos de vencimiento anticipado, que no forman parte del contenido de la hipoteca pero sí de la obligación garantizada, ésta es su vía de conexión con la garantía, anticipando la realización de valor⁷⁷.

Es indudable, por tanto, que no puede hacerse depender el vencimiento anticipado del préstamo de comportamientos del deudor distintos del incumplimiento de la obligación específicamente garantizada. Tampoco cabe que las causas de resolución se dejen a la arbitrariedad del prestamista rompiendo el justo equilibrio contractual. El Registrador, teniendo en cuenta el aspecto real, no desconoce el obligacional. En la mayoría de las ocasiones, la calificación que descarta la inscripción de una estipulación que se dice excluida por carecer de eficacia o de trascendencia real lo hace atendiendo al carácter obligacional, pero enmascarado en un problema de validez o de eficacia apreciado por el Registrador o por el Centro directivo, sin prejuzgar el valor obligacional para no invadir la esfera de competencia judicial. De modo que se acepta o no la inscripción de ciertos pactos según se estimen válidos y eficaces o no, aún cuando no se precise más⁷⁸.

Hemos intentado, desde el principio, no limitarnos a reproducir una lista de cláusulas admitidas, rechazadas o dudosas por la doctrina, ya fuese por vulnerar el principio de especialidad o el equilibrio contractual, debido a que todo esfuerzo sería insuficiente para ofrecer una lista completa. Más bien, nos hemos ceñido a los criterios de aceptación o repulsa de los vencimientos anticipados en las escrituras de préstamo hipotecario ilustrándolo con algunos ejemplos. Será la praxis la que se ocupe de ir dando respuesta puntual a los diversos supuestos, según vayan redactándose nuevas condiciones generales de vencimiento. Lo que sí resulta

⁷⁶ GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, C.: “Pactos hipotecarios” en *Libro homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pág. 432.

⁷⁷ Díez PICAZO dice que el intento de mantener diferenciados los efectos jurídico-reales y los efectos jurídico-obligacionales de los negocios jurídicos hipotecarios, se asemeja a “la cuadratura del círculo” por la dificultad de deslindar los derechos reales de los de crédito y la agravación de esa dificultad en el supuesto del derecho real de garantía (“La hipoteca y los intereses de la obligación garantizada”, la Ley, 1992-4, págs. 944 y ss.).

⁷⁸ V. MONTÉS, V. L.: “Crédito y garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J. M. Rey Portolés”, *Libro-Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 709 y ss.

necesario, llegado este momento, es ofrecer una conclusión sobre los dos sistemas utilizados para analizar las cláusulas de vencimiento anticipado.

Como se dijo, la visión hipotecarista y de protección del consumidor, que se ha ofrecido en sus respectivos lugares acerca del tema, son dos vías de estudio en ningún momento opuestas. La resolución anticipada del crédito hipotecario puede conculcar el principio de especialidad registral por hacer referencias genéricas o ajenas a la obligación específicamente garantizada; o bien, puede vulnerar el equilibrio de la relación contractual que garantiza la hipoteca al hacerlas depender de cuestiones nimias. Es una labor de control compartida entre el Registrador al calificar y el Juez al anular una cláusula, aunque como se ha comprobado los resultados, en uno y otro sentido, son similares dejando a salvo las diferencias entre los efectos de la decisión registral y la decisión judicial. El Registrador comprobará la trascendencia real del pacto de resolución anticipada y la validez del pacto para inscribirlo, y el Juez, atendiendo a la redacción que aporta la ley de consumidores, examinará el juego de las prestaciones y comprobará si son compromisos extraños a la causa del préstamo y de la hipoteca.

Por tanto, son dos vías de control de estas prácticas tan frecuentes, que otorga una eficacia diferente según el camino seguido. Que el Registrador no inscriba impedirá la ejecución hipotecaria por la causa de vencimiento rechazada, no obstante, sí podrá dar lugar a la ejecución ordinaria del crédito. Si, por el contrario, se determina por vía judicial la nulidad del pacto de vencimiento anticipado, quedará excluida del contrato y, por ende, la resolución del mismo por dicha causa.

B. Medidas de control judicial

Para la hipoteca constituida entre profesionales y consumidores o entre empresarios, siempre que el deudor-empresario la utilice para atender a sus necesidades particulares, la existencia de una cláusula abusiva permitirá instar una acción judicial de nulidad y, si dicha cláusula merece también el calificativo de condición general, además podrá ser objeto de las acciones de cesación y retracción (arts. 53 TRLGDCU y art. 12 LCGC) por parte de las entidades legitimadas activamente para ello⁷⁹.

Anteriormente ya se ha advertido que la cláusula utilizada en una pluralidad de contratos no tiene porqué ser abusiva. Por ello la Ley de 13 de abril de 1998 prevé otras causas de nulidad⁸⁰ y otras acciones distintas a la nulidad⁸¹. El particular puede instar la acción individual

⁷⁹ Sobre el tema CARRANCHO HERRERO, M^a T.: “La protección de los consumidores a través de sus asociaciones”, *AC*, 2003, núm. 9 (semana del 24 de febrero al 2 de marzo), XVI; y FONTANILLA PARRA, J.A.: “Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para litigar en interés de sus asociados y derecho de asistencia jurídica gratuita”, en *La Ley*, 17 de marzo de 2003, núm. 5.740. Una mayor atención muestra el legislador actual por las asociaciones de consumidores, como lo demuestran el desarrollo de la regulación del derecho de representación, consulta, participación y publicidad, así como el régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios a lo largo de dieciocho artículos del TRLGDCU (arts. 22 a 39), frente a los tres preceptos que recogía la ley de consumidores derogada.

⁸⁰ Se consideran nulas, además de aquellas en las que concurran los requisitos del art. 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, las condiciones generales que en perjuicio del adherente contraríen una norma imperativa o prohibitiva, incluidas las disposiciones de carácter imperativo contenidas en el capítulo I de la LCGC: aquéllas que pretendan regular de forma distinta a la prevista en la Ley las reglas de incorporación o de interpretación, las que modifiquen el ámbito territorial de aplicación o las que excluyan su vigencia a pesar de estar incluidas en su ámbito subjetivo u objetivo. La última reforma de esta Ley precisa y amplía esta protección. Desde el 29 de diciembre de

de no incorporación de una cláusula al contrato por no haber tenido la oportunidad de conocerlas o resulten ilegibles, ambiguas u oscuras. No obstante, si el contrato de préstamo hipotecario se ajusta a la Orden de 5 de mayo de 1994 y el adherente acepta expresamente, por escrito, las condiciones, no será necesario que las condiciones generales se incorporen materialmente al contrato.

Las acciones colectivas, a diferencia de las acciones individuales de nulidad de las cláusulas de los contratos o de no incorporación, son interpuestas por instituciones, asociaciones u organizaciones legitimadas en el art. 54 TRLCGC o 16 de LCGC. Este medio de defensa colectivo, acogido por la Ley de 1998 y desarrollado por los arts. 53 y siguientes del TRLGDCU al amparo de la legitimación establecida en art. 23 de este último texto legal, facilita la declaración de nulidad de una serie de cláusulas incorporadas o susceptibles de incorporarse a una pluralidad de contratos, sin la necesidad de pleitear individualmente impugnando uno a uno cada uno de los contratos en los que se contengan condiciones generales que se reputen nulas. Los efectos de una sentencia estimatoria de una acción colectiva determinan la cesación en la utilización o la retracción en la recomendación de las condiciones generales contrarias a la Ley y la de abstenerse de utilizarla en lo sucesivo, además de la devolución de las cantidades cobradas en su caso⁸².

Son objeto de inscripción en el Registro de Condiciones Generales las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias dictadas en el ejercicio de las acciones individuales de no incorporación y nulidad y de las acciones colectivas, así como el texto de la cláusula afectada. En estos supuestos la inscripción es obligatoria y se produce por mandamiento judicial.

El art. 17 apart. 2 del RRCG establecía que las sentencias firmes dimanantes del ejercicio de una acción colectiva, una vez inscritas, vincularían a los Jueces y Tribunales en ulteriores procesos siempre que en el proceso fuese parte el mismo predisponente y, aunque no lo dijese la norma, se tratase de la misma condición general de la contratación. Este precepto ha sido anulado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 19 de febrero de 2002 (*RJ* 3330), por ir más allá de lo que prescribe el art. 20 apart. 1 LCGC, artículo éste que fue derogado por la LEC (Disposición derogatoria única, apartado 2, núm. 15º de la Ley 1/2000, de 7 de enero).

2006 (BOE 30 de diciembre de 2006, núm. 312), el ámbito territorial de protección al consumidor abarca a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, sin que los criterios acumulativos de residencia y celebración del contrato que recogía el art. 3 de la LCGC restrinja dicha protección. Con la misma finalidad se modifica el art. 6.2 LCGC estableciendo una interpretación a favor del adherente de aquellas condiciones generales oscuras incorporadas en los contratos con consumidores, siempre que sean el resultado del ejercicio de acciones individuales. Para las acciones de cesación interpuestas por las personas u organizaciones representativas del interés colectivo se prefiere una interpretación objetiva al valorar en abstracto el carácter abusivo de una cláusula de posible inclusión en varios contratos.

⁸¹ La Ley de Condiciones Generales de la Contratación diferencia entre acción de nulidad y acción de no incorporación al contrato.

⁸² Las acciones colectivas pueden ir encaminadas a eliminar de sus contratos las condiciones que se consideran nulas (acción de cesación); a retraerse y abstenerse de aconsejar la utilización de cláusulas de condiciones generales que hayan sido declaradas nulas (acción de retracción), o simplemente el reconocimiento de una cláusula como condición general (acción declarativa).

La sentencia 2002/3330 anulaba la norma reglamentaria por contradecir la Ley de condiciones generales, norma de rango superior, en el sentido en que la Ley solamente regulaba los efectos de las sentencias estimatorias (art. 20 apart. 1) y el Reglamento abarcaba a todas las sentencias firmes, estimatorias y desestimatorias, cuando precisamente son las sentencias estimatorias las que tiene sentido inscribirlas en el Registro, ya que son las que alteran, modifican y, en general, afectan a la condiciones generales de la contratación. De esta forma, el art. 17 apart. 2 RRCG establecería una vinculación para los Jueces y Tribunales de las sentencias firmes estimatorias e inscritas en el Registro de Condiciones Generales. Puesto que el art. 20 de la LCGC, al que hace referencia el Reglamento, ha sido derogado por la LEC, entendemos, como así también lo hace TOBAJAS GÁLVEZ⁸³, que el efecto de tal vinculación a los órganos judiciales no deviene del hecho de que la sentencia se ha inscrito en el Registro, sino de los propios efectos procesales de la misma. La misión que cumple el Registro respecto a este punto es informativa, con la salvedad de lo dispuesto en el art. 17.3 RRCG, que repite el art. 84 del RDL que aprueba el texto refundido de la LGDCU, esto es, “los Notarios y Registradores de la Propiedad no podrán autorizar ni inscribir aquellos negocios jurídicos que contengan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencias inscritas en el Registro preceptivo”.

El art. 17 apart. 2 RRCG tenía sentido, y a efectos interpretativos así se puede mantener, para servir de complemento en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, ya que los efectos de cosa juzgada se despliegan ante procesos posteriores cuando existe identidad de pretensiones, hechos y partes (art. 222 LEC), utilizándose la sentencia como condicionante o presupuesto si faltaba dicha identidad.

Por ello, pese a haber sido declarado nulo de pleno derecho una parte del art. 17 RRCG se puede seguir utilizando para interpretar los efectos de las sentencias sobre condiciones generales de la contratación, sobre todo porque la nulidad del artículo procedía de la falta de concreción y especificación de las sentencias estimatorias, incluyendo también a las desestimatorias.

La Ley de Condiciones Generales y la nueva Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios facilita los medios de defensa para contrarrestar el desequilibrio de las partes. Para obtener la protección de este colectivo se utilizan unos criterios generales, centrados en la buena fe y el adecuado equilibrio entre los derechos y obligaciones que del contrato de préstamo hipotecario se derivan, y una lista de cláusulas consideradas como abusivas, extraídas en líneas generales de la Directiva de 1993 y añadiendo otras por su claro carácter abusivo. Por la amplitud de los conceptos y en cuanto que la lista no es cerrada y exhaustiva, los Tribunales de Justicia tienen que intervenir para declarar la nulidad o no de las condiciones generales incorporadas al contrato.

El criterio judicial queda aún más justificado si atendemos a los grandes esfuerzos interpretativos para determinar la condición abusiva de una cláusula y a la variada casuística en particular. La redacción de las cláusulas tratan de salvaguardar la legalidad, por lo que no es normal que nos encontremos con cláusulas claramente ilegales, incluso frecuentemente se utilizan ciertas muletillas, como la mención “sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes”, que pretenden buscar en todo momento una interpretación acorde con la realidad legal aunque sólo sea en apariencia.

⁸³ “El Registro de Condiciones Generales de la Contratación”, en *AC*, 2002, núm. 31 (semana del 29 de julio a 4 de agosto), págs. 1.028 y 1.029.

Se le concede al Juez una intervención decisiva, ya que es el único competente para declarar la nulidad de una cláusula contando, a la vez, con facultades integradoras del contrato. Son los Jueces y Tribunales los competentes para juzgar acerca de situaciones de hecho. Tanto el art. 10 LCGC como el art. 83 del TRLGDCU se ajustan al principio de conservación del negocio jurídico o nulidad parcial, si, declarada la nulidad o la no incorporación al contrato de algunas cláusulas de las condiciones generales, el contrato puede subsistir sin ellas. A estos efectos, el Juez, como árbitro imparcial, debe llenar ese vacío que ha provocado la expulsión del pacto del clausulado del contrato.

En este estudio destacamos la siguiente cláusula por los pronunciamientos legales y jurisprudenciales existentes sobre la materia que permiten repasar distintos extremos algo confusos.

a) Cláusulas penales excesivas. Referencia a los intereses.

Los efectos de la consideración de abusiva de una cláusula pueden consistir en la supresión de la misma, manteniendo el resto del contrato o, en su caso, el mantenimiento de la estipulación pero moderándola el Juez hasta el punto en que sea permisible. Excepcionalmente se prevé la ineficacia de todo el contrato (último párrafo de art. 83 TRLGDCU).

La sentencia de la AP de Sevilla, de 18 de octubre de 2001 (*JUR* 2002\76490), planteaba un supuesto de moderación de una comisión por excesiva, concretamente la penalización por cancelación anticipada de un préstamo hipotecario. Tal cláusula resultaba abusiva por desmedida teniendo en cuenta los porcentajes utilizados para otros casos por la Ley de Crédito al Consumo o la Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. Criterios que aún se pueden tener en cuenta para los préstamos concertados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007 o con posterioridad a la fecha cuando el prestatario sea persona jurídica (art. 7 de la LMRMH)⁸⁴.

Consideración de sanción tiene la penalización o compensación por desistimiento como los intereses moratorios pactados en un préstamo, aunque tanto uno como otro están previstos para casos distintos. La primera es debida al pago del capital antes del plazo previsto. El interés de demora es un interés adicional que se cobra sobre las cuotas impagadas, siendo superior al ordinario debido a su carácter indemnizatorio.

Este tipo de interés se ha comparado con las cláusulas penales, al menos desde la perspectiva teleológica, ya que persuaden del incumplimiento y sancionan su eventualidad. Tanto comparten esta finalidad garante y punitiva, que son vistos desfavorablemente por la jurisprudencia cuando se exigen simultáneamente los intereses moratorios y la pena⁸⁵.

⁸⁴ En el Anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia de 30 de octubre de 2006 se marcaba como porcentaje un máximo del 0,5 % del capital pendiente de amortizar.

⁸⁵ SAP de Vizcaya de 14 de mayo de 1997 (*Aranz.Civ.* 1150). La SAP de León de 15 de abril de 1998 (*Aranz.Civ.* 748) considera abusiva la aplicación de un alto interés de demora (de un 29%) y la acumulación de sanciones: exigibilidad del capital anticipadamente, con la correspondiente sanción de pérdida del plazo, y la falta de causa para cobrar un interés de demora sobre el capital no vencido cuando se produce el vencimiento anticipado.

La nueva Ley que modifica la regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero de 7 de diciembre de 2007 limita el porcentaje correspondiente a las compensaciones por desistimiento, sin perjuicio de la aplicación de una cantidad inferior si así se hubiese pactado⁸⁶.

En las deudas de dinero no cabe distinguir entre los daños y perjuicios de una parte y los intereses moratorios por otra, pues éstos equivalen a la indemnización. Por lo que, para apreciar el carácter equilibrado de las cláusulas de interés moratorio, hay que comparar la estipulación en concepto de daños y perjuicios y los daños y perjuicios previsibles o efectivamente producidos como consecuencia directa del incumplimiento. De esta manera la asunción por el consumidor de daños previstos por encima del riesgo ordinario del profesional supone incurrir en abusividad⁸⁷.

Al hilo de los intereses, éstos pueden ser modificados unilateralmente siempre que se encuentren adaptados a índices legales, es decir, que no puedan ser manipulados por la entidad, y el acreedor ajuste su actuación al modo de variación del tipo (apart. 2 del párrafo 3 del art. 85 del RDL 1/2007). Pero, ¿cabría considerar abusivos los intereses compensatorios o retributivos? La duda se plantea en cuanto que si son considerados como parte del precio, del objeto del contrato, quedan excluidos del control judicial.

La Directiva comunitaria de 1993 suprimió de los criterios que podían determinar el carácter abusivo, el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución (o bienes o servicios en contraprestación), a no ser que, en las cláusulas en que se definieran faltasen a los requisitos de claridad y comprensión. Es decir, sería una cláusula abusiva la ocultación del interés real mediante la utilización de métodos financieros de cálculo de los que resulte un coste efectivo superior al nominal pactado en el contrato. Así resultaría si al fijar el interés del préstamo se utiliza un tipo mensual sin informar al cliente de su equivalente al interés anual⁸⁸.

Con esta exclusión se pretendía evitar un pronunciamiento sobre el contenido económico de las prestaciones de las partes, pues podría entrar en colisión con el sistema de economía de mercado.

Por consiguiente, cabe entender que estos elementos esenciales del contrato se excluyen de la protección judicial que se dispensa, para respetar la libre autonomía de las partes y las reglas del mercado. Pese a ello, durante la tramitación en el Congreso de la LCGC este criterio comunitario no traspasó a la normativa estatal. Se entendió, en aquel momento, que con esta supresión se protegía aún más al consumidor ante precios abusivos.

En el momento en que se toma en consideración una actividad desempeñada habitualmente por un profesional, se dibuja en la relación jurídica un sujeto más débil al que se ha de proteger, pero no pueden olvidarse los principios sobre los que se asienta nuestro sistema

⁸⁶ Art. 8: 0,5% del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización se produzca dentro de los cinco primeros años de la vida del crédito o 0,25% si el plazo es superior.

⁸⁷ Cfr. BALLUGERA GÓMEZ, C.: "Cláusulas...", ob.cit., págs. 1.854 y 1.855.

⁸⁸ Esta situación se produjo respecto a los intereses moratorios en la STS de 13 de mayo de 1991 (RJ 3662), fijados en un 2% mensual ocultando su equivalencia a un 26,824% anual, conocimiento sólo al alcance de personas expertas.

contractual. El juego de la autonomía de las partes no puede entorpecerse injustificadamente por el intervencionalismo legal, por ello las normas protectoras de los consumidores en materia de condiciones generales no son aplicables a los elementos esenciales del contrato⁸⁹. Atendiendo al silencio que sobre este extremo guarda nuestra legislación, por el efecto directo que se le reconocen a las Directivas y su utilización como pauta hermenéutica en la aplicación de la ley por los jueces, se puede afirmar que nunca el carácter abusivo puede derivar de la materia objeto del contrato ni de su adecuación con el precio pactado⁹⁰.

Es importante determinar la naturaleza de los intereses pactados en el contrato de préstamo, porque, dependiendo de cual se le atribuya, podrán o no estar sometido a control judicial. Claramente el interés de demora no es un elemento esencial del contrato, es un accesorio al cumplir una función indemnizatoria, por lo que entraría dentro del control de las leyes de 1998 y 2007.

En cuanto a los intereses retributivos, CABELLO DE LOS COBOS⁹¹ considera que este tipo de interés es una circunstancia accidental del contrato, resultando entonces objeto de control del contenido de la cláusula. En contra, BAÑEGIL⁹² y GARCÍA GARCÍA⁹³ establecen que el interés es el precio del crédito, la contraprestación o retribución, es decir, se trata de un elemento esencial no pudiendo ampararse en la ley de consumidores. En realidad, para la obtención de una protección efectiva la cuestión debatida resulta estéril como se comprobará a continuación.

El préstamo civil es un préstamo gratuito salvo pacto en contrario (art. 1.755 Cc)⁹⁴ y en el mismo sentido el préstamo mercantil (art. 314 Ccom), por consiguiente, no se podrá considerar como elemento natural ni esencial un elemento que puede o no aparecer dependiendo de la voluntad de los sujetos. Al no formar parte del precio, y conforme a la Directiva, los intereses quedarían sujetos a los criterios de abusividad previstos en la legislación especial sobre consumidores, esto es, a la proporcionalidad, equilibrio y buena fe.

Sin embargo la jurisprudencia, buscando una visión más acorde con la realidad del tiempo en que vivimos, considera a los préstamos bancarios como préstamos mercantiles al amparo del art. 2 Ccom., y ello aunque el préstamo se haga a favor de personas ajenas al comercio que no empleen el dinero recibido en operaciones mercantiles (art. 311 Ccom). El préstamo bancario tendrá carácter mercantil cualquiera que sea el destino del dinero, ya que las

⁸⁹ Así lo estima la sentencia de 11 de septiembre de 2001 de la Audiencia Provincial de Madrid.

⁹⁰ V. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. "La ley 7/1998...", ob.cit., pág. 1.608.

⁹¹ *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998. En este sentido también BALLUGERA GÓMEZ, ob.cit., págs. 1.814 y 1.815.

⁹² "Cláusulas abusivas...", ob.cit., pág. 719.

⁹³ "El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable en las hipotecas", en *RCDI*, 1984, núm. 560 (enero-febrero), pág. 51.

⁹⁴ Ese pacto debe ser claro e inequívoco, expreso o tácito. Sobre este particular v. JORDANO FRAGA, F.: "El pago, por el prestatario, de intereses no pactados (art. 1.756 Cc)", en *ADC*, 2002, t. LV, fasc. IV (octubre-diciembre), págs. 1.544 y ss.

operaciones bancarias están incluidos en el Código de Comercio considerándose como actos de comercio (art. 177 de este texto legal)⁹⁵.

La doctrina mercantilista corrige los criterios a favor de la onerosidad del préstamo mercantil y, por ende, del bancario. SÁNCHEZ CALERO advierte que si en el campo civil la existencia de un préstamo gratuito es un supuesto relativamente poco frecuente, lo es menos aún en el mercantil. No se concibe una operación bancaria de carácter gratuito, por lo que debería partirse de la presunción contraria y junto a la obligación de restituir el *tantundem* siempre exista, en los préstamos bancarios, el pago de los intereses⁹⁶.

Si los intereses aparecen unidos a la naturaleza mercantil del préstamo no podrían revisarse ni moderarse por desproporcionados, ya que formarían parte del precio, pero no por ello quedarían fuera de control, pues la Ley de Represión de la Usura o Ley Azcárate de 23 de julio de 1908 sigue estando vigente gracias a su carácter eminentemente social⁹⁷.

La Ley de 1908 utiliza varios criterios para determinar si el interés de un préstamo, sea civil o mercantil, es usurario: a) que el interés sea superior al normal dinero⁹⁸ y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, b) pactados en condiciones leoninas o lesivas y c) que supongan recibida una cantidad mayor a la efectivamente entregada.

No es lo mismo un interés usurario que un interés abusivo aunque ambas concluyen en la nulidad de la cláusula. Un interés usurario es un interés abusivo, pero no todo interés abusivo tiene que ser por ello usurario. El supuesto más típico de cláusula abusiva de crédito es la ocultación del interés real, pero también todo lo que conduce a un interés excesivo, supongan garantías o cláusulas penales excesivas o, en general, cualquier cláusula que pueda quedar subsumida en alguno de los supuestos que establece el art. 82 TRLGDCU.

⁹⁵ La afirmación no es pacífica en la jurisprudencia. La STS 9 de mayo de 1944 (*RJ* 665) y, más actualmente, la resolución de 1 de febrero de 1998 (*RJ* 506) y la sentencia de AP de Asturias de 18 de junio de 2001 (*Aranz.Civ.* 1229) utilizan el criterio subjetivo para determinar la mercantilidad del contrato de préstamo, identificando el acto mercantil por la intervención del comerciante o empresario, convirtiéndolo en un acto de empresa caracterizado por la profesionalidad de su autor y por la habitualidad de la misma actividad. En contra la SAP de Barcelona de 22 de septiembre de 1994 (*Aranz.Civ.* 1926).

⁹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. 2º, McGraw-Hill, Madrid, 2000, pág. 287. También sobre la onerosidad del préstamo CANO RICO, J. R.: *Manual práctico de contratación mercantil*, t. II, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 64. La necesidad de pactar los intereses es debida a cuestiones fundamentalmente históricas y a su ligazón con la usura. Pero esta gratuidad del préstamo en Roma ha sido alterada por la aparición de fuerzas naturales económicas determinantes de la vital necesidad de atribuir a un capital una utilidad y una periodicidad en los beneficios. La gratuidad esencial que en un principio adorna el contrato de préstamo, deviene con los siglos en una pura referencia, pero que aún conserva su núcleo originario en la legislación. No es de extrañar el alejamiento en el campo mercantil de las posturas tradicionales y el acercamiento a la naturaleza bilateral y consensual del préstamo con interés. Cfr. FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, C./ FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, C./ FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, J.: *El contrato de préstamo y crédito*, t. I, Dijusa, Madrid, 2000, págs. 285 a 288.

⁹⁷ La perpetuidad en el tiempo se ha obtenido debido a que la represión de la usura es un principio eterno de moral universal que trasciende a la esfera jurídica (STS de 7 de marzo de 1986, *RJ* 1166), a los criterios de valor y a un amplísimo criterio judicial para calificar un préstamo como usurario. Sobre el estudio de la Ley FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, C./ FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, C./ FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, J.: *El contrato...*, ob.cit., págs. 411 y ss.

⁹⁸ Se ha de comparar con el interés habitual existente al momento de perfeccionarse el contrato, y no con el interés legal del dinero (STS 2 de octubre de 2001, *RJ* 7141).

En definitiva, la nulidad o moderación de los intereses moratorios sólo se puede apreciar aplicando el TRLGDCU y la LCGC, puesto que, debido a su distinta naturaleza y a que no se puede plantear si exceden del valor del dinero, a los intereses de demora no les son aplicables la Ley de la Usura (STS de 2 de octubre de 2001, *RJ* 7141). En cuanto a los intereses compensatorios depende de cómo se les considere, como elemento esencial del contrato o no, e independientemente de cual sea la respuesta, cuentan siempre con un control para evitar su desproporción: de la Ley de Usura, si los excluimos de la Ley de consumidores por considerarlos parte del precio, o del RDL de 2007 si entran dentro de su ámbito de aplicación; si bien, la protección que otorga ésta última es más completa y, por tanto, sin tener en cuenta la cuantía, los intereses retributivos que carecen de las condiciones de claridad y sencillez también podrían estar sancionados en su articulado.

La determinación de los intereses retributivos o compensatorios se realiza teniendo en cuenta dos variantes: el tiempo y el riesgo. El plazo se establece en beneficio de ambas partes, pues el prestatario tiene más tiempo para devolver la suma recibida y el prestamista percibe un mayor rendimiento por ello. Lógicamente, conforme existe un mayor grado de riesgo en la operación el interés también será mayor. Lo normal es establecer un sistema por el que la parte de capital y de interés a pagar en cada vencimiento fuera proporcional al tiempo y al tipo pactado. Sin embargo se conocen otras prácticas, concretamente el sistema francés de amortización que analiza OROZCO PARDO⁹⁹.

Esta cláusula implica que los vencimientos que se derivan del crédito hipotecario se ordenan de manera que, durante los primeros años, el prestatario paga en cada vencimiento una cantidad muy superior de intereses que de capital, de suerte que pasados los primeros años queda una parte del capital sin amortizar, pese a los importantes desembolsos que se han realizado. Según este autor esta forma de pagar los intereses podría ser considerada abusiva, al menos recoge todos los presupuestos para que así sea considerada, a expensas de que esas fundamentaciones sean recogidas por una sentencia promovida por los consumidores o sus asociaciones.

Básicamente, si la cláusula no ha sido negociada, ni el consumidor informado de las consecuencias de su aplicación o siéndolo no ha podido sustituirla por otro sistema de cálculo, resulta que la entidad ha cobrado los intereses sobre vencimientos futuros del capital que aún no se han producido, y en una cantidad superior a los que en principio podrían corresponderle¹⁰⁰.

Ante la cancelación subrogatoria o no subrogatoria del préstamo hipotecario, el art. 9 y la Disposición Transitoria única de la Ley 41/2007 MRMH matizan el régimen de la penalización o, en la terminología actual, de la compensación por riesgo de tipo de interés.

C. Medidas de control extrajudicial.

La función de control de la legalidad que se reservan, en su respectivo ámbito, los Notarios y Registradores asegura el cumplimiento de la Ley de Condiciones Generales de la

⁹⁹ “Protección de consumidores...”, ob.cit., págs. 54 a 57.

¹⁰⁰ Ejemplo ilustrador es que se pueden pagar unos 1.204 euros más que de utilizarse un cálculo proporcional por un préstamo de 60.101 euros a 10 años.

Contratación, evitando autorizar o inscribir condiciones que son consideradas abusivas. En qué consiste esta función y sus limitaciones es el estudio que se emprende en el presente epígrafe.

La redacción unilateral del contrato de hipoteca pasa por una serie de filtros para impedir la condición abusiva del predisponente. Dejando al margen la esfera judicial o administrativa, actuaría como filtro, en primer lugar, la voluntad negocial de la contraparte, en segundo lugar, el asesoramiento notarial y, por último, la calificación del Registrador. Debido fundamentalmente a la desinformación del contratante, la tendencia es aceptar el contrato sin una comprensión detenida y exacta de sus cláusulas. Por ello, la protección de esos contratantes empieza a ser efectiva con la intervención del Notario, como mecanismo preventivo, pieza esencial en el asesoramiento de este tipo de escrituras formalizadas con garantía hipotecaria de gran complejidad técnica.

Al Notario le correspondería el control de los requisitos básicos para que el negocio llegue a nacer eficazmente, la identificación de los otorgantes, el juicio de capacidad, la comprobación de sus eventuales facultades representativas, el control del poder de disposición del hipotecante y de la situación de cargas de la finca, la coincidencia de su descripción con la que los otorgantes le atribuyen e indagar en la voluntad común de los contratantes. Como profesional que interviene en este primer momento, también le corresponde controlar la incorporación y contenido de las condiciones generales, para que éstas hayan sido conocidas con total seguridad por el adherente, y que cumplan los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

El Registrador, tomando como referente el principio de especialidad y el control de legalidad, lo aplica sobre el documento que llega a sus manos. El examen del documento se realiza a través de la calificación y la comprobación de las formalidades extrínsecas del documento y la validez de los actos de enajenación y gravamen. Los propios Registradores en el desempeño de su actividad, y aún sin ser un registro creado a tal efecto, protegen los intereses del consumidor, junto a los de cualquier tercero, manifestando la publicidad registral de forma clara y sencilla, informando al pie del título, asesorando sobre el procedimiento registral, protegiendo los datos que obran en su poder y permitiendo el acceso a la publicidad a través de cualquier Registrador.

Varias disposiciones (la Ley y el Reglamento Notarial y la Orden sobre transparencia de los préstamos hipotecarios) vienen a manifestar lo que recoge los art. 84 y 81.2 del TRLGDCU y es que, de un lado, “los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”. De otro lado, “los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia”¹⁰¹.

La ley determina la competencia de ambos, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, para excluir aquellas cláusulas declaradas nulas e inscritas en el Registro de

¹⁰¹ El nuevo texto refundido de la Ley de consumidores separa estos dos apartados que en el derogado texto se recogían bajo un mismo apartado, el 6 del art. 10, separando lo que se refiere al deber de información de Notarios y Registradores, del tratamiento de las cláusulas ya declaradas nulas por abusivas.

Condiciones Generales, y la exclusiva del Notario de hacer constar en el contrato el carácter de condición general de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en dicho Registro (art. 23 apart. 3 LCGC), además de advertir la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos (art. 23 apart. 2 LCGC)

De estas disposiciones se deduce que la Ley de Condiciones impone a estos profesionales velar por el cumplimiento de la ley, asegurar el conocimiento de las condiciones generales y un control en la incorporación así como en el contenido de las mismas. Resulta, además, que para desarrollar estas labores se establece una conexión con el Registro de Condiciones Generales¹⁰².

En cuanto al deber de informar que recogen los arts. 23 apart. 1 LCGC y 81 apart. 2, TRLGDCU, se encuentra implícito en la actividad general de asesoramiento propia del Notario y del Registrador. Esta obligación cobra una especial determinación en esta ley en la que uno de los sujetos intervinientes en la relación jurídica de hipoteca (profesional y adherente) es la parte más débil.

La legislación de consumo ha destacado esta carga que pesa sobre estos profesionales para proteger al consumidor. Más desconocida es esta faceta de asesoramiento en la persona del Registrador, que con la reforma de la Ley Hipotecaria para adecuarla a la Ley de Condiciones Generales y a la de Defensa de los Consumidores y Usuarios dio una nueva redacción a los arts. 222, 253 y 258 de la misma. El Registrador informa sobre el procedimiento registral, incluyendo los medios más adecuados para el logro del fin lícito propuesto por el interesado, sobre la forma de subsanación de los defectos y, claro está, sobre la aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales.

Así expuesto no deja lugar a dudas la importante intervención de estos profesionales en la protección del particular.

La ley hace depender la autorización o no del negocio de que la cláusula haya sido declarada nula por abusiva en sentencia inscrita en el Registro de las condiciones generales. No cabe duda de que la determinación del carácter abusivo de una cláusula depende de la autoridad judicial. Con independencia de que el carácter de abusiva pueda determinarse con claridad en algunas ocasiones, en la mayoría la dificultad para su apreciación no otorga más salida que la intervención judicial. Teniendo en cuenta que es la misma indeterminación del concepto de cláusula abusiva, basada en los conceptos de buena fe y desequilibrio importante o desproporcionado de las prestaciones, la que obliga a que en cada supuesto deba hacerse una valoración de la naturaleza de los bienes y servicios contratados, como demás circunstancias e intereses concurrentes.

Sin negar esta competencia judicial parece sorprendente que no se alcanzase a comprender, igualmente, las cláusulas también abusivas recogidas expresamente en los arts. 85 y siguientes de la Ley de consumidores; de tal manera que, el profesional del derecho pudiese atender tanto a la sentencia inscrita como a la relación legal de cláusulas abusivas. Es decir, existen determinadas cláusulas que directamente y sin necesidad de una valoración previa, resultan contrarias a una norma imperativa (art. 8 apart. 1 LCGC) o ya han sido catalogadas con

¹⁰² Sobre el tema RAMÓN CHORNET, J. C.: "Las condiciones generales de la contratación: el nuevo registro especial de condiciones generales de la contratación. Las condiciones generales de la contratación y el Registro de la Propiedad", en *RCDI*, 2000, núm. 661 (septiembre-octubre), págs. 2.651 y ss.

dicho carácter abusivo por el legislador (82 apart. 4LGDCU: “(...) en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive (...)).” Por ello y porque el art. 18 LH remite la calificación a los criterios de legalidad, GÓMEZ GÁLLIGO recoge como obligatoria la denegación tanto de aquellas cláusulas abusivas declaradas judicialmente como de las que lo son por declaración imperativa de la ley¹⁰³.

No obstante, el art. 18 LH se refiere a la inscripción de los títulos en general en el Registro de la Propiedad, cuando se especifica la actuación del Registrador respecto a las cláusulas abusivas, el art. 258 apart. 2 LH, precisamente redactado por la Disposición adicional 2ª de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, se remite al párrafo segundo del art. 10 bis de la Ley de consumidores de 1984, ahora art. 83 del texto refundido de la ley, y a las facultades judiciales para apreciar la nulidad y la integración del contrato, colmando la ausencia de la estipulación declarada abusiva. Aún cuando la calificación registral comprensiva de la legalidad de los actos dispositivos abarque igualmente al propio TRLGDCU, lo hace tanto para lo sustancial en la determinación del contenido de cláusula abusiva como para los tecnicismos que permiten su apreciación. La ley define lo que ha de entenderse por cláusula abusiva y, asimismo, la competencia judicial para valorar la abusividad y atribuir su efecto, la nulidad.

Limitando de esta forma la actuación registral ante las condiciones abusivas se deshecha una eficaz opción de control del desequilibrio contractual, que sólo cabe entender porque dejar de inscribir en el Registro de la Propiedad una estipulación contractual por considerarla abusiva exige una reestructuración del contrato, y es el Juez quién además de declarar la nulidad de una cláusula, también integra el contrato y dispone de facultades moderadoras, sin que el Registrador de la Propiedad puede atender a esas competencias. En el momento en que se necesita integrar el contenido del contrato, el Registrador no puede denegar de oficio la inscripción sin que haya sido declarada la nulidad judicialmente. Si la ausencia de la estipulación no produjese menoscabo alguno en el conjunto del contrato, sí podría excluir de la inscripción las cláusulas especificadas en la ley.

En este orden de cosas, el Notario, en cuanto que interviene más o menos intensamente en esta primera fase de redacción, sí estaría en mejor disposición para evitar la inserción de cláusulas abusivas especificadas en la ley, sin que supusiese un quebranto del contenido del contrato, puesto que en ese momento puede ser reintegrado por las partes presentes en el acto junto con él mismo. Conforme a lo expresado, el Notario no tendría que esperar a que la condición abusiva hubiese sido objeto de una decisión judicial e inscripción registral para no autorizar una escritura de préstamo hipotecario. Puede advertir cualquiera otras cláusulas declaradas nulas *ex art. 8 apart. 1 LCGC*, 85 y ss. del TRLGDCU, alcanzando un mayor sentido su faceta asesora en los contratos de adhesión.

Respecto al Registrador, la cuestión está en determinar si cuentan con medios suficientes para determinar el carácter abusivo de una cláusula. Aunque cada vez entran con más frecuencia a examinar el carácter obligacional del documento, sin limitarse estrictamente al contenido real del mismo, su labor de calificación alcanza sólo a la escritura pública objeto de inscripción; no puede acudir en la calificación a datos extrarregistrales; no puede desempeñar un papel activo en la investigación. Saber que un contrato incorpora condiciones generales se debe a que el Notario

¹⁰³ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: “La ley 7/1998...”, *ob.cit.*, pág. 1.612.

lo refleja en el documento, si no cómo saber que las cláusulas han sido predispuestas y además impuestas, pero en pocas ocasiones sabrá si el adherente es un consumidor. Lo cual no está exento de cierta lógica, al Derecho inmobiliaria registral le interesa la protección del tercero, con independencia de que quien aparece como titular de derechos en el Registro de la Propiedad sea consumidor o no, por lo que no cuenta con mecanismos para esa investigación puntual. Por consiguiente, el Registrador se encuentra bastante limitado en los medios para detectar si el adherente es el destinatario final y desconociendo el requisito subjetivo no podrá aplicar la norma.

El art. 8 de la LCGC determina la nulidad de una disposición contractual en dos casos¹⁰⁴. En el primero, se limita a recoger la nulidad de pleno derecho del art. 6 apart. 3 Cc afectando a la persona que se adhiera a unas condiciones impuestas unilateralmente. En el segundo caso, entra en el particular tema de las cláusulas abusivas, remitiéndose a la Ley y a su específico ámbito de los consumidores. Por tanto, cuando se consideran nulas las cláusulas abusivas definidas en el art. 82 se ha de interpretar bajo la ratio legis de la norma y la facultad integradora del Juez para mantener válido el resto del contrato. Así se entendería como no inscribible una disposición contractual recogida en la lista legal de cláusulas abusivas si, pese a ello, se mantiene la integridad del contrato. Para aplicar bajo estas premisas el TRLGDCU tiene que conocer el Registrador la condición de consumidor del adherente, por lo que será camino más frecuente la nulidad de una cláusula por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva, si así lo fuese, sin acogerse al especial ámbito de la Ley de consumidores.

Aún conociendo el destino del bien y fuera de los casos recogidos en la lista de cláusulas abusivas, el Registrador no puede apreciar la abusividad de un pacto, pese a que con esta afirmación se estén limitando considerablemente el control de las cláusulas abusivas. Las medidas que puede adoptar el Registrador son las de denegar la inscripción o dar un plazo para la subsanación del defecto, efectos que quedan lejos de la nulidad con que sanciona la ley las cláusulas abusivas. La no incorporación o la nulidad de la cláusula abusiva sólo puede ser apreciada por el Juez (art. 9 LCGC y 83 TRLGDCU).

El Registrador puede apreciar las bases conceptuales de una cláusula abusiva, buena fe y justo equilibrio, pero no es competente para determinar su nulidad ni valorar el ámbito objetivo y subjetivo de la norma.

De esta manera, para las cláusulas declaradas nulas en sentencia judicial debe denegar la inscripción, así como para las señaladas legalmente en el articulado (85 a 90) siempre que no requieran, en este último caso, la reinterpretación del contrato, ya que si el Registrador, apreciando la nulidad de una cláusula enumerada en la lista legal y para suplir su ausencia, le diera la opción a las partes de que pueden reintegrar el contrato es porque la ha considerado como un defecto subsanable, lo que sería contradictorio con los efectos de nulidad que establece la LGDCU cuando ésta es infringida. Entonces en la mayoría de las ocasiones, el Registrador deberá utilizar otros medios que no son los propios de la Ley de consumidores y usuarios, aunque su tarea se verá facilitada con la relación que la Ley incluye de cláusulas abusivas.

¹⁰⁴ V. también esta distinción por CABANAS TREJO, R./ BONARDELL LENZANO, R.: *El registro de condiciones generales de la contratación. (Una aproximación crítica a su Reglamento)*, Edersa, Madrid, 2001, págs. 131 y 132.

Los Notarios en la redacción de las escrituras velarán por la incorporación de las condiciones generales al contrato y su redacción se ajustará a las exigencias de transparencia, claridad, concreción y sencillez, sin incluir condiciones ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. No todas las condiciones generales deben aparecer en el contrato, basta con que el Notario se asegure de la referencia en el contrato de las condiciones generales y de que los adherentes tienen un conocimiento íntegro de su contenido.

Como bien sistematiza DÍAZ FRAILE¹⁰⁵, el control se diversifica en dos planos: por un lado, un control de inclusión y, por otro, un control de contenido. El primero pretende hacer posible el conocimiento real del contenido del contrato, recayendo la carga en el predisponente y en el Notario. El predisponente ha de facilitar el acceso al contenido del contrato y conseguir que este contenido resulte comprensible. El Notario ha de velar por el cumplimiento de esta obligación y constatar el conocimiento del adherente.

El control del contenido se consigue mediante el estudio notarial y la calificación registral de la escritura, denegando las cláusulas abusivas declaradas judicialmente. Como hemos dicho, en esta apreciación es donde cuenta con mayores restricciones el Registrador, pues si la nulidad parcial de la cláusula sancionada origina una laguna en la autorregulación contractual deberá ser suplida por los interesados o por el Juez mediante una interpretación integradora con arreglo al resto del clausulado del contrato. El Notario puede suplir junto con las partes ese vacío contractual. El Registrador deberá atender a la decisión judicial para no dejar sin efecto la totalidad del contrato.

Por consiguiente, esta es la justificación de que la prohibición de autorizar o inscribir cláusulas dependa de que exista sentencia que las considere abusivas e inscritas en el Registro de Condiciones facilitando la tarea de los que aplican el Derecho. Pese a ello, el Registrador puede utilizar otros recursos para denegar la inserción registral de una estipulación distintos a la consideración de cláusula abusiva, y que serían los principios de buena fe negocial y equilibrio de las prestaciones. Es cierto que estos son los contenidos básicos del concepto de cláusula abusiva y que de su conjugación y de la apreciación judicial se pragmatiza su indeterminación. Pero son, ante todo, dos normas de nuestro Derecho positivo que aislada o conjuntamente se pueden tener en cuenta para apreciar la legalidad del título que se presenta a inscripción.

Pensamos que queda suficientemente argumentado que el Registrador tenga que dar este rodeo para cerrar las puertas del Registro. Al fin y al cabo, el Registro no está pensado específicamente para los consumidores aunque, evidentemente, se vean beneficiados por los instrumentos legales al alcance del Registrador. Así, cuando considere contrario a derecho un pacto que no ha sido rebatido por la oportuna sentencia judicial, el Registrador puede, a través de los principios de especialidad, legalidad e incluso, como señalan algunos, causalidad¹⁰⁶, establecer un control sobre el contrato de adhesión protegiendo al consumidor inmobiliario.

El principio de especialidad impide la imprecisión de las cláusulas de trascendencia real y el control de legalidad impide la conformidad registral de un acto contrario al Ordenamiento

¹⁰⁵ “La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993”, en *RCDI*, 1994, núm. 622 (mayo-junio), págs. 1033 a 1.034.

¹⁰⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: “El control de las condiciones...”, ob.cit., pág. 720. Este autor recoge la línea de pensamiento de POVEDA DÍAZ y considera que, en última instancia, una cláusula abusiva es una cláusula sin causa jurídica, sin razón justificativa.

jurídico, pudiendo ser expulsadas del contrato las cláusulas ilícitas, concepto distinto del de abusivas.

En resumen:

- El efecto propio e inmediato de la consideración abusiva de una estipulación es la nulidad.
- El Juez es el único que tiene competencia para determinar la nulidad de una cláusula abusiva que afecta a las relaciones del predisponente con el adherente-actor y trasciende a cualquier cliente en el ámbito del servicio prestado.
- Las cláusulas ya declaradas nulas por el legislador no accederán al Registro de la Propiedad.
- Respecto al resto del clausulado contractual que no se haya considerado nulo por decisión judicial o legal dependerá de los principios hipotecarios y los criterios civiles de los arts. 7 y 1.256 del Código para determinar su no inscribibilidad.

Todo lo expuesto demuestra la limitada libertad de movimientos del Registrador en el ámbito de la Ley de defensa de los consumidores y usuarios. Esta ley ha actuado como una “trampa” debido al específico ámbito en el que se desarrolla y los requisitos que impone.

III.- EL COSTE ECONÓMICO NOTARIAL Y REGISTRAL EN LA FORMALIZACIÓN DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA. SIGNIFICADO DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL

Una gran cantidad de gastos aparecen al momento de formalizar la hipoteca, que se incrementan cuando el destino del crédito hipotecario va dirigido a la adquisición de una vivienda. Así, en estos casos, hay que pagar el Impuesto sobre el Valor Añadido, si el vendedor es el constructor, es decir, en los casos de vivienda nueva, o el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales si el vendedor es un particular, además de las plusvalías por el incremento de valor del suelo urbano.

Gastos bancarios, fiscales, notariales y registrales confluyen en estos primeros momentos de la fase de constitución de la hipoteca. Unos coinciden en la formalización de la hipoteca inmobiliaria, otros gastos la anteceden para preparar dicho momento: comisiones bancarias, verificación registral, tasación del inmueble, concertación de seguros, pago del impuesto de actos jurídicos documentados y, además, los honorarios del Notario que eleva el documento privado a público y del Registrador que inscribe la hipoteca, sin olvidar los gastos de gestoría por la realización de éstas y otras actuaciones.

Los gastos bancarios y fiscales se escapan de nuestro estricto objeto de estudio, por lo que en este epígrafe me ocuparé de los gastos notariales y registrales, sobre todo para su justificación más que para su cuantificación.

En este sentido, hay que reconocer que mayor peso significativo tienen los aranceles registrales, ya que sin inscripción no hay hipoteca, ni dinero al condicionar las entidades de crédito la entrega del préstamo a la efectiva existencia de la garantía. Cabría entonces plantearse si es suficiente el control de legalidad que realiza el Registrador sobre el documento a inscribir sin necesidad de la intervención del Notario, y así reducir el coste en esta primera fase.

Para valorar la proporcionalidad del gasto, y no considerarlo ni excesivo ni escaso, hay que plantearse el equilibrio entre el coste y la utilidad de los servicios notariales.

Una de las actuaciones notariales más conocidas por los ciudadanos es la que tiene lugar con ocasión del otorgamiento de las escrituras de compraventa de la vivienda y de su posterior hipoteca en garantía del préstamo obtenido para la financiación de aquella.

Se ha generalizado la opinión que considera excesivo el coste de la intervención notarial, encareciendo todo el procedimiento de constitución y formalización de la hipoteca inmobiliaria. Sea por ello que las sucesivas reformas se han dirigido a minimizar su repercusión en el coste de la vivienda.

Es una opinión con fundamento si tenemos en cuenta, básicamente, dos consideraciones. La primera, que los contratos de adhesión en los que se recogen los préstamos hipotecarios provocan un abaratamiento de la contratación, ya que permiten prescindir de un análisis pormenorizado de cada uno de los contratos. La segunda, la estandarización del contenido de los documentos notariales debido a la unificación de las condiciones generales de la contratación. Estas consideraciones, acerca de la participación del Notario, permiten plantearse la desproporción de los aranceles notariales, nunca, por este único motivo, dudar de la significativa prestación notarial.

Puesto que la mayor parte del contenido es elaborado por terceras instancias (servicios jurídicos de la entidad de crédito) y parte de su labor se reduce a reproducir un texto que siempre se repite igual, disminuye considerablemente el valor de la intervención notarial a resultas de la pérdida de capacidad en el diseño contractual, no así en su labor asesora.

En los supuestos de “otorgamiento según minuta” (art. 147 RN¹⁰⁷) la redacción del documento se produce fuera del estudio notarial, aportándose al Notario las fórmulas redactadas por los mismos agentes económicos y financieros para los contratos de préstamo hipotecario. No obstante, la reforma de 19 de enero de 2007 hace un esfuerzo por atender a la verdadera voluntad de las partes incluso en estos casos, advirtiendo expresamente de la existencia de condiciones generales de la contratación.

El Notario de ser un “ingeniero transaccional” al realizar el diseño contractual requerido por las partes, pasa a ser un escribano que se limita a certificar el documento¹⁰⁸.

Tal y como indica GARRIDO CHAMORRO la determinación de los honorarios devengados por una escritura se calculan, resumidamente, en base a tres criterios: los que dependen de la cuantía del documento que se autoriza, los que derivan de la extensión del documento, y los que obedecen al número de copias a expedir y a la extensión de las mismas. Son gastos que atienden al beneficio que reporta la operación intervenida para cada uno de los contratantes, que valoran el trabajo del Notario en la redacción y control de un clausulado tan extenso, así como la

¹⁰⁷ Artículo redactado por Real Decreto 45/2007, 19 de enero (BOE, 29 de enero de 2007, núm. 25), por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 junio de 1944.

¹⁰⁸ Así lo señalaba PAZ ARES, C.: “Seguridad jurídica y sistema notarial (una aproximación económica)”, en *La fe pública. Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1994, págs. 101 a 106.

responsabilidad asumida dentro de sus competencias, y el coste que genera esta actividad para la oficina notarial¹⁰⁹.

Se produce así una paradoja: la parte más débil, que para nada interviene en la elaboración contractual de un préstamo hipotecario, se ve afectada económicamente por la extensión de la escritura pública por pagar a una persona que tampoco interviene en su redacción.

Está claro que la labor del Notario se complicará ante estas escrituras para hacer comprensibles a los otorgantes las condiciones generales y particulares de un contenido tan extenso. Ahora bien, para que el detalle de la extensión en número de hojas no le afecte sobremanera al hipotecante, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Sociales introduce en el art. 5 apart. 2 de la LCGC otro modo de formalización de las escrituras de préstamo hipotecario. A saber: el Notario recogerá en la escritura pública redactada por él los datos y condiciones particulares del negocio (datos de los otorgantes, descriptivos y jurídicos, así como los generadores de la creación del negocio: importe y devolución del préstamo, otras garantías y demás pactos). De las condiciones generales dejará constancia de ellas en la matriz y las incorporará como anexo. Obviamente, en la escritura se ha de constatar que los otorgantes han sido debidamente informados, por habérselo leído el Notario o haber leído ellos mismo esos folios, constatación indispensable para el nacimiento de cualquier contrato y por la obligación establecida en la LCGC que procura asegurarse de que el contenido de esas condiciones generales reciban una efectiva aprobación del contratante. Sirve también de ayuda a la divulgación de la condiciones generales el depósito en el Registro de Condiciones Generales (art. 11 apart. 2 LCGC)¹¹⁰.

Efectivamente, el Notario comprobará que los adherentes tienen un conocimiento íntegro de su contenido y que lo aceptan expresamente. Sin embargo, la fórmula sugerida no garantiza que el Notario haya podido comprobar que su contenido se ajusta a lo querido por los sujetos, más aun cuando la extensión, complejidad y desequilibrio que se presenta requiere un mayor asesoramiento del Notario a la parte no predisponente.

¹⁰⁹ GARRIDO CHAMORRO, P.: “Las escrituras de préstamo hipotecario: su forma, condiciones generales, valor añadido y costes”, en *RJ/N*, 2001, núm. 40 (octubre-diciembre), págs. 30 y 31.

¹¹⁰ El Registro de Condiciones Generales está abierto tanto a las condiciones generales depositadas como a las sentencias firmes que declaran la nulidad de las condiciones incorporadas a un contrato y a las demandas interpuesta contra las mismas (art. 11 LCGC). Mientras que para las sentencias firmes es obligatoria su inscripción, para el depósito de las condiciones generales es voluntaria, aunque conveniente para los profesionales o empresarios que pretenden regularizar sus contratos. La Ley incentiva la inscripción de las condiciones estableciendo la prescripción de las acciones colectivas transcurridos cinco años desde su depósito (art. 19 apart. 2 LCGC). Deja a salvo el ejercicio de las acciones individuales de nulidad (art. 19 apart. 3 LCGC). El Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de febrero de 2002 (Sala de lo Contencioso-administrativo, RJ 3329) ha declarado nulo el art. 5 del RRCG (aprobado por Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre) por considerar el legislador del Reglamento exclusivamente potestativa la inscripción de las condiciones generales de la contratación (“de los distintos objetos de inscripción en el Registro de las condiciones generales *sólo* el depósito de las condiciones generales de la contratación es voluntario”), cuando el art. 11 apart. 4 de la Ley 7/1998 contempla también como voluntaria la inscripción de la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas cuando aquélla se acredite suficientemente al Registrador. En consideración de este Alto Tribunal, la seguridad jurídica no se refuerza con el depósito de las cláusulas, ni la inscripción de la persistencia de condiciones generales ya declaradas nulas, sobre todo cuando es obligatoria la inscripción de las sentencias en que así lo declaran.

Esta es la labor fundamental en la que reside la intervención del Notario: información y asesoramiento imparcial. La intervención en la redacción de este contrato es nula. Queda la parcela de la orientación y el consejo que el Notario ha de cuidar y desempeñar con ahínco para acallar las críticas y recalcar su imprescindible intervención.

El Notario no es un mero legitimador de firmas, sino que con su presencia en el negocio jurídico controla la legalidad, asesora técnicamente sobre el contrato que se celebra y garantiza el grado de conocimiento y consentimiento válido sobre el negocio¹¹¹.

En la medida que sus funciones consultivas flaquean, cabría suprimir el paso previo por la Notaria, en cuanto que su capacidad redactora del negocio jurídico ha desaparecido y el Registrador en su función calificadora también controla la legalidad (las formas extrínsecas del negocio, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos – art. 18 LH). Entonces, ¿qué sentido tendría mantener la figura del Notario en este formativo? Pese a la simplificación del razonamiento presentado y la siempre agradecida reducción de costes, no se puede dar otra respuesta a la cuestión planteada que la de su necesaria intervención en la fase de formalización de la hipoteca.

1. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO Y DEL REGISTRADOR

Registrador y Notario cumplen funciones distintas e independientes aunque complementarias, sin que quepa la asunción de funciones del segundo por el primero. El Notario tiene como función esencial dar fe de los actos y contratos en que interviene, mientras que el Registrador es el que autoriza la inscripción de los títulos presentados al efecto. El Registrador ni suscribe los documentos otorgados por los interesados ni les atribuye fe pública alguna. Por supuesto, no puede intervenir directamente en la redacción del contrato de crédito o préstamo hipotecario, facultad que sí asiste al Notario. El Registrador presta una información vital en este proceso, pero es la que se desprende de sus libros, de lo que hay en ellos y de lo que puede entrar en ellos, se ciñe a esa realidad formal. El asesoramiento privado no corre de su cuenta, aunque cada vez las oficinas del Registro resultan más cercanas a los interesados¹¹² estableciendo, obligatoriamente, dos horas diarias para informar al público en materias relacionadas con el Registro (art. 5 del Real Decreto 1935/1983, de 25 de mayo).

¹¹¹ La resolución de la DGRN de fecha 27 de octubre de 1994 (*RJ* 10729), refiriéndose a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, señala que “deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiéndolo expresamente al prestatario del significado de aquéllas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas”.

¹¹² Profundizando en esta idea se ha creado el Servicio Registral de Protección de los Consumidores y de Cooperación Comunitaria (art. 57 del Real Decreto 483/1997, de 14 de abril, por el que se aprueban los Estatutos Generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España). Al respecto LÓPEZ MEDEL manifiesta su disconformidad con la designación del servicio al comparar al “tercero” con el “consumidor” (“La Ley Hipotecaria y Ley Moral: Deontología y ética profesional en los Registradores”, en *RCDI*, 1999, núm. 650 (enero-febrero), pág. 81), chocando el concepto con la filosofía, la función y la manera de llevar los Registros. El tercero registral es, en todo caso, un “consumidor efectivo” o “usuario plenamente protegido”, no por la LGDCU de 1984 sino por la Ley Hipotecaria de 1861 que sitúa al tercero como titular del derecho a una información correcta y veraz (“El derecho a la información registral y el derecho constitucional de información”, en *RCDI*, 2000, núm. 659 (mayo-junio, pág. 1.795).

El deber de información del Registrador, suministrada verbalmente por él o sus empleados, es gratuito; mientras que el asesoramiento a través de dictámenes, sean vinculantes o no, es retribuido y tiene que solicitarse y realizarse por escrito. En cualquier caso, se circunscribe a aquellos asuntos registrales directamente relacionados con las funciones de calificación e inscripción en el Registro. La información no se extiende a cualquier materia de contenido patrimonial o inmobiliario, sino que se limita a los medios registrales más adecuados para los fines que se propongan las partes (art. 334 RH).

La información del Registrador la ofrece cuando determina el estado jurídico de la finca (en un momento puntual o durante un periodo de tiempo) o cuando procede a la calificación, labor ésta particular y exclusiva del Registrador, advirtiéndole de los defectos de la petición para los solos efectos de posibilitar la inscripción del dominio o del derecho real. El Notario atiende al documento en todo su conjunto técnico-jurídico para explorar el interés y voluntad de los sujetos, aspecto éste que no puede valorar el Registrador en su oficina¹¹³.

Eliminar al Notario en este proceso supondría unos importantes cambios legales que afectarían a la tradición instrumental (para el caso en que la hipoteca venga unida a un contrato de compraventa) o de los arts. 3 y 420 de la Ley y del Reglamento hipotecario respectivamente para poder admitir títulos no consignados en escritura pública. Si permitimos que se presente el documento privado directamente ante el Registrador estamos dando preferencia al titular del documento privado sobre el del título público ingresado en fecha posterior a la presentación del documento privado, protegiendo la adquisición del primero frente a terceros (art. 34 LH), cuando sólo el documento público transciende de la eficacia *inter partes*. La calificación del Registrador se vería ceñida al cumplimiento del tracto, pues carecería de medios auténticos para controlar la legalidad del contrato.

Si toda la legislación contractual se ha ido moviendo entorno a la protección de la parte más débil y la hipoteca tiene su fuente principal en el contrato, no podemos prescindir ahora de aquella persona en la que empieza a ser efectiva la protección de los contratantes. Pero, recordemos, el Notario tiene que explotar y apurar al máximo esta faceta que le brinda la oportunidad exclusiva para él de un contacto directo con los particulares.

Asesoramiento e información son las facultades a potenciar. Asesoramiento e información durante todo el proceso. Antes de formalizar el acto, pudiendo el deudor acudir a la oficina Notarial para examinar la operación de crédito hipotecario a realizar. El art. 7 apart. 2 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, es una invitación a dirigirse al lugar apropiado para ser asesorado. Durante la formalización del acto para informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público. Después de la formalización, en la comunicación fluida que mantienen Notarios y Registradores a través de una conexión telemática que asegura durante un plazo de diez días, una vez que se autoriza la escritura pública, la inoperatividad de cambios registrales

¹¹³ Sobre los puntos de contacto entre la profesión notarial y registral v. SEGURA ZURBANO, J. M^a: “La profesión del Notario y otras profesiones”, ponencia segunda presentada al *Congreso Notarial Español*, Aranzadi, Pamplona, 1992, págs. 268 y 269.

postdocumentales; y en el asesoramiento para los casos de rechazo del documento por parte de los Registradores¹¹⁴.

Además de un asesoramiento duradero es un asesoramiento imparcial. Nada contribuye a esta objetividad cuando el Notario no es elegido por el “consumidor” del producto financiero, sino por las entidades crediticias. La relación del Notario con su clientela liga habitualmente a éste con la empresa, cuya capacidad de proporcionar gran volumen de asuntos al profesional puede condicionar de algún modo¹¹⁵. Para dar garantía de seguridad y de imparcialidad, el Notario no se puede limitar a leer un documento contractual sin explicar las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo (diferenciar entre préstamo y cuenta corriente, efectos de una condición resolutoria, los tipos de interés y comisiones, etc.), aunque en ocasiones el quehacer notarial impida esta comunicación directa debido al elevado número de asuntos a atender en un corto espacio de tiempo. Para cumplir con su deber de protección del consumidor, factor desequilibrante de la relación jurídico-patrimonial, sin afectar a su imparcialidad ha de descargar sus esfuerzos en una información fundamentalmente jurídica, efectiva y globalizadora.

La función notarial tienen una gran importancia en este campo, aunque no está limitada a la protección de los consumidores. Su actuación va dirigida a proporcionar seguridad jurídica, y dicha seguridad jurídica se genera a favor de toda persona. Técnicamente la institución notarial no es un mecanismo específicamente creado para la protección del consumidor, pero es una faceta que se ha de explorar para acercar al ciudadano a la función notarial. No obstante, hoy por hoy, el Notario carece de un poder decisorio y coercitivo para imponer sus criterios a las partes. La labor notarial, dentro del movimiento de protección de los consumidores, se dirige a facilitar a los consumidores el ejercicio de las acciones judiciales¹¹⁶.

Dentro del asesoramiento notarial y debido a la conexión telemática entre la Notaría y el Registro, los Notarios pueden estar al tanto de las alteraciones jurídicas acaecidas sobre la finca en cuestión durante un plazo de tiempo, información facilitada únicamente al Notario. Esto va a suponer que el asesoramiento que presta el Notario incluye una información privilegiada.

Atendiendo a la contratación a distancia, la presencia del Notario se refuerza y se hace imprescindible para emitir su juicio de valor sobre la capacidad de otorgantes no presentes en el mismo lugar, o en la presentación telemática de documentos ante el Registro autenticados con la firma electrónica del Notario autorizante; mecanismo que utilizan cuando se remiten, por conducto electrónico, los documentos públicos autorizados por dos o más Notarios y dirigidos a conformar un único negocio jurídico (arts 110 a 112 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social de 27 de diciembre de 2001).

¹¹⁴ Sobre la actividad notarial v. GARRIDO MELERO, M: “La intervención notarial en las operaciones relacionadas con las entidades financieras”, en *Contratación bancaria. Jornadas celebradas en Tarragona, 6 y 7 de marzo de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 142 a 145.

¹¹⁵ MEZQUITA DEL CACHO, J.: “La seguridad jurídica y los consumidores”, en *Seminario sobre Seguridad Jurídica (Santander, 28 agosto- 1 septiembre)*, Consejo General del Notariado, UIMP, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1987, pág. 178, y “El derecho de consumidores y usuarios a la elección de Notario en las transmisiones inmobiliarias y préstamos hipotecarios”, en *Revista General de Derecho*, 1992, núms. 574 - 575 (julio-agosto), pág. 6.636.

¹¹⁶ Cfr. BOLÁS ALFONSO, J.: “De nuevo sobre las cláusulas abusivas...”, ob.cit., pág. 1.764.

2. EL COSTE Y LA AGILIZACIÓN DE LOS TRÁMITES

Vista su imprescindible presencia cabe plantearse, en este momento, cómo podría reducirse el coste. Para que la menor intervención del Notario se refleje en la minuta habría que modificar la norma que regula la cuantificación de su actividad. El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, y sus posteriores modificaciones contienen una serie de criterios objetivos para fijar el coste notarial, por lo que dejan escaso margen a reflexiones sobre el tema. Entre ellos se establece una escala para los instrumentos de cuantía en función del valor de los bienes objeto del negocio.

Usuales vienen siendo las reformas en este sentido: reducción del coste de los honorarios en un 25% cuando se autorizan préstamos con garantía hipotecaria; el antiguo art. 8 de la Ley de 30 de marzo de 1994, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, reducía la base minutable haciéndola coincidir, en el caso de subrogación del acreedor, con la cifra de capital pendiente de amortizar y, en el caso de novaciones modificativas, con la que resultaba de aplicar al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el nuevo interés; en el Real Decreto 2616/1996, de 20 de diciembre, se ampliaba al 50% la reducción general sobre los derechos de los documentos de cuantía y bonificaba el cobro por folios de matriz, fijando que los diez primeros no devengarían cantidad alguna; en el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, se establecía una nueva reducción del 25% de los derechos de los documentos de cuantía aplicable a escrituras de constitución, modificación, subrogación y cancelación de préstamos y créditos con garantía hipotecaria y en la compraventa de viviendas. Esta reducción era acumulable a los beneficios anteriores, de manera que la bonificación quedaba fijada en los siguientes porcentajes: compraventa de viviendas el 25%, préstamos y créditos hipotecarios el 43,75% y subrogaciones y novaciones acogidas a la Ley 2/1994 el 62,50%; en la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, se aplicaba nuevas reducciones y bonificaciones para las escrituras de subrogación y modificación (art. 18). La reforma del mercado hipotecario planteada en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, también toca este aspecto reduciendo drásticamente los aranceles notariales y registrales, afectando a las escrituras e inscripciones de subrogación, novación modificativa y cancelación de créditos y préstamos hipotecarios. De modo que las subrogaciones y modificaciones se consideran a efectos notariales como documentos sin cuantía. Para los honorarios registrales se toma como base el 10% de la cifra del capital pendiente de amortizar.

Pensamos que es la vía idónea para abaratar una operación tan frecuente en el tráfico jurídico y que tantos cambios ha experimentado. Partiendo de que el asesoramiento es gratuito y de que es menor la intervención del Notario en la redacción de la escritura pública, la modificación legal se presenta como el sistema menos agresivo y más viable para abaratar los costes en esta primera fase.

La agilización de los trámites de comunicación ha roto la lentitud con la que se contemplaban las distintas comprobaciones notariales, gracias a la informatización de los Registros de la Propiedad que facilitan el tratamiento telemático de sus datos y la consiguiente modernización de sus instalaciones, abriendo las puertas a otras formas de comunicación y presentación de documentos. Los Registradores de la Propiedad disponen obligatoriamente de correo electrónico en sus oficinas, y formarán una red telemática de información registral inmobiliaria que permita la comunicación con cualquier interesado (Instrucción de 10 de abril de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre publicidad formal e instrumental del contenido de los Registros de la Propiedad a través del correo electrónico).

Además, todo ello redundará en la reducción de los costes a los particulares al evitar el desplazamiento personal a los Registros y el uso del correo ordinario.

Los Registradores en el ejercicio profesional de su función pública están obligados a colaborar entre sí y a estar interconectados por telefax o correo electrónico a los efectos de solicitud y remisión de notas simples. La comunicación telemática entre Notarios y Registradores permite la presentación de documentos, la comunicación de la práctica del asiento o en su caso los motivos de la denegación. Los particulares podrán solicitar información a Registros distintos del competente gracias a los datos obrantes en el Índice informatizado de Fincas y Derechos pudiendo, cualquier Registrador, localizar la finca y remitir la información a través de correo electrónico.

La informatización no puede pasar desapercibida a una organización funcional, máxime cuando puede vislumbrar conexiones nacionales e internacionales (piénsese en la hipoteca electrónica). No obstante pone de manifiesto otros problemas relacionados con el suministro de datos y la intimidad de las personas. Evidentemente, esta misma preocupación y protección de la publicidad formal existía antes de la informatización, pero ahora resulta más factible la manipulación, el televaciado del contenido de los libros registrales, o ruptura del nexo de obligada comunicación entre Notarios y Registradores mientras que viaja la información en el ciberespacio (v. párrafo 2º, apart. 8 del art. 222 LH y apart. 7 del art. 332 RH).

Actualmente, no es tanto un problema de la lentitud sino del peligro que representan las bases de datos informatizadas en orden a la intimidad y la seguridad jurídica. Pero éste es un problema que se presenta con los datos ya obrantes en el Registro, por lo que es objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

IV.- MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DE LOS TITULARES REGISTRALES

A tenor del apartado 7 del art. 222 LH, los Registradores en el ejercicio profesional de su función pública deberán informar a cualquier persona que lo solicite en materias relacionadas con el Registro y, según el art. 221 LH, los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido¹¹⁷ en averiguar el estado de los inmuebles o derechos reales inscritos (afirmación reproducida por el art. 607 Cc). Del carácter público que tiene el Registro de la Propiedad deriva el derecho que tienen todos los miembros de la comunidad jurídica a recibir información de lo que en sus libros consta.

Resulta, pues, que una de las notas esenciales del Registro es su publicidad, de tal forma que se erige en principio registral. La publicidad se ha de garantizar en todas las fases pero aún más, si cabe, en fase de pendencia del crédito hipotecario, esto es, una vez que ha nacido el derecho real de hipoteca pero aún no se ha resuelto.

Los fines sociales jurídicos que la fe pública del Registro persigue no se conseguirían de no establecer unos mecanismos legales que posibilitaran el conocimiento de su contenido por todos.

¹¹⁷ Interés que se presume para la autoridad o funcionario público que actúe por razón de su cargo.

El Registro garantiza una única titularidad de la finca o derecho y con las cargas que constan en el folio abierto, de manera que al tercero que consulta el Registro no le son oponibles las causas de nulidad del título del transferente ni las cargas no inscritas (arts. 32 y 34 LH).

En lo que a nuestro tema se refiere, la falta de publicidad impediría el desarrollo del crédito territorial, a saber: la consulta del Registro permite al prestamista conocer la preferencia de la hipoteca a concertar y, en base a ello, concretar las condiciones del contrato; contrastar las declaraciones del titular en orden a su efectiva titularidad, descripción física de la finca y gravámenes constituidos con carácter previo, comprobar la vigencia de la inscripción hipotecaria para instar el procedimiento de ejecución; conocer el tercer adquirente las cargas sobre el inmueble o abreviar la confección de escrituras en la fluida comunicación entre Notarios y Registradores.

Por tanto, los Registros de la Propiedad son fuente de información que el Registrador ha de facilitar a los particulares, porque precisamente a través de la publicidad se tutelan los derechos de terceros interesados en el contenido de la inscripción registral. La publicidad formal hace referencia a los medios a través de los cuales se puede llegar a ese conocimiento¹¹⁸.

Indudablemente, y además de lo anterior, en una sociedad democrática la información juega un papel muy importante en las pautas y valores jurídicos, y justamente el desarrollo técnico ha eliminado barreras en el almacenamiento, accesibilidad y divulgación de esos datos que conforman la información¹¹⁹. De esta manera, la información no es únicamente el deber de un Registro público, sino, y a la vez, la manifestación de un derecho.

Respecto a los datos que publica el Registro tienen un contenido patrimonial de gran interés para la Administración y terceros particulares interesados en la titularidad de los bienes y solvencia de determinadas personas, datos que afectan a la esfera privada de éstas. Los asientos no sólo proclaman titulares, sino que contienen otros datos, cláusulas, fechas, estado civil, incapacidades, circunstancias familiares (separación, divorcio, filiación extramatrimonial o adoptiva), causas penales etc., son “pequeñas declaraciones de derechos privados”¹²⁰, por lo que se ha de establecer una serie de limitaciones para informar únicamente de lo necesario, de lo que fuese preciso, sin vulnerar el derecho a la intimidad del titular inscrito.

La conjunción de estos dos elementos, el desarrollo tecnológico de los Registros y la relevancia del contenido inmobiliario en la sociedad actual, en relación con la protección de los datos de contenido personal, ha inyectado mayores dosis de preocupación por el tema de la publicidad registral y sus límites.

¹¹⁸ Atendiendo a la legislación hipotecaria, la manifestación del contenido de los Registros tendrá lugar por nota simple informativa, nota simple informativa continuada, certificación registral, certificación de información continuada, o exhibición de los libros del Registro en la parte necesaria que a juicio del Registrador tenga interés legítimo en consultarlos (arts. 222 apart. 5 y 3 LH, 334 y ss. RH, 354 RH y 222 apart. 1 LH respectivamente). Sobre el tema v. entre otros PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, 3ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 578 a 584.

¹¹⁹ Sobre la protección de la intimidad y los delitos patrimoniales relacionados con los sistemas informáticos y de telecomunicación v. ROMEO CASABONA, C. M.: “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías”, en *Poder Judicial*, 1993, núm. 31 (septiembre), págs. 163 y ss.

¹²⁰ En palabras de LÓPEZ MEDEL, J.: “Organización funcional de los Registros, informatización/información”, en *RCDI*, 1998, núm. 645 (marzo-abril), pág. 488.

Hay que tener presente que se ha dado un crecimiento de la titulación, del crédito y otros derechos reales, muy especialmente de la propiedad urbana, incrementando la notabilidad de los Registros de la Propiedad, provocando, en cierto modo, un “consumismo registral”¹²¹. Consideramos que, la facilidad de medios para obtener información registral y la situación de poder que en la sociedad actual otorga ese conocimiento choca con el desarrollo que desde el pasado siglo se ha producido sobre el derecho a la intimidad, una vez que en el XIX se sentaron sus bases. Todos ellos, derechos e intereses consolidados y en auge, justifican la atención doctrinal prestada a la protección de la intimidad de los titulares registrales. Nadie puede dudar de la necesaria publicidad del contenido registral para el cumplimiento de la finalidad para la que fue creada esta Oficina Pública (la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y el fomento del crédito territorial). Pero en pro de esta publicidad no cabe sacrificar o menospreciar el derecho a la intimidad personal consagrado constitucionalmente.

El primero en prestar atención a estas necesidades y establecer un orden entre ellas fue el propio Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad a través de sus Resoluciones. En el caso en particular que tratamos de publicidad formal, la legislación se ha situado en la retaguardia.

Se entiende que el Registro de la Propiedad es un fichero automatizado de datos que el Registrador ha de custodiar, velando por el cumplimiento de las normas aplicables sobre protección de datos de carácter personal. A la hora de disponer una inscripción o de emitir una certificación, el Registrador de la Propiedad ha de ser consciente de que se puede encontrar ante un conflicto entre la seguridad jurídica y su presupuesto, la publicidad registral, de un lado, y, de otro, el derecho fundamental a la intimidad del titular de la inscripción que, a su vez, puede entrar en colisión con el derecho a recibir información veraz de un tercero. Esto es, existe un conflicto entre el carácter público del Registro de la Propiedad y la privacidad de los derechos anotados, disyuntiva que PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA resuelve a favor del primero.

Según este autor, la publicidad no es un valor individual, sino social; la función de la propiedad no es una función privada, sino social; la denuncia de posibles irregularidades no es tampoco una acción individual, sino social; por lo que la extensión de la publicidad registral no puede estar limitada por la intimidad personal. En casos más extremos, donde no existe un interés puntual y directo, por ejemplo el conocimiento de las fortunas de determinadas personas o la forma en que han adquirido sus patrimonios, la publicidad puede ser un instrumento para combatir el fraude y el tráfico de intereses, un interés social que se impone al particular. Ahora bien, del mal uso que se de a esta información obtenida derivan otras responsabilidades no registrales¹²².

En cualquier caso, corresponde al Registrador, en primer lugar, y al Poder Judicial y Tribunal Constitucional, en segundo, efectuar, caso por caso, un juicio de ponderación adecuado

¹²¹ Término mencionado por LÓPEZ MEDEL, J.: “Naturaleza y sentido de la publicidad registral y del derecho a la intimidad”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2001, núm. 69 (marzo), pág. 480.

¹²² PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, P.: “La publicidad registral y el derecho a la intimidad”, *RCDI*, 1992, núm. 610 (mayo-junio), págs. 1.144 a 1.146.

sobre cuál de los derechos fundamentales, en el caso en concreto, ha de ser sacrificado para posibilitar el libre ejercicio de los demás o para garantizar la seguridad jurídica¹²³.

Derecho a la intimidad, publicidad registral y seguridad jurídica son aspectos que entran en juego en la compleja actividad registral. El Registrador debe facilitar una información veraz de lo anotado en los libros, proteger el derecho constitucional a la intimidad del titular registral y permitir al tercero el acceso al contenido real de los derechos inscritos, y todo ello en aras de la seguridad jurídica. Así pues, el Registrador de la Propiedad se convierte en el guardián de la seguridad jurídica, de los legítimos intereses de los terceros, y de los derechos fundamentales de los particulares a la intimidad y a recibir una información veraz¹²⁴.

La fluida comunicación entre Registros y de éstos con las Notarías ha contribuido a la rapidez en la concertación de negocios jurídicos pendientes de datos registrales, atendiendo en tiempo real los requerimientos sociales en materia de publicidad formal. El compartimento del soporte topográfico digital del Catastro ha consolidado la base física del Registro, y la digitalización de las fincas y de los titulares ha abierto las puertas de cualquier Registro de la Propiedad a los particulares. El apartado 10 del art. 222 LH contempla la posibilidad de que se puedan utilizar medios electrónicos para poner en conocimiento el contenido de los libros del Registro. El acceso telemático al contenido de los libros de un funcionario público que actúa por razón de su oficio, y cuyo interés se presume, se podrá hacer sin intermediación del Registrador, excepto al Índice de personas.

Tras un gran esfuerzo humano y económico, los Registros de la Propiedad se han visto en todo momento beneficiados por el avance de la técnica informática. En contrapartida, hay un peligro más latente de consulta masiva de los archivos registrales. Se potencia la utilización de las más avanzadas técnicas de comunicación, pero respetando los principios instauradores de la legislación de protección de datos de carácter personal (art. 18 CE) y el principio, también constitucional, de seguridad jurídica (art. 9 par. 3 CE).

Conseguida la informatización de los Registros¹²⁵, la inminente preocupación es la de mantener la integridad de los libros y el control de la publicidad por parte de los Registradores. Para acometer estos intereses se sucedieron una serie de reformas legislativas cada vez más aperturistas para facilitar el acceso a la información y la incorporación de nuevas técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas. La reforma normativa de 13 de abril de 1998 prohibía el acceso telemático directo a los Archivos de los Registros de la Propiedad, mientras que la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, lo permite en el reformado artículo 222 LH. Se dio paso a dos modalidades de acceso telemático al contenido del Registro. Por una parte, para las autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúan por razón de su cargo u oficio, pues desde la Ley 24/2001, de 27 de noviembre, el interés por averiguar el estado de los bienes o derechos reales

¹²³ Consideraciones que recoge GIMENO SENDRA, V.: “El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1997, núm. 29 (agosto), pág. 2.109.

¹²⁴ Sobre una visión constitucionalista del derecho a una información veraz y el derecho fundamental a la intimidad v. PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, P.: “La publicidad registral...”, ob.cit., pág. 1.118.

¹²⁵ La informatización de los Registros se fue realizando por periodos, comenzando con un Índice general informatizado de personas y de fincas de cada Registrador, que dio lugar a un Índice General Informatizado de fincas y derechos inscritos a nivel nacional. Se continuó con la informatización del Diario de todos los Registros de la Propiedad.

inscritos se presume, accediendo al contenido de los libros del Registro sin necesidad de intermediación por parte del Registrador, tras identificarse mediante firma electrónica. Por otra parte, desde la reforma operada en noviembre de 2005, los terceros también pueden acceder directamente al contenido de los libros pero eso sí, previa intermediación del Registrador que verifica su identidad mediante firma electrónica y valora el interés perseguido. Si el Registrador autoriza el acceso, facilitará un código individual que permite, durante el plazo de veinticuatro horas desde la notificación, el acceso a la página que reproduce el contenido registral.

Desde las reformas iniciadas en el 2001, dirigidas a una mayor colaboración de los Registradores con la Administración y los Notarios y la dotación de programas que favorezcan la comunicación electrónica, hasta la actualidad el objetivo perseguido no ha sido otro que el de agilizar el otorgamiento de la publicidad registral evitando problemas derivados del desfase entre la información registral y el negocio jurídico sobre la finca, intentando conciliar dicho fin con la protección de datos, amén de la seguridad y conservación de los libros.

El riesgo de la manipulación o el televaciado se ha salvado mediante la ruptura del nexo de comunicación entre solicitud y respuesta (a excepción de las autoridades, empleados o funcionarios públicos), restringir el acceso a una parte determinada del banco de datos, sin que en ningún caso sea posible obtener otras informaciones que las autorizadas, así como a través del control de las peticiones.

El tratamiento y la evolución que sobre esta materia ha seguido el Registro Mercantil ha sido diferente. La mayor relajación de los límites de la publicidad formal cuando se trata del Registro Mercantil es debido a las cualidades específicas de la rama particular del Derecho al que corresponde. La profesionalidad de los sujetos y la envergadura de las operaciones aconsejan unos criterios particulares, pero también es debido a la menos rigurosa aplicación de la legislación de protección de datos de carácter personal, dado que las personas jurídicas no están directamente protegidas por ella, aunque sí los datos de las personas físicas integrantes de las mismas. El art. 12 apart. 3 del Reglamento del Registro Mercantil¹²⁶ considera suficiente dejar a la responsabilidad del Registrador Mercantil la atención o consultas en masa o el control de la publicidad sobre datos personales, sin recoger referencia alguna al interés legítimo¹²⁷.

Los Registradores de la Propiedad son los encargados de proporcionar la información solicitada a cualquier persona bajo el principio de libre elección del Registrador, controlando la identidad de la persona que la solicita y la constancia de la causa de la solicitud. En base a esta afirmación se pueden estudiar tres mecanismos de protección de la intimidad de los titulares registrales: potestad calificador, interés legítimo y constancia documental de los sujetos que consultan el Registro.

A. Potestad de calificación (art. 222 apart. 6 LH)

Dentro de la obligación de los Registradores está el tratamiento profesional de la publicidad formal, lo cual excluye la manifestación de los datos carentes de trascendencia jurídica.

¹²⁶ Aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

¹²⁷ Sobre la incidencia del derecho a la intimidad en el Registro Mercantil GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: “La publicidad formal...”, *ob.cit.*, págs. 208 a 212.

En general, la calificación se utiliza en aplicación del principio de legalidad para excluir los pactos personales, nulos, oscuros o abusivos y verificar el cumplimiento de las disposiciones legales inscribiendo el contenido real del documento.

En lo referente a la publicidad formal, en el desempeño de la labor calificadora, el Registrador debe omitir aquellos datos personales especialmente sensibles, sin extenderse a más de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante. Por ejemplo, no mencionar el domicilio, salvo que se deban practicar notificaciones en virtud de los contratos inscritos; fijar la privaticidad o ganancialidad de los bienes, sin alusión al estado civil, o dar a conocer la existencia de una querrela pero no el delito¹²⁸.

Bien es cierto que el contenido del Registro de la Propiedad apenas afecta a la esfera íntima de los ciudadanos, pues refleja la constitución y dinámica de derechos reales que afectan a los bienes inmuebles. No obstante hay ocasiones en que los asientos pueden contener datos más sensibles. Como dice GÓMEZ GÁLLIGO¹²⁹, en la esfera íntima debe regir el principio de proporcionalidad, de manera que cualquier restricción de la misma debe sujetarse a tres criterios: legalidad, jurisdiccionalidad y necesidad, es decir, no expedir publicidad formal respecto de ella, salvo que tal información esté prevista en la Ley, lo solicite el Juez en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales o exista alguna razón excepcional justificativa.

De acuerdo a la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos, la publicidad registral debe restringirse a los datos puramente económicos o patrimoniales.

El Registro de la Propiedad contiene datos personales, unos son de carácter real vinculados a la titularidad del bien o derecho, y otros son personales en el sentido común extrajurídico de la palabra. Ambas categorías caen bajo el manto del derecho a la protección de datos, si bien, mientras que los primeros tienen una vocación de publicidad, los segundos lo son de forma accesorio. Ello no quiere decir que nunca deban ser objeto de publicidad registral, sino que sólo deben serlo cuando es estrictamente necesario para la finalidad legítima pretendida, lo que requiere de la labor profesional de discriminación en cada caso, que por competencia y responsabilidad sólo puede desempeñar el Registrador de la Propiedad.

Por consiguiente, la calificación se precisa tanto para la inscripción del derecho como para su manifestación a terceros teniendo presente, como criterio de selección, la finalidad del Registro de la Propiedad.

La solicitud de datos personales sin relevancia patrimonial se atenderá dependiendo del interés perseguido que ha de ser conforme a la finalidad del Registro y que deberá calificar el Registrador, finalidad que define la Dirección General en la Instrucción de 17 de febrero de 1998: investigación jurídica en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o

¹²⁸ Tal y como recoge GIMENO SENDRA (ob.cit., pág. 2.109), para la anotación preventiva de un embargo derivado de las diligencias previas por la comisión de un delito de violación.

¹²⁹ “La publicidad formal...”, ob.cit., págs. 195 a 197.

a la interposición de acciones judiciales, pero no a la investigación privada de datos no patrimoniales.

La configuración de la nota simple como una nota sucinta de los asientos vigentes aconseja no recoger más datos de los que sean necesarios para satisfacer el interés legítimo del solicitante, evitando que una información distinta a la estrictamente necesaria se ponga a disposición de terceras personas. No obstante sigue dependiendo de la decisión del Registrador el optar por la exhibición de los libros o la nota simple, el determinar la extensión de ésta última, o admitir o no el uso de la fotocopia.

Tal y como se configura la nota simple en el art. 222.5 LH, esta forma de publicidad no plantea problemas desde la óptica del derecho a la privacidad. Es en la exhibición de los libros o en la certificación literal mediante fotocopia donde concurre una mayor potencialidad lesiva a este derecho, de ahí que en la fotocopia aparezca tachada los datos personales irrelevantes para la finalidad pretendida.

Se ha de evitar que la publicidad sea automática, valorando la causa de la información, elimine el contenido que, careciendo de importancia, afecta a la esfera privada del titular. Por ello se restringe el uso de las fotocopias de los folios que se desean consultar y, así, la Instrucción de 5 de febrero de 1987 lo limita a los supuestos excepcionales “cuando por la claridad gráfica y de conceptos de folio u hoja, la comprensión del asiento o asientos no planteen dificultad”, fotocopia que será retirada por el Registrador después de la consulta. Según MARTÍNEZ SANTIAGO y la Comisión Nacional de Informática del Colegio de Registradores la fotocopia debe desaparecer de la publicidad formal¹³⁰.

El tratamiento profesional de la publicidad que requiere la interpretación de lo expuesto en la nota simple o certificación, el importe de la consulta y la salvaguardia de la intimidad de las personas son razones que aconsejan limitar el uso de la fotocopia, aunque no prohibirlo. Es una situación similar a la que ocurre con la exhibición de los libros, que son formas de manifestación restrictivas, pero que, atendiendo a las circunstancias del caso pueden ser la única forma de satisfacer el requerimiento del solicitante.

B. Interés legítimo (art. 332 apart. 3 RH)

Causa extrañeza, como bien aprecia PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA¹³¹, la referencia a la legitimidad, pues la legitimidad es un presupuesto esencial para el ejercicio de los derechos, en caso contrario, carecería de fundamento una facultad para ser admitida.

El art. 221 LH se refiere al interés conocido de los que consultan el Registro, texto que se ha mantenido desde la Ley de 1861 (antiguo art. 279), aunque su Exposición de Motivos empleó el término interés legítimo. Hay que relacionar el interés conocido con el legítimo e interpretarlo conforme a la realidad social (art. 3 apart. 1 Cc). Si bastara con el interés conocido los libros estarían abiertos indiscriminadamente, estableciendo como único control la identidad y los datos personales de quienes soliciten la manifestación de los libros. No cabe una publicidad

¹³⁰ MARTÍNEZ SANTIAGO, J. M^a.: “En torno a la publicidad registral inmobiliaria”, en *RCDI*, 1998, núm. 644 (enero-febrero), pág. 160.

¹³¹ “La publicidad registral...,” ob.cit., pág. 1.120.

indiscriminada, premisa que siempre se tuvo clara en la primitiva legislación hipotecaria y en la Codificación civil, si bien hoy tiene una justificación superior en el respeto al derecho constitucional a la intimidad y en la protección de datos de carácter personal.

Por interés legítimo se puede entender el interés directo del titular registral o el de todo tercero que necesite conocer el estado registral de una finca, como consecuencia de encontrarse en una situación jurídico-material con su titular de expectativa de alcanzar un beneficio, o sufrir un perjuicio propio en su esfera patrimonial, así como quienes hayan de ejercitar un derecho fundamental.

Resulta legítimo el interés económico del adquirente de un inmueble como del que presta sobre él. Bajo esta consideración del interés económico también son válidas las averiguaciones que permitan deducir la solvencia y seriedad de una persona en la asunción de sus compromisos jurídicos. Interpretación, por tanto, amplia del interés legítimo. Tanto es así que nos inclinamos más por la interpretación que hace GÓMEZ GÁLLIGO¹³² del interés conocido o legítimo, considerado como interés no contrario al Derecho.

Este requisito impone el necesario rechazo de todas aquellas indagaciones que, encaminadas a la consecución de otros objetivos, absolutamente lícitos pero ajenos al tráfico jurídico, puedan comprometer los no menos legítimos intereses de los que tienen su titularidad al amparo de la institución registral. La existencia del interés conocido impide al Registrador dar a conocer la totalidad del contenido del asiento registral.

No cabe una publicidad absoluta sino limitada por el interés conocido, aunque éste, por legítimo, resulte amplio. Y, sobre todo, depende del caso en concreto, porque la información facilitada para un uso periodístico, ajeno a la finalidad para la que se creó la institución registral, es, en consideración a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de junio de 1994 (RJ 2351), válida sin que atente a la estricta intimidad protegida por el art. 18 de la Constitución¹³³.

El Registrador, bajo su responsabilidad, valora el interés del sujeto para comprobar si es suficiente y si se ajusta a los fines propios del tráfico jurídico, esto es, ejercitar un derecho o concluir un futuro negocio jurídico. A tal efecto debe comprobar la identidad del solicitante material¹³⁴ y examinar la causa o la finalidad de la obtención de dicha información¹³⁵.

La limitación de la publicidad debe centrarse más que en el interés, en la finalidad de la consulta, puesto que interés lo demuestra el simple hecho de acudir al Registro. No obstante, se prefiere una interpretación amplia del interés legítimo puesto que se trata de un registro público, con una funcionalidad y finalidad pública que justifica su existencia, actuando el Registrador

¹³² “La publicidad formal...”, ob.cit., pág. 224.

¹³³ Sentencia recogida por MARTÍNEZ SANTIAGO, J. M^a: “En torno a la publicidad...”, ob.cit., pág. 156.

¹³⁴ Cuando el que solicite la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello, deberá acreditar a satisfacción del Registrador dicho encargo. Podrá dispensar de la justificación del encargo a profesionales del Derecho, gestores administrativos, oficinas públicas, entidades financieras, agentes de la propiedad inmobiliaria y demás personas que desempeñen las actividades mencionadas en el par. 3 del art. 332 RH.

¹³⁵ Contra la decisión del Registrador de desestimar el interés conocido cabe recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado y, posteriormente, frente al órgano del orden jurisdiccional civil (art. 228 LH).

como filtro de la información eliminando aquellos datos innecesarios para la consulta y que son los que verdaderamente afectan a la esfera íntima.

Nuevamente tenemos que afirmar que, en la configuración actual de nuestro sistema registral, resulta clave e irremplazable la labor ponderadora de ir caso por caso a la vista de la finalidad pretendida que compete al Registrador.

Ahora bien, el mecanismo del acceso telemático sin intermediación priva de todo poder de control al Registrador, único profesional legalmente cualificado para, en el tratamiento profesional de la publicidad formal, efectuar un enjuiciamiento acerca de la concurrencia del interés legítimo-finalidad y de la necesidad-adequación de la solicitud de la información. Por ello que plantea mayores dudas constitucionales el acceso previsto para el caso de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio o cargo, a quienes se presume el interés en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos, y que pueden acceder al contenido de los libros del Registro sin necesidad de intermediación por parte del Registrador, previa identificación mediante firma electrónica y respondiendo de que la consulta lo es en el cumplimiento estricto de las funciones que les atribuye la legislación vigente. Tal como recoge EMILIO GUICHOT¹³⁶, el mecanismo descrito de acceso al Registro provocó un fuerte debate en la tramitación parlamentaria del actual art. 221 LH, en especial por atender a los profesionales funcionarios dominados por relaciones de clientela e intereses de parte (refiriéndose a los Notarios).

Sobre ellos, autoridades, empleados y funcionarios públicos, recae la responsabilidad de que la consulta se efectúe conforme a las prescripciones legales, si olvidar que la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal hace recaer dicha responsabilidad sobre los guardianes de este fichero, el Registrador.

C. Control del solicitante

Las solicitudes de publicidad formal quedarán archivadas, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante un periodo de tres años (artículo sexto de la Instrucción de la DGRN de 17 de febrero de 1998)

Cuando la información se solicita a un Registrador no competente para facilitarla (art. 222 apart. 8 LH) será éste quien, antes de remitir la petición al Registrador que deba proporcionarla, calificará el interés y archivará los datos de identidad del solicitante (art. 332 apart. 8 RH).

A estos requisitos habría que adicionar el consentimiento del titular cuando la información afecta al carácter personal y su uso es para una finalidad distinta a la seguridad del tráfico jurídico. Por consiguiente, datos de carácter personal se pueden ceder por el Registrador a requerimiento, siempre que sea necesario su tratamiento para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el tercero al que se le comunican los datos. Aunque, normalmente, los datos afectantes a la intimidad de la persona no serán objeto de publicidad, puesto que en la mayoría

¹³⁶ *Publicidad registral y derecho a la privacidad. Una necesaria conciliación*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, págs. 140 y 141.

de las ocasiones carecen de importancia para la realización segura de una transacción inmobiliaria.

Del contenido patrimonial de la investigación estrictamente jurídica no es necesario que se le notifique su cesión al interesado, sin perjuicio del derecho de ser informado, a su instancia, de la persona física o jurídica que ha recabado información respecto a sus bienes.

El encargado de la protección del derecho a la intimidad de los titulares inscritos es el mismo encargado del Registro, no el particular. El consentimiento del titular del derecho únicamente se requiere para aquello que escapa de la finalidad del Registro, y por ende de la autoridad del Registrador.

En resumen, los Registradores de la Propiedad darán conocimiento del contenido del Registro mediante el tratamiento profesional de la información, de modo que resulte expresada con claridad y sencillez y se excluyan los datos irrelevantes, siendo efectiva la posibilidad de publicidad sin necesidad de intermediación. Lo que significa, una publicidad directa del interesado para acceder al contenido de los asientos registrales; una publicidad profesional de que se reflejen fielmente los datos contenidos en los asientos, sin extenderse a más de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante y de que, quien desee obtener información de los asientos, deberá acreditar al Registrador que tiene interés legítimo, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral; y, por último, una publicidad precisa en orden a los intereses jurídicos y económicos de los consumidores haciendo constar el valor jurídico de la información.

No puede existir publicidad sin el control profesional del Registrador. El peso de estos mecanismos de control recaen sobre el Registrador. Éste selecciona el contenido del título que accede al asiento y el contenido de la información solicitada, procesa los datos para su tratamiento informático al servicio del Colegio de Registradores, valora el interés del solicitante para consultar los datos, otorga una información puntual y clara, y elige la forma en que se manifestará la publicidad¹³⁷.

Los criterios que ha de utilizar el Registrador son bastante amplios: la finalidad del Registro y un interés manifiesto en la publicidad no contrario a derecho. No puede ser de otra forma.

El Registrador es el depositario de la información y el elemento protector de la intimidad de las personas físicas, sin necesidad de adicionar nuevos elementos que retiren o disminuyan el acceso a un registro público. El sistema jurídico inmobiliario confía plenamente en la profesionalidad de este funcionario público, no son necesarios otros mecanismos que los facilitados por él mismo y así, ante las dudas al valorar la causa o finalidad del peticionario, LÓPEZ MEDEL¹³⁸ propone otorgar un cauce más fluido a la notificación al titular registral afectado por la información, comunicándole el Registrador la persona y el interés del solicitante así como sus acciones de defensa, para que definitivamente sea íntegra la protección del titular registral.

¹³⁷ Como señala la jurisprudencia más reciente, esta elección no implica discrecionalidad del Registrador a la hora de decidir la manifestación de los libros, sino que depende de las circunstancias del caso en concreto. Sobre el tema GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: "La publicidad formal...", ob.cit., págs. 213 a 219.

¹³⁸ "El derecho a la información...", ob.cit., pág. 1.813.

Teniendo en cuenta que los datos sobre identidad, finalidad y contenido de la consulta deben quedar archivados en el sistema informático y que el Registrador mantiene su control sobre la publicidad registral, el mecanismo no plantea mayores inconvenientes desde el punto de vista de la protección de datos. No obstante, se podía prever la autogeneración de un fichero que archivara las solicitudes, registrando los peticionarios y computando el número total de fincas incluidas en la solicitud, y el número de Registros al que la misma ha resultado dirigida, alertando así de los intentos de obtención masiva de datos para construir archivos paralelos¹³⁹.

¹³⁹ Propuesta recogida por GUICHOT en *Publicidad registral...*, ob.cit., pág. 140.

CAPÍTULO SEGUNDO

EJECUCIÓN O REALIZACIÓN DE VALOR DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA

La ejecución es el medio que mejor manifiesta la efectividad del Derecho. Ante el incumplimiento del deudor el sistema jurídico se impone doblegando su voluntad y actuando sobre su patrimonio aun sin su consentimiento, proporcionándole al acreedor aquello que le es debido o, si no es posible, su equivalente económico. Pero además de su efectividad se busca que el sistema ejecutivo sea operativo.

En el Derecho romano, las garantías reales sólo mostraban su primera faceta de sujeción de la cosa al cumplimiento, ya que prioritariamente se dirigían a obtener la posesión de la cosa. Es en el Derecho moderno cuando el incumplimiento atribuye al acreedor la facultad de instar la venta. Por consiguiente, originariamente el incumplimiento no se traducía en un cobro fácil. La evolución de la garantía real nos ha llevado a una fase final en la hipoteca, traducida en la efectividad de la garantía gracias a la combinación de normas hipotecarias y procesales.

El art. 1.858 Cc nos muestra cómo la enajenación de las cosas en que consisten es la esencia de los derechos reales de garantía, de tal forma que, junto a la inmediatez, que también los caracteriza, pueda el acreedor cobrar su crédito sin la necesaria colaboración del deudor.

La hipoteca no desarrolla lo más importante de su naturaleza sino cuando llega a hacer efectivo el crédito en el valor de la finca gravada, aunque es raro y excepcional que se haga uso de este recurso. No significa que la hipoteca tenga existencia a partir del momento en que se ejercita el procedimiento hipotecario, sino que su eficacia *erga omnes* la despliega desde el principio, al quedar formalmente constituida. Desde entonces, proyectada sobre este momento final, se mantiene la existencia del derecho real y la integridad del valor de la cosa que asegura su cumplimiento, otorgando el Ordenamiento jurídico para ello una serie de instrumentos al acreedor hipotecario.

No existen en la hipoteca fases inconexas, sino que la primera, de constitución, determina la existencia de la hipoteca, el punto de comienzo de la garantía, y la segunda, de seguridad, pretende conservar, en su caso, la efectividad de la tercera o de la ejecutiva, sin obviar, durante todo este procedimiento, los intereses del deudor, del propietario y de terceros afectados por la eficacia de la garantía inmobiliaria. De lo que resulta un mundo complejo el de la hipoteca.

Un sistema que procure la efectividad de las garantías impulsa la seguridad del crédito y con ello la economía. Sobre el papel, este hecho se traduce en una consiguiente reducción de los tipos de interés. Pero éstos están sometidos a un gran número de veleidades que escapan a un estudio estrictamente jurídico del tema.

En los últimos años la expansión del crédito ha ido acompañada de un descenso de las tasas de morosidad redundando, a su vez, en el fortalecimiento del crédito¹⁴⁰. El deudor moroso genera una reacción financiera frente al riesgo de impago, que repercute en todos los demás. Por ello que un buen sistema financiero se dirija a incrementar las medidas que protegen el crédito y agilizar los procedimientos de ejecución, bien simplificando los trámites y reduciendo los plazos de los procesos judiciales, bien estableciendo procedimientos alternativos de ejecución.

En este sentido avanzó la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el BOE del 8 de enero de 2000, corregidos errores de la misma en el BOE de 14 de abril del mismo año, y que entró en vigor el 8 de enero de 2001. Una ley que se ha ocupado de llevar a cabo la revisión del procedimiento ejecutivo. Una ley que ha provocado alabanzas y creado grandes expectativas.

El legislador se ha basado en los problemas que suscitaba la aplicación de la Ley anteriormente vigente de 3 de febrero de 1881 y en la realidad de la jurisprudencia complementaria. Por tanto, para la revisión de la ejecución ha tomado como referencia la experiencia de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil y así, en algunos casos, respetar lo establecido y, en otros, suplir las carencias.

Las esperanzas del crédito hipotecario se han depositado en las nuevas formas de realización de valor, en la medida en que se persigue la reducción sustancial de la merma o depreciación del bien hipotecado que todo proceso de ejecución conlleva, circunstancia que ha explicado determinados comportamientos en el acreedor hipotecario. En concreto, esta depreciación sería una de las razones que ha llevado a la concertación de seguros junto a la garantía real hipotecaria. De esta manera, además de entrar en la filosofía de las sobregarantías y disponer de otra causa de reembolso anticipado por incumplimiento de las primas, se incorporan estas garantías por las entidades acreedoras como una forma de eludir la ejecución hipotecaria.

Una de las novedades fundamentales de la actual LEC es la simplificación de procedimientos al reconducir a dos los procesos declarativos (juicio ordinario y juicio verbal)¹⁴¹ y unificar en un solo Código procesal todos los procedimientos de ejecución dispersos en otras disposiciones. Esta medida afectó a la regulación del procedimiento judicial sumario contenido en la Ley Hipotecaria, dado que se extrajo el procedimiento contenido en los arts. 131 y ss. que pasaron a tener una nueva regulación. Con la LEC de 2000, el proceso de ejecución adquiere una regulación unitaria y compacta, destinando un bloque, el Libro III, a la regulación del sistema general de ejecución. En “la ejecución forzosa y las medidas cautelares” se encuentra todo lo concerniente a la ejecución, tanto de títulos judiciales como extrajudiciales. La ejecución hipotecaria y pignoraticia¹⁴² aparece como una especialidad en la ejecución de títulos

¹⁴⁰ La tasa de morosidad para los créditos hipotecarios en España es de 0,506% según datos ofrecidos por la Asociación Hipotecaria Española (AHE) para el segundo trimestre de 2007, porcentajes mínimos en proporción con los registrados en los mercados americanos y europeos. No obstante, este índice es superior al de periodos pasados debido al crecimiento sostenido de los tipos de interés experimentado en los últimos años.

¹⁴¹ Anteriormente existían cuatro procesos declarativos: mayor cuantía (para las demandas superiores a 961.619,37 euros), menor cuantía (demandas superiores a 4.808,10 euros), cognición (más de 408,81 euros) y verbal (demandas de menos de 408,81 euros).

¹⁴² Hasta el 2000 no existía propiamente una regulación para los casos de ejecución de prendas por vía judicial, sino que lo habitual había sido seguir el camino de la ejecución extrajudicial mediante la subasta notarial según el art. 1.872 Cc.

extrajudiciales (Título IV, capítulo V) remitiéndose, en la medida que lo permita, al sistema general de ejecución dineraria.

Cuando se pretende realizar el valor del bien garantizado con hipoteca se pueden utilizar tres vías: la ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados (art. 681 y ss. LEC) o la venta extrajudicial del bien con garantía real (art. 234 y ss RH), si así se ha pactado. La tercera posibilidad sería la ejecución ordinaria (art. 571 y ss. LEC), que se habilita para el acreedor por el carácter opcional del art. 681 LEC (“La acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por prenda o hipoteca *podrá* ejercitarse...”)¹⁴³ y 129 LH (“La acción hipotecaria *podrá* ejercitarse...”). De estos preceptos se deduce que es opcional la ejecución especial hipotecaria y que nada impide que el acreedor acuda al procedimiento de ejecución ordinaria, si bien no le resultará útil esta vía de ejecución, pues abre todas las posibilidades de defensa y contradicción al deudor, a no ser que el ejecutante prevea que el bien hipotecado no cubrirá el importe de la deuda y sus intereses, por lo que convenga embargar desde el inicio otros bienes distintos a los hipotecados¹⁴³. No obstante, el legislador demuestra en el art. 579 LEC una cierta preferencia por la ejecución de los bienes hipotecados conforme a las especialidades que se establecen en el capítulo V.

Sobre la insuficiencia del bien ejecutado para cubrir el importe debido, el art. 579 LEC introduce como novedad la de proseguir la ejecución pidiendo el embargo de otros bienes, y de esta manera continuar con el procedimiento de apremio común para toda ejecución. Ya no es necesario que por el crédito no cubierto con la ejecución hipotecaria se planté una nueva demanda ejecutiva.

En general, se ha conseguido una unidad de criterios para todo procedimiento de ejecución, sin que se produzcan las situaciones que generaba la anterior regulación cuando establecía distintos sistemas de subastas de inmuebles según se tratase de una ejecución hipotecaria o un juicio ejecutivo.

En particular, esta unificación supone la “normalización” del Derecho hipotecario dentro del Derecho procesal general, de tal forma que se ha incorporado dentro del ámbito del Derecho procesal todas las especialidades derivadas de los principios hipotecarios¹⁴⁴. En algunos casos esto supone excepcionar el criterio general para respetar el ámbito registral, como sucede con la ejecución provisional de la sentencias que, mientras no sean firmes, tan sólo generan una anotación preventiva, dadas las consecuencias imposibles de restablecer que supondrían una casación de la sentencia de instancia ya ejecutada¹⁴⁵.

La LEC parte del respeto a la norma y a los principios hipotecarios, por ello que, en gran medida, se haya trasladado el esqueleto de la regulación hipotecaria. La legislación procesal sigue un criterio estrictamente registral en distintos estadios o momentos de la ejecución directa

¹⁴³ Cfr. MIRABELL GUERIN, L. Mª: “La ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La Ley*, 8 de enero de 2001, núm. 5220, págs. 6 a 9.

¹⁴⁴ Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: “La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento”, en *RCDI*, 2000, núm. 659 (mayo-junio), págs. 1.874 y ss.

¹⁴⁵ Para los demás casos, la LEC establece también como novedad que la sentencia dictada en primera instancia será inmediatamente ejecutable, pudiendo el acreedor cobrar su crédito. Será el deudor que se oponga a la ejecución provisional el que tenga que prestar garantía.

de inmuebles hipotecados. No podía ser de otro modo dado el carácter estrictamente registral de la ejecución hipotecaria, la naturaleza constitutiva de la inscripción hipotecaria y la fuerza del principio de legitimación registral¹⁴⁶. Así se citan como momentos determinantes¹⁴⁷:

- Antes de la subasta, el Juez libra mandamiento al Registrador para que expida certificación de la titularidad y cargas.
- En la valoración de los bienes se tendrá en cuenta el importe de las cargas y derechos inscritos anteriores al crédito que se ejecuta.
- El Registrador comunicará la ejecución a los titulares de cargas o derechos inscritos, posteriores al derecho del ejecutante, que aparezcan inscritos o anotados en el momento de expedirse la certificación de cargas, siempre que conste su domicilio en el Registro¹⁴⁸.
- El Registrador no podrá cancelar la hipoteca mientras no se expida mandamiento judicial cancelando la nota marginal que se extendió con la certificación de cargas (arts. 131 y 688 apart. 2 de LH y LEC respectivamente), con lo que se pretende eliminar una posible descoordinación entre el Registro y el proceso.

Un nuevo cambio en la ejecución hipotecaria se experimentó con la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, según la redacción de su art. 55. La LEC había puesto gran empeño en resolver claramente la situación de concurso del ejecutado estableciendo la ejecución separada del crédito hipotecario, se hubiese producido o no la declaración de quiebra, y a través del sistema de purga total tras la ejecución hipotecaria.

Según la redacción originaria del art. 568 LEC, la declaración de que el ejecutado se encontraba en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra no impedía el inicio de la ejecución sobre bienes hipotecados ni la continuación del procedimiento que se dirigiera exclusivamente contra dichos bienes, el cual debía continuar hasta la satisfacción del acreedor y, en su caso, de los acreedores hipotecarios posteriores, remitiéndose el remanente, si lo hubiere, al procedimiento concursal. En consonancia con el art. 134 LH, las anotaciones preventivas de quiebra que sean posteriores registralmente a la hipoteca ejecutada debían cancelarse, pues una vez se inscribía el auto de aprobación del remate y el mandamiento de cancelación de cargas, los asientos posteriores (de dominio o derechos reales limitados, anotaciones de embargo o gravámenes) quedaban cancelados sin excepción alguna, como consecuencia de la ejecución

¹⁴⁶ Razones que, a juicio de ANDERSON ("La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC: una réplica", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2002, núm. 87 (octubre), págs. 2.231 y ss) y, en parte, también de MONTSERRAT VALERO ("La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC", en *La Ley*, 12 de abril de 2002, núm. 5.522), impiden que, a pesar del carácter declarativo de la inscripción de la cesión de créditos hipotecarios, el cesionario no inscrito pueda emplear el procedimiento de ejecución dirigido directamente contra los bienes hipotecados, aprovechándose de un procedimiento de base registral cuando su derecho no está anotado.

¹⁴⁷ Sobre el papel de Registro en la ejecución de la hipoteca NADAL GÓMEZ, I.: *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, págs. 258 y ss.

¹⁴⁸ Los titulares inscritos con posterioridad a la certificación de cargas podrán intervenir en el procedimiento pero no se les notifica, puesto que la anotación y la nota marginal de expedición opera como notificación (art. 132 apart. 3 LH).

hipotecaria¹⁴⁹. El único límite que se preveía para el ejecución hipotecaria o pignoraticia era que el importe reclamado no podía sobrepasar el límite de la responsabilidad máxima hipotecaria, aun cuando no existiesen terceros titulares de derechos anotados o inscritos en el Registro.

Así, la regla general era la no suspensión en cualquier ejecución que tuviera por objeto la realización de los bienes hipotecados para hacer efectiva la deuda asegurada.

Este tradicional privilegio de ejecución chocaba con el supuesto en que la hipoteca se hubiese constituido durante el periodo de retroacción de la quiebra, pues si los actos realizados durante el periodo de retroacción se reputaban nulos de pleno derecho, no tenía ningún sentido proseguir la ejecución fundada en un derecho de hipoteca nulo, que nunca pudo producir efectos. Sin embargo, el régimen legal de cancelación de asientos registrales requería el consentimiento de su titular o resolución dictada en un juicio declarativo, sin que bastase la presentación del auto de declaración de quiebra ante el juez encargado de la ejecución¹⁵⁰. La situación descrita varía con la entrada en vigor de la Ley Concursal, pues suprime el periodo de retroacción de la quiebra y aclara la naturaleza de las acciones de reintegración de la masa.

La medida que conlleva la suspensión y acumulación al concurso de las ejecuciones hipotecarias se criticó por ser antieconómica e impedir reactivar la economía de la empresa al empeorar las condiciones de los préstamos hipotecarios, pues podía suponer un incremento del tipo de interés para afrontar los riesgos de la insolvencia¹⁵¹.

Así pues, la Ley Concursal opta por la paralización de las ejecuciones de garantías reales. Pero no de todas. La vigente regulación mantiene este privilegio para las ejecuciones sobre bienes no afectos a la actividad empresarial y para las ejecuciones ya iniciadas sobre bienes afectos cuando no sean necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor y estén publicados los anuncios para subasta al tiempo de la declaración de concurso. Por el contrario, se suspenderá el proceso de ejecución hipotecaria cuando las hipotecas recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, o a una actividad productiva de su titularidad. Suspensión que se mantendrá hasta la aprobación del convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de la hipoteca o transcurra el plazo de un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese producido la apertura de la fase de liquidación. Se

¹⁴⁹ Es la opinión mantenida por GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: “La normalización...”, ob.cit, págs. 1.912 y 1.913; DÍAZ FRAILE, J.M^a: *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados. Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pág. 710 y ÁVILA NAVARRO, P.: “La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados”, en *RCDI*, 2000, núm. 657 (marzo-abril), págs. 659 y 660. No debe cancelarse la anotación de quiebra en virtud del correspondiente mandamiento cancelatorio según RIVAS TORRALBA, R: “Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2000, núm. 61 (junio), pág. 19. Mantienen una postura intermedia CURIEL LORENTE, quien determina como fecha para fijar la cancelación la nota marginal de expedición del certificado de dominio y cargas (“Ley de Enjuiciamiento Civil: Referencia y breve comentario de las modificaciones de la legislación hipotecaria”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2000, núm. 56 (enero), pág. 18).

¹⁵⁰ Sobre las distintas posturas doctrinales que esta situación producía v. HERBOSA, I.: *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, págs.487 a 491.

¹⁵¹ Sobre el tema GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: “Crítica al tratamiento del crédito hipotecario en el Proyecto de Ley Concursal y otros aspectos registrales”, en *Boletín del CERC*, 2002, núm. 102 (septiembre-octubre), págs. 402 y ss.

produce, de esta forma, una disociación entre aquellos bienes que son más valiosos para el deudor comercial y aquéllos sobre los que los acreedores pueden tener mayores incentivos en gozar de una garantía¹⁵².

Las ejecuciones que se inicien o se reanuden cuando concurren estas circunstancias que señala el art. 56 se someterán a la jurisdicción del Juez del concurso¹⁵³, a través del sistema de la subasta salvo que el Juez autorice la venta directa al oferente (arts. 155.4 y 57.1 LC).

1. PROBLEMAS Y ESPECIALIDADES EN LA EJECUCIÓN DIRECTA SOBRE BIENES INMUEBLES HIPOTECADOS

Indudablemente la reforma procesal afectó no sólo a la hipoteca inmobiliaria, sino también a la que se constituye sobre bienes muebles, en forma de hipoteca mobiliaria o de prenda sin desplazamiento de la posesión y a las hipotecas sobre buques. Sin embargo, teniendo en cuenta la finalidad de nuestro estudio sólo nos interesa la ejecución de los inmuebles gravados con hipoteca.

El cambio visiblemente más notorio fue la muerte del procedimiento judicial sumario, al haber desaparecido esta denominación y, con él, la supresión de la extensa redacción del art. 131 LH¹⁵⁴. No obstante, pervive un proceso de ejecución especial cuando el título ejecutivo es la escritura pública de constitución de la hipoteca, manteniéndose, en lo sustancial, el régimen precedente de ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta. La sumariedad de la realización de valor del derecho real de hipoteca se apoya en la idea de la seguridad jurídica que la inscripción registral proporciona.

La ejecución hipotecaria tiene unas características propias, aunque supletoriamente le son aplicables algunas normas de ejecución ordinaria. Por este motivo que, al hablar de las particularidades en la ejecución de bienes hipotecados, tengamos que manejar ambos sistemas, tanto el previsto para la ejecución forzosa como para los bienes hipotecados. Así, aquello que es una especialidad para el sistema de ejecución, también lo puede ser para la ejecución de los bienes hipotecados y por ello debe ser mencionado en este apartado. Todo ello sin olvidar y, por tanto, sin dejar de hacer mención al procedimiento judicial sumario abandonado desde el 2001¹⁵⁵. De esta forma se establece una estricta comparación y planteamiento de la problemática en fase de ejecución hipotecaria.

¹⁵² CARRASCO PERERA precisa la terminología de la excepción (“bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad”) en *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

¹⁵³ Con más detenimiento recoge este proceso HERBOSA, I.: *El despacho de la ejecución...*, ob.cit., págs. 496 y ss. y “Los efectos del concurso en la Ley concursal” (I y II), en *Diario la Ley*, 8 de abril de 2004, núm. 5993.

¹⁵⁴ El procedimiento judicial sumario se introdujo con la Ley Hipotecaria de 1909 con la finalidad de posibilitar al acreedor un medio fácil para lograr la efectividad del crédito hipotecario, evitando el juicio ejecutivo ordinario que resultaba largo y antieconómico.

¹⁵⁵ Procedimiento que seguía aplicable a los procesos iniciados al entrar en vigor la nueva Ley procesal (Disposición Transitoria sexta de la LEC).

Teniendo presente lo dicho, destacamos las siguientes especialidades dentro de la realización de los bienes inmuebles hipotecados.

1. REDUCCIÓN DE TRÁMITES

La reducción de trámites obedece a la inspiración de toda la LEC de agilización de plazos, cumplimiento efectivo de las reglas de inmediación, publicidad y oralidad, a lo que también contribuye la regulación de los actos de comunicación por medios electrónicos e informáticos¹⁵⁶.

La especialidad en la ejecución de ciertos inmuebles deviene de la garantía real que soportan, aunque éste no es presupuesto suficiente para aplicarles los arts. 681 y ss. de la LEC, ya que han de concurrir otras dos circunstancias, a saber: que en la escritura aparezca el precio en que se tasa la finca y conste el domicilio del deudor (art. 682 LEC). Tasación y domicilio son así requisitos fundamentales en la escritura de constitución de hipoteca. De no aparecer estos datos, la escritura puede ser inscrita, pero no podrá ser utilizada esta vía especial de ejecución. El acreedor tendría que seguir las reglas de la ejecución ordinaria.

A. Tasación de los bienes

Esta valoración que aparece en la escritura pública de constitución de la hipoteca, en la inscripción de la misma en el Registro, y que han determinado los interesados, es el precio en que tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta. El “tipo” viene a ser el valor de referencia del bien, o dicho de otro modo, es el valor mínimo de venta de los bienes a subastar.

Al quedar fijada la valoración desde el primer momento, se consigue una simplificación en la tramitación del proceso de ejecución, sin que tenga que demorarse la ejecución mientras se procede al avalúo, y también se evitan parte de las costas que se producen al no tener que nombrarse peritos (arts. 637 y ss. LEC). Lo característico del procedimiento de ejecución sobre bienes especialmente hipotecados es que se pasa directamente al apremio, sin que le sean aplicables las normas sobre avalúo de los bienes (art. 682.2.1 LEC).

Actualmente, para acudir al procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados es necesario que la tasación aparezca en la escritura de constitución. Anteriormente, para los bienes inmuebles embargados había que proceder a la certificación de cargas por el Registrador y a la notificación de todos los titulares de derechos sobre el bien para que pudieran intervenir en el avalúo y subasta de los bienes, si les convenía. Si se personaban en los autos antes del avalúo tenían derecho a nombrar un perito a su costa, junto con los nombrados por el ejecutante y el ejecutado (arts. 1.489 y ss de la derogada LEC).

¹⁵⁶ Sobre el particular HOYOS SANCHO, M. DE: “Actos procesales de notificación y nuevas tecnologías”, *La Ley*, 1 de abril de 2003, núm. 5.751, págs. 1 y ss.

El valor de tasación no es otro que el fijado por las partes¹⁵⁷. No se mantiene para la ejecución hipotecaria el sistema de avalúo de la antigua LEC, ni el previsto por la actual para la ejecución ordinaria, en el que el importe de las cargas subsistentes sirven para la determinación del valor con que el inmueble ha de salir a subasta, si bien el art. 657 LEC, relativo a la información de cargas extinguidas o aminoradas, puede servir para facilitar la concurrencia de postores a la subasta. Los interesados no pueden saber, al tiempo de constituir la hipoteca qué cargas preferentes existirán cuando se proceda a la ejecución o en qué medida subsisten, bien porque se hayan extinguido, bien porque se hayan aminorado. Por tanto, no se puede fijar razonablemente un precio para la finca tomando en consideración las cargas. En cualquier caso, lo que tiene que aparecer es una cantidad líquida, o que así pueda resultar mediante una simple operación aritmética.

El art. 657 LEC establece para toda subasta de bienes inmuebles un sistema de información de cargas extinguidas o aminoradas a la fecha de la ejecución, con el único objeto de clarificar el valor de la finca. Así establece la posibilidad, a petición del ejecutante, de que el Tribunal requiera a los titulares de los créditos anteriores, que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución, con objeto de que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía. Los acreedores a quienes se reclame tal información deberán indicar con la mayor precisión si el crédito subsiste o se ha extinguido por cualquier causa y, en caso de subsistir, qué cantidad resta pendiente de pago, la fecha de vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones en que el pago debe efectuarse. El licitador, tomando en consideración la información recibida por vía del art. 657 LEC, descontará el valor real de las cargas subsistentes de su oferta en la subasta.

La determinación en la escritura del avalúo del bien y la aceleración en los trámites de ejecución que ello conlleva, contrasta con la objetividad con que los peritos tasadores son elegidos en el avalúo de inmuebles objeto de ejecución ordinaria (art. 638 LEC).

La LEC no establece ningún criterio con el que los interesados deban fijar el importe de tasación de la finca o bien hipotecado, dándole total libertad y discrecionalidad. Lo único necesario es que lleguen a un acuerdo. Teniendo en cuenta que la tasación viene realizándose por sociedades vinculadas a las mismas entidades prestamistas, habría que afirmar que los interesados más que establecer libremente el precio de tasación, aceptan libremente el establecido por la empresa tasadora.

No obstante, hay bienes cuyo precio de venta está limitado, nos referimos a las Viviendas de Protección Oficial o sujetas a algún tipo de protección pública, con lo que, ante la libertad convencional de tasación, podría suceder que la finca hipotecada se adjudicara por un precio superior al máximo fijado en la normativa administrativa, y no solamente eso, sino que adquiriendo la vivienda por un precio superior al límite administrativo, debe el rematante venderla posteriormente al precio legalmente establecido¹⁵⁸. Para estos casos, el criterio jurisprudencial ha oscilado entre considerar que el precio a tener en cuenta es el tasado por la

¹⁵⁷ En ocasiones el precio de la tasación que sirve de tipo para la subasta es fijado unilateralmente por el hipotecante en los supuesto de hipoteca constituida por acto unilateral, aunque debe ser aceptada por la persona a cuyo favor se estableció (art. 149 LH).

¹⁵⁸ Sobre el tema VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "Precio y renta en las Viviendas de Protección Oficial. Doctrina y Jurisprudencia", *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, págs. 97 y ss.

ley, y no el precio peritado¹⁵⁹, o admitir cuantía por encima de los precios máximos de venta, aunque se traduzca en la imposición de sanciones administrativas¹⁶⁰.

En algunas escrituras de constitución de hipoteca sobre viviendas de protección oficial, se fija alternativamente un doble valor de tasación según continúen siendo de protección oficial (límite del precio fijado administrativamente) o se encuentren descalificadas al tiempo de ejercitarse la acción real hipotecaria (avalúo establecido por las partes). Esta opción se puede tener en consideración sólo cuando la calificación o descalificación del bien a ejecutar pueda resultar del Registro de la Propiedad, debido a la operatividad automática del procedimiento, por lo que fuera de estos casos no sería posible. JURADO JURADO centra la solución en dos posibilidades: una, que la venta en subasta sería válida por precio superior al tasado legalmente, sin perjuicio de los efectos derivados de la infracción administrativa o, dos, establecer una limitación respecto a las cantidades a que pueden ascender la pujas que efectúen los postores¹⁶¹.

Con carácter general, y fuera de estos casos en particular, nada habría que objetar si verdaderamente la valoración del inmueble gravado se hiciese conjuntamente por los interesados. Entiéndase por interesados el acreedor hipotecario y el titular dominical de la finca hipotecada, se el deudor o un tercero hipotecante no deudor. Aunque en los folletos informativos de los créditos hipotecarios, y debido a la normativa específica sobre transparencia, hacen constar expresamente el derecho que asiste al prestatario para designar de mutuo acuerdo con el prestamista la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble¹⁶², sucede que, por desconocimiento o por dejadez, la valoración del inmueble es fijada por los profesionales que han sido predeterminados por el acreedor, convirtiendo las ejecuciones hipotecarias en un pésimo negocio para el propietario ejecutado, pues el sistema actual no asegura que el valor de tasación sea un valor de mercado¹⁶³. Tal y como está estructurado, con la fijación del tipo no se pretende alcanzar una valoración real de la finca, sino señalar el precio mínimo para la subasta.

En demasiadas ocasiones este sistema de valoración se convierte en un enriquecimiento para el rematante o adjudicatario, que puede acceder a la propiedad de un inmueble por un precio ajeno a la realidad del mercado inmobiliario, pudiéndose beneficiar de las mejoras experimentadas en el inmueble, nuevas construcciones y pertenencias a las que la hipoteca se extenderá en el futuro. Los bienes son tasados en el estado en que se encuentran cuando se constituye la hipoteca, por lo que si, posteriormente, no se acometan modificaciones para adaptar el avalúo a la situación física real del inmueble al tiempo de la subasta, la valoración fijada inicialmente en la escritura será el tipo de la subasta.

¹⁵⁹ STS de 22 de mayo de 1995 (RJ 3998).

¹⁶⁰ SSTs de 11 de julio de 1995 (RJ 5957) y 13 de marzo de 1998 (RJ 2231).

¹⁶¹ *Procedimiento de ejecución...*, ob.cit. pág. 61.

¹⁶² Art. 40 del RDL 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios.

¹⁶³ Sobre esta advertencia v. CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E./ MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los Derechos de garantía*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 686. En el proyecto de LEC, el avalúo convencional se supeditaba a la aprobación judicial para evitar abusos de alguna de las partes. La supresión de este requisito en el texto definitivo fue debido a la finalidad de evitar y simplificar trámites, y al deseo del legislador de fomentar estos acuerdos (v. PUEBLA POVEDANO, A.: “El procedimiento de apremio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Estudios de Derecho judicial, núm. 31, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 354).

Nada se prevé sobre la posibilidad de una modificación, aunque tampoco existe norma que lo prohíba expresamente¹⁶⁴. Luego se podría entender que las partes podrían modificar la valoración antes de la ejecución, concurriendo el consentimiento del acreedor y del propietario actual del inmueble gravado. Hay autores que también exigen el consentimiento de los acreedores posteriores inscritos, titulares intermedios entre la inscripción y la ejecución, a quienes perjudicaría una disminución del valor de tasación inicialmente fijado¹⁶⁵. No obstante, se pueden entender razonable la ausencia de este consentimiento porque la modificación del tipo no constituye una mutación jurídico real que deba ser consentida por dichos terceros¹⁶⁶; ni siquiera los terceros tienen un derecho adquirido, sino una simple esperanza de carácter procesal que no puede ser considerada como expectativa en sentido técnico-jurídico¹⁶⁷.

Mientras que la modificación y adecuación del tipo a las circunstancias materiales sobrevenidas de la finca no se produzca, el licitador es quien tiene que investigar e informarse para concurrir a la subasta, detectar las modificaciones físicas y jurídicas.

Mayor preocupación ha suscitado para el legislador la tasación de bienes inmuebles cuando éstos se utilizan como cobertura de los títulos hipotecarios, ya que para estos casos considera que hay unos intereses dignos de protección y de especial miramiento, se refiere con ello a los intereses de terceros en su condición de inversores. Bajo esta finalidad se dictó en su momento la Orden de 30 de noviembre de 1994 para el Cálculo y Formalización del Valor de Tasación, que ha quedado derogada por la Orden de 27 de marzo de 2003, sobre Normas de Valoración de Bienes Inmuebles y de Determinados Derechos para ciertas finalidades Financieras, disposición esta última que persigue una valoración más ajustada al valor del mercado y actualizada para aquellos bienes inmuebles que producen rentas. Para ello distingue una serie de métodos de tasación (método de coste, de comparación, de actualización de rentas y residual) previendo también la valoración de edificios y elementos de edificios en proyecto o en construcción (método del coste, art. 17).

B. Cambios en el domicilio señalado para requerimientos y notificaciones

Para aplicar las especialidades que la Ley de enjuiciamiento señala para la ejecución de bienes hipotecados, además de la tasación, la escritura de constitución de la hipoteca ha de reflejar el domicilio del deudor para la práctica de requerimientos y notificaciones. La designación de un domicilio en la escritura no vincula indefinidamente al deudor, sino que éste puede alterarlo en los términos establecidos en la legislación. Al respecto, la nueva regulación matiza lo establecido para los cambios de domicilio del deudor, no así cuando se trata del domicilio del tercer poseedor, que cuenta con un apartado especial para evitar las confusiones en la identificación del domicilio al entenderse originariamente que con la adquisición del tercero

¹⁶⁴ Al respecto MORAL MORO, M^a J.: *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 240.

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Madrid, 2001, pág. 633 y RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Dilex, S.L., Madrid, 2004, pág. 60.

¹⁶⁶ HERBOSA MARTÍNEZ, I.: *El despacho de la ejecución...*, ob.cit., pág. 29.

¹⁶⁷ GARCÍA GARCÍA, J.M.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 95 y 96.

había un nuevo y único domicilio, fijado exclusivamente por el adquirente de la finca, y en el que también tuviera que ser requerido de pago el deudor.

La fijación de un domicilio para requerimientos y notificaciones en la escritura de constitución de la hipoteca se requiere para la aplicación de las particularidades procesales relativas a la ejecución directa sobre bienes hipotecados (art. 682.2.2º LEC), pero en modo alguno afectan a la validez y eficacia de la hipoteca. Más bien su importancia deriva de la observancia de los derechos constitucionales de defensa judicial que asisten a las partes (art. 24 apart. 1 y 2 CE).

La constancia registral del domicilio es consecuencia de la especial fuerza ejecutiva del título inscrito (STS 2 de febrero de 2007). La previsión legal del domicilio tiene como fin garantizar al deudor el conocimiento del proceso de ejecución y proteger al acreedor contra posibles dilaciones y entorpecimientos causados por el cambio de domicilio o mala fe del deudor, pues una vez practicados los requerimientos y notificaciones en dicho domicilio sin que den razón de él, no será necesario averiguar su domicilio real, dando por cumplido el trámite legal.

De gran trascendencia ha sido la variación recogida en el art. 683 apart. 3 LEC sobre cambio del domicilio del tercer adquirente. En la situación anterior, el legislador no diferenciaba entre deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor cuando se procedía a un cambio de domicilio para notificaciones. El antiguo art. 130 apart. 7 LH disponía que “todo posterior adquirente de la finca podrá variar el domicilio fijado al tiempo de la adquisición, pero sujetándose a las condiciones y requisitos antes expresados y, en su defecto, quedará subsistente el que aparezca en el Registro”. Con ello, el domicilio fijado para requerimientos y notificaciones a realizar al tercer poseedor venía constituido por el que el deudor y, en su caso, el hipotecante no deudor, hubiesen fijado en la escritura de constitución de la hipoteca.

El criterio tradicional imponía el consentimiento del acreedor al cambio de domicilio cuando se trasladaba a población distinta de la designada en la escritura, siempre que estuviera situada fuera del término donde radican las fincas y sirva para determinar la competencia del Juzgado, o al menos debía ser notificado el acreedor si el cambio de domicilio era dentro de la misma población o término.

El art. 683 apart. 1 LEC mantiene prácticamente esta regulación para los cambios de domicilio del deudor y del hipotecante no deudor, aunque matiza la intervención del acreedor. Por tanto, cuando el cambio se produce dentro de la misma población se hará constar por acta notarial y se extenderá nota al margen de la inscripción de la hipoteca por el Registrador. El precepto no recoge con claridad si debe ser notificado el acreedor. El antiguo 130 apart. 5 LH¹⁶⁸ combinado con el art. 226 RH¹⁶⁹ mostraban el necesario consentimiento y conformidad del

¹⁶⁸ Art. 150.5 LH: “la modificación en el domicilio y su conocimiento por el acreedor se harán constar en acta notarial, y en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción o inscripciones de hipoteca”

¹⁶⁹ Art. 226.1 RH: “El cambio de domicilio del deudor, en los casos previstos en el citado artículo 130, deberá ser puesto en conocimiento del acreedor hipotecario. Tanto este conocimiento como la conformidad necesaria no producirán efecto alguno para la tramitación del procedimiento sumario si no se hubiesen hecho constar por nota al margen de la inscripción o inscripciones correspondientes”.

acreedor para que fuese efectivo, procesalmente, el cambio. Sin embargo el art. 683.2 LEC¹⁷⁰ nada señala sobre la puesta en conocimiento del acreedor. Basta su constancia en acta notarial y su toma de razón en el Registro de la Propiedad, sin que el tenor literal del reglamento pueda contradecir lo dispuesto en una Ley¹⁷¹.

Desplazándose fuera del término, el deudor deberá, a través del acta notarial, notificárselo al acreedor, reflejar la modificación en acta notarial y así proceder a la inscripción registral del cambio. La conformidad del acreedor hipotecario que señala el art. 683.1. 1º LEC no puede entenderse como limitación del derecho del deudor a fijar o cambiar libremente su domicilio, sino más bien como carga de deudor de poner en conocimiento del acreedor hipotecario dicha modificación a efectos de requerimientos y notificaciones.

Para los terceros adquirentes se modifica radicalmente el régimen en cuanto que el domicilio para notificaciones y requerimientos será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición, sin que ello implique alterar el fijado por el deudor en la escritura. Por consiguiente, cuando se proceda a la inscripción de la compra, el cambio de domicilio será automático, sin necesidad de contar con el consentimiento del acreedor ni notificárselo. Los cambios en el domicilio del tercer poseedor se reflejarán mediante acta notarial y nota marginal, sin que sea necesario la constancia de la conformidad del acreedor. MARTÍN MARTÍN¹⁷² y RIVAS TORRALBA¹⁷³ consideran que ésta es una regulación privilegiada para el tercer adquirente, ya que, mientras el deudor o el hipotecante no deudor deben recabar, en determinados supuestos, la conformidad del acreedor hipotecario, el tercer adquirente puede plasmar la alteración del domicilio por su sola voluntad.

De esta manera si el tercer adquirente no se subroga en la deuda asegurada con la hipoteca y, por tanto, reúne la condición de tercer poseedor, ya no hay duda de que existirán dos domicilios: el que se hubiese designado por el deudor en la inscripción de la hipoteca y el que figura en la inscripción de la adquisición para el tercer poseedor. Si la finca se transmite a un tercero que se subroga en la deuda, el único domicilio existente a efectos de requerimiento y notificaciones será el fijado en la inscripción de su adquisición.

2. COMUNICACIÓN REGISTRAL A TERCEROS

La omisión de la presencia de todos los que tenían que estar en el procedimiento y no lo estuvieron ha desencadenado numerosas nulidades, siempre antieconómicas para el acreedor ejecutante. Por ello, la LEC intenta asegurar la presencia de todos ellos siendo más precisa sobre este extremo que su antecesora.

¹⁷⁰ 683.2 LEC: “Los cambios de domicilio se harán constar por acta notarial y, en el Registro correspondiente, por nota al margen de la inscripción de la hipoteca”.

¹⁷¹ Opinión que mantiene GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Legislación hipotecaria y del Registro mercantil*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 414 y RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La ejecución...*, ob.cit., pág. 71.

¹⁷² “La nueva regulación de la ejecución hipotecaria directa sobre inmuebles”, en *Boletín del colegio de Registradores de España*, 2000, núm. 60, pág. 961.

¹⁷³ “Notas obre el procedimiento de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil” (II), en *Lunes Cuatro Treinta*, 2000, núm. 278, pág. 12.

El art. 685 apart. 1 LEC establece que “la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”. De modo que, si el tercer poseedor no acredita el cambio de titularidad del bien ante el acreedor, no podrá impugnar el procedimiento si se omite su condición de demandado. Como se puede observar, al tercer poseedor se le da un tratamiento distinto, como también sucedía en los cambios de domicilio.

El art. 686 LEC exige que en el mismo auto en que se despache la ejecución se mandará que se requiera de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro. Ello sin perjuicio de que pueda prescindirse de este requerimiento de pago, si consta realizado por la vía extrajudicial, en la forma que establece el propio art. 581 en su apartado 2.

No obstante, si el tercer poseedor no ha notificado al acreedor su adquisición, la Ley prevé un mecanismo de defensa para él ante la ejecución hipotecaria establecido en el art. 689 LEC. Ante el supuesto de que el tercer poseedor no haya sido demandado ni requerido de pago en la forma establecida en los anteriores preceptos, pero resulta su existencia de la certificación registral expedida por el Registrador, se le notificará la existencia del procedimiento para que pueda intervenir en la ejecución o satisfacer, antes del remate, el importe del crédito, los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca. Si el tercer poseedor inscribe su adquisición después de expedida la certificación de cargas, la nota marginal que publica el Registro le sirve para conocer la existencia de la ejecución de la hipoteca.

Sobre esta forma de notificación al tercer poseedor se ha ocupado GARCÍA GARCÍA, estableciendo que no puede ser otra que la notificación judicial, diferenciándose de la comunicación que el Registrador deberá realizar cuando se trate de cargas y derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca (art. 689 apart. 2 en relación con el 659 de la LEC)¹⁷⁴. En cuanto que la ejecución de la finca afecta de modo distinto a uno y a otros titulares, los requerimientos han de ser diferentes, mucho más precisos y personalizados para el tercer poseedor que para los titulares de otros derechos reales o cargas. El tercer poseedor es el que puede verse privado del dominio de la finca, afectándole el procedimiento de una forma mucho más directa.

Pero como quiera que el tercer poseedor también es titular de un derecho real, el Registrador ha de comunicar la ejecución, no sólo a los titulares de cargas o derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca, sino también al titular del derecho real de dominio¹⁷⁵.

Así las cosas, el tercer poseedor, titular del dominio de la finca o de un derecho de uso y disfrute sobre la misma conforme al apart. 2 del art. 662 LEC, ha de ser demandado, requerido de pago, en forma judicial o extrajudicial, notificado judicialmente para que intervenga en la

¹⁷⁴ “¿Quién debe “notificar” al tercer poseedor la ejecución hipotecaria? ¿El Juez o el Registrador?”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2001, núm. 77 (noviembre), págs. 3.071 y ss. Es de la misma opinión JURADO JURADO, J. J.: *Procedimiento de ejecución...*, ob.cit., págs. 213 y ss.

¹⁷⁵ Según MONTERO AROCA, en cuanto que el tercer poseedor aún no se ha personado en autos, podrá realizarse la comunicación mediante correo o cualquier otro medio fehaciente al domicilio del tercer poseedor por remisión al art. 155 LEC (*Las ejecuciones...*, ob.cit., pág. 688). Para JURADO JURADO dada la trascendencia de la notificación deberá de hacerse directa y personalmente (*Procedimiento...*, ob.cit., pág. 216) .

ejecución y, al igual que los demás titulares de derechos reales inscritos, se le comunicará la ejecución por el Registrador. Todo sea, como bien dice GARCÍA GARCÍA¹⁷⁶, por el tercer poseedor, a la postre el más perjudicado por la ejecución, aunque el texto legal podía haber sido más claro para evitar duplicidades.

3. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE REALIZACIÓN DE VALOR

La LEC ha acabado con la experiencia centenaria de confiar la ejecución forzosa de los bienes embargados e hipotecados a la subasta judicial, foco de manipulaciones y modo de malvender los bienes¹⁷⁷. La insuficiencia de la subasta se manifestaba desde la defectuosa publicidad¹⁷⁸, pasando por la dirección de la subasta por persona ajena al ámbito comercial inmobiliario, hasta el riguroso control ejercido por los subasteros¹⁷⁹.

Seguramente motivado por la agilización del procedimiento de ejecución, la realización más eficaz de los bienes hipotecados y las críticas al sistema de subasta pública¹⁸⁰, el legislador ha introducido dos alternativas a la subasta judicial: convenio de realización (art. 640 LEC) y realización por persona o entidad especializada (641 LEC). No sólo se ha limitado a introducir otras formas de enajenación forzosa, sino que ha intentado igualmente priorizar su utilización. En este sentido, es bastante significativo que el texto definitivo de la LEC haya colocado sistemáticamente estas dos instituciones antes que la subasta, a diferencia de lo que ocurría en el proyecto de LEC, que lo hacía después y bajo la rúbrica de “medios especiales de realización forzosa”, con lo que parecía que estaba otorgando prioridad a la subasta. El cambio de ubicación y la supresión de “especiales” parece indicar la preferencia formal del legislador por estos medios. Frente a esta prioridad sistemática, la práctica sigue reconociendo a la subasta como la fórmula más utilizada de ejecución de inmuebles.

Los requisitos comunes a ambas formas de realización son¹⁸¹: a) se solicita por las partes; b) debe estar determinada la tasación de la finca que fijará el punto de partida para la fijación del precio; c) la enajenación, tratándose de inmuebles, deberá obtener un precio superior al 70%; d) respeto de los derechos de los acreedores preferentes.

¹⁷⁶ “¿Quién debe “notificar...”, ob.cit., pág. 3.072

¹⁷⁷ El tiempo ha quitado la razón a GARCÍA GOYENA cuando comentaba que la subasta judicial “es el único medio posible para evitar fraudes y confabulaciones, y alzar el precio de las cosas” (“*Concordancias, motivos...*”, ob.cit., pág. 178). Sobre el fracaso de la subasta judicial v. LORCA NAVARRETE, A. M^a: “La realización de bienes embargados a través del apremio, ¿hacia la supresión de las subastas?”, en *La Ley*, 1991, núm. 966.

¹⁷⁸ La publicación edictal hacía referencia escuetamente a la fecha de la ejecución, Juzgado donde se celebraría, número de autos, datos registrales de la finca y tipo de subasta.

¹⁷⁹ Según GONZÁLEZ LÓPEZ y SÁNCHEZ MARÍN, la subasta podía resumirse con las siguiente palabras: “se compra algo que prácticamente no se conoce, que apenas se publicita, en dónde hay que buscar financiación para completar el precio del inmuebles en poco tiempo (en la antigua LEC ocho días), y en dónde no se tiene la certeza de poder tomar de inmediato la posesión del mismo” (*La subasta por persona o entidad especializada: visión práctica*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 29).

¹⁸⁰ Motivaciones que corrobora la Exposición de Motivos de la Ley en su apartado XVII: “Con independencia de las mejoras introducidas en la regulación de la subasta, la Ley abre camino a vías de enajenación alternativas que, en determinadas circunstancias, permitirán agilizar la realización y mejorar su rendimiento (...)”.

¹⁸¹ Cfr. PUEBLA POVEDANO, A.: “El procedimiento de apremio...”, ob.cit., pág. 360.

En la regulación anterior también existían tres grandes formas de realización, pero de importancia muy desigual. La fase de apremio de los bienes inmuebles hipotecados radicaba fundamentalmente en la subasta judicial, y de su falta de éxito aparecían la adjudicación en pago o la administración forzosa de los bienes embargados a favor del acreedor ejecutante para que fuese resarciendo su crédito con los frutos que producían los bienes.

A. Convenio privado de realización

De estas dos formas de enajenación forzosa, el convenio privado de realización judicialmente aprobado tiene una mayor virtualidad, configurándolo como medio preferente, dado que el acuerdo de las partes implicadas se traduce en la consecución de un mayor equilibrio en esta fase ejecutiva. El equilibrio ha de presidir todo proceso de ejecución y, en este sentido, el convenio otorga la posibilidad de conseguir una mayor satisfacción de los derechos del acreedor junto con el correlativo menor detrimento para el deudor¹⁸². Por ello, el legislador parece haberse decantado por fomentar la iniciativa privada a través del convenio o acuerdo entre las partes, por considerar que existen mejores condiciones para obtener el mayor precio o, al menos, que éste se ajuste al normal del mercado¹⁸³. Sin embargo, entre estos dos sistemas alternativos de realización de valor, la práctica se ha decantado con mayor frecuencia por la venta por persona o entidad especializada.

Por la novedad que representa el convenio de realización, merece detenernos en los pasos que configuran su tramitación. Éstos son: convocatoria de los interesados, comparecencia y convenio.

En cualquier momento de la tramitación del proceso de ejecución, siempre que se haya realizado el avalúo y antes de la celebración de la subasta, podrá pedir al Tribunal el ejecutante, ejecutado o cualquier interesado directo en la ejecución¹⁸⁴, que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir otro modo de realización, e incluso cualquier forma de satisfacción del ejecutante. Si la solicitud parte del ejecutante, el Tribunal aceptará la convocatoria. Si procede del ejecutado o de cualquier interesado también la aceptará el Tribunal, siempre que el ejecutante esté conforme con ella. En cualquier caso, la convocatoria judicial no suspenderá la tramitación de la ejecución, que sólo será posible una vez aprobado judicialmente el acuerdo.

La posible ausencia de los terceros interesados en la comparecencia no implica que no pueda celebrarse. Para que se adopte un acuerdo de realización es imprescindible la comparecencia del ejecutante y del ejecutado, si bien para aprobarse el convenio será necesario

¹⁸² V. HOYA COROMINA, J.: “Comentario al artículo 640 LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/ RIFA SOLER/ VALLS GOMBAU, t. III, Barcelona, 2000, págs. 2.996 y ss.

¹⁸³ La preferencia por esta vía de ejecución la manifiesta LETE ACHIRICA atendiendo a la interpretación del art. 636 LEC, del que se desprende que cuando los bienes embargados son distintos de los enumerados en los arts. 634 y 635 LEC, el convenio de realización gozará de preferencia y, a falta de acuerdo, la enajenación de los bienes se llevará a cabo por medio de persona o entidad especializada o subasta judicial (“El convenio privado de realización de bienes del artículo 640 de la LEC”, en *La Ley*, 15 de marzo de 2002, núm. 5503, págs. 2 y ss.).

¹⁸⁴ Por interés directo se ha de entender cualquier persona que sea titular de un derecho real o carga que deba resultar extinguida como consecuencia de la ejecución. No es interesado el titular de derechos preferentes que quedan subsistentes.

también que los acreedores y terceros poseedores, que hubiesen inscrito o anotado su derecho en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta, presten su consentimiento al convenio de realización (2º apart. del núm. 3 del art. 640 LEC)¹⁸⁵. En consecuencia, la omisión de dicha conformidad impedirá la cancelación de los asientos registrales de sus respectivos derechos en tanto no medie su conformidad o la correspondiente resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra ellos¹⁸⁶.

Con el acuerdo de realización se ha de obtener una ventaja materializada en la obtención de un precio “previsiblemente superior” al que pudiera lograrse en la subasta sin causar perjuicio a tercero (2º apart. del núm. 2 del art. 640 LEC). Concurriendo estas circunstancias y existiendo la conformidad de los sujetos, el Tribunal no podrá negarse a este convenido de realización. Ahora bien, la aprobación del convenio puede depender de la decisión judicial a falta de conformidad manifestada por los sujetos interesados.

Los asistentes podrán proponer cualquier forma de realización de los bienes. La LEC sólo se refiere a que se presente a persona que, consignando o afianzando, esté dispuesto a adquirir los bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera obtenerse mediante subasta judicial. Se entiende que el importe de la consignación lo fija el Tribunal¹⁸⁷ y en cuanto el precio que ofrece el comprador, basta con que sea suficiente para dar satisfacción al acreedor y, en su caso, a los acreedores posteriores¹⁸⁸. Pero además de ésta, cabe cualquier otra alternativa dentro de los límites del art. 1.255 Cc: adjudicación al propio acreedor por un precio razonable, administración de los bienes, pactos sobre explotación de la empresa, dación en pago, constitución de un arrendamiento con entrega de la renta al ejecutante, etc.

No se trata de una venta extrajudicial, en la medida que se realiza bajo la supervisión del Tribunal, pero permite acudir a fórmulas afines a aquélla, en cuanto supone la búsqueda de un adquirente fuera de la subasta judicial.

Una vez el Tribunal apruebe el acuerdo por medio de auto, se suspende la ejecución del bien que quedará sobreesido cuando se acredite el cumplimiento del acuerdo. Es decir, el Tribunal deberá resolver mediante auto la aprobación del acuerdo al que hayan llegado en la comparecencia y la suspensión de la ejecución, y luego mediante otra resolución distinta y posterior deberá, previa acreditación del cumplimiento del acuerdo, disponer el sobreseimiento de la ejecución. De no cumplirse se alzarán la suspensión de la ejecución y se procederá a la subasta en la forma convenida por la Ley.

Ciertamente la regulación del convenio de realización es bastante genérica, pero está totalmente justificado según MONTERO AROCA, al ser una alternativa basada en la voluntad de

¹⁸⁵ Esta norma tiene sentido respecto a los acreedores posteriores no así para el tercer poseedor ya que, más que un interesado en la ejecución, es el ejecutado y así lo demuestra la comunicación que se le hace del procedimiento al titular del dominio según el art. 689 apart. 1 LEC.

¹⁸⁶ V. RDGRN de 19 de septiembre de 2003 (RJ 6335). Sobre la importancia de la conformidad manifestada por los acreedores posteriores y terceros poseedores v. la sentencia de la AP de Alicante de 27 de abril de 2005 (JUR 164328).

¹⁸⁷ Así lo entiende GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: “La normalización del Derecho...”, ob.cit., pág. 1.898.

¹⁸⁸ V. OLIVA SANTOS, A. DE LA/ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I./ VEGAS TORRES, J.: *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales (Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 261.

las partes. Si se confía en que las partes encuentren una solución mejor, habrá de ser a base de creer en su autonomía de la voluntad. El límite a esa voluntad se encuentra en que el convenio no cause perjuicio a tercero, pero fuera del mismo no puede coartarse la libertad de las partes para decidir sobre sus relaciones jurídicas¹⁸⁹.

B. Realización por persona o entidad especializada

Otra posibilidad es que a petición del ejecutante, o del ejecutado con el consentimiento de aquél, y siempre que las características del bien lo permitan, se encomiende la realización del bien a persona o entidad, pública o privada, especializada¹⁹⁰.

En el art. 641 LEC se citan dos maneras distintas de proceder: o bien por persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden los bienes, entiéndase mediación y gestión inmobiliaria, o bien por entidad dedicada a la subasta y enajenación de bienes, entiéndase empresa dedicada a las subastas inmobiliarias.

La designación de la persona o entidad especializada queda a la iniciativa de la parte solicitante, sin que ello impida la posterior aprobación judicial mediante providencia. Cabe, también, que en la solicitud se solicite el auxilio judicial mediante la indicación por éste de las personas o entidades habilitadas y especializadas en dichos menesteres.

La venta se ha de realizar en un plazo de caducidad de seis meses depositando la cantidad en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado, descontando los gastos que correspondan a la persona o entidad que haya llevado a cabo la venta. Para responder del cumplimiento de su pago, la entidad o persona privada que asuma la venta deberá prestar la caución que determine el Tribunal¹⁹¹. Al tratarse de un convenio limitado a la enajenación del bien y no a la realización de valor, la LEC establece un mínimo para llevar a cabo la venta: el precio nunca puede ser inferior al 70% de su avalúo. Sin embargo, al encontrarnos ante un inmueble específicamente hipotecado, el valor requerido debe ser el que conste en la escritura de constitución de la hipoteca, debidamente inscrita, y que quedó establecido a efectos de la potencial subasta, prescindiéndose, en este caso, de la remisión al art. 666 LEC.

La operación necesita la aprobación del Tribunal que podrá solicitar las justificaciones oportunas sobre la realización del bien. De esta manera, puede requerir que se le envíe una información periódica, que se le remita al terminar la venta toda la documentación de la misma o cualquier actuación que estime conveniente. También podrá poner fin a la venta en cualquier

¹⁸⁹ *Las ejecuciones hipotecarias (en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 761.

¹⁹⁰ Un sistema similar se lleva a cabo en Estados Unidos para la enajenación de la finca. Similar porque se procede a la venta por un órgano distinto al judicial, por lo demás es distinto en cuanto que se lleva a cabo por un fiduciario o agente del acreedor y, en ocasiones, por un funcionario público para garantizar los derechos del deudor y de terceros. En cualquier caso, resulta una comparación forzada puesto que el sistema legal es distinto y varía a su vez de un Estado a otro. Sobre el tema y otros modos de realización (ejecución mediante procedimiento judicial, dación en pago y la ejecución comisoria) v. PUENTE DE ALFARO, F. DE LA: “La eficacia de los derechos reales, con especial atención al de hipoteca, en los Estados Unidos de América. Un caso concreto: el Condado de Dane, Wisconsin”, en *RCDI*, 2002, núm. 674 (noviembre-diciembre), págs. 2.267 a 2.273.

¹⁹¹ RIVERA FERNÁNDEZ propone como criterio para determinar el importe de la caución, el porcentaje que se exige a los postores para participar en la subasta (*La ejecución de la hipoteca...*, ob.cit., pág. 428).

momento, siempre que no se desarrolle conforme a las condiciones inicialmente establecidas; o bien, resolver cualquier incidente que se plantee en relación a la enajenación¹⁹². Aprobada la operación se devuelve la caución que se hubiese prestado.

Si la venta no se lleva a cabo en el plazo de seis meses, el Tribunal dictará auto revocando el encargo, salvo que sea justificado este retraso por la persona o entidad encargada de llevar a cabo la ejecución. En tal caso, se le concederá un nuevo plazo de seis meses, a cuyo término se revocará definitivamente con pérdida de la caución, a no ser que se acredite que la realización del bien no ha sido posible por causas inimputables a la persona o entidad¹⁹³.

A diferencia del caso anterior en el que se hacía una apuesta segura por el convenio de realización, en esta alternativa se detecta cierta desconfianza, puesto que se les exige a la persona o a la entidad, cuando es privada, que preste caución para llevar a cabo el encargo de la enajenación; no así cuando se trata de una entidad pública. Para MONTERO AROCA¹⁹⁴ no tiene sentido exigir a una persona o entidad a la que se encarga la venta de un bien, que preste caución para responder del cumplimiento del encargo, pues eso supondrá que nadie esté dispuesto a asumir el encargo. Pese a la preferencia establecida por el legislador, la práctica ha sido más favorable a la subasta por entidad pública o privada que al convenio de realización.

En estos casos, igual que en el anterior, el Tribunal de la ejecución deberá aprobar la transmisión, rigiendo las normas propias de la ejecución judicial en cuanto a la subrogación en las cargas anteriores, distribución de las sumas recaudadas, inscripción del derecho del adquirente y mandamiento de cancelación de cargas. Estos dos sistemas alternativos de realización no suponen una privatización de la ejecución forzosa puesto que, en todo momento, el procedimiento está controlado y decidido por el órgano judicial, simplemente se encomienda a personas o entidades privadas algún acto determinado sin que suponga una cesión de su jurisdicción.

Si en todos los apartados estamos destacando los problemas, en este caso el inconveniente está en las múltiples precauciones y excesivas cautelas con que se ha regulado el convenio privado y la enajenación a través de persona o entidad especializada¹⁹⁵. Para facilitar el acceso al crédito en la financiación de la adquisición del inmueble ejecutado, se podía haber previsto la hipotecabilidad del derecho del adquirente aún no consagrado con la entrega de la cosa, como así se ha favorecido a los licitadores de la subasta judicial. Es decir, al igual que en el art. 107. 12º LH basta con el testimonio del auto aprobatorio del remate para constituir la

¹⁹² Cfr. FRANCO ARIAS, J.: “Comentario al artículo 641 LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dir. A. M. LORCA NAVARRETE, cord. V. GUILARTE GUTIÉRREZ, t. III, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3.282.

¹⁹³ Sobre este procedimiento DÍAZ BARCO, F. /VELÁZQUEZ MARTÍN, A.: *El juicio ejecutivo derivado de operaciones bancarias. En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 279 y ss.

¹⁹⁴ *Las ejecuciones...*, ob.cit., pág. 763.

¹⁹⁵ En expresión de MORENO CATENA ha existido “poco avance para tanto despliegue” (*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución forzosa*, coord. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V/ MORENO CATENA, V., t. IV, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 219).

hipoteca sobre el bien, se podía haber pensado para el rematante de la subasta privada controlada judicialmente o para el convenio privado de realización una vez que el Juez lo aprueba¹⁹⁶.

La intención del legislador procesal es elogiada al proponer esas formas alternativas de ejecución forzosa, ya que siempre había pesado negativamente para el acreedor la complejidad que presenta en la ejecución procesal las garantías reales. No obstante, esas alternativas nacen en la ejecución civil con notables restricciones que refrenan su avance.

4. REGULACIÓN DE LA SUBASTA JUDICIAL

Pese a la regulación de sistemas alternativos en la fase de apremio y a los escasos resultados prácticos cosechados por el sistema de subasta, la LEC no renuncia, por ello, a la regulación de este medio de realización. Por el contrario, la subasta sigue siendo el medio ordinario de ejecución debido a los inconvenientes que presentan el convenio privado y la venta del bien por un profesional.

Hay que tener presente que la subasta judicial es un sistema arraigado en la tradición española que con la nueva regulación ha resurgido con mayor frescura, tras intentar paliar las cuestiones más problemáticas de la subasta. Frente a ello nos encontramos con la desconfianza que genera la implantación de un nuevo sistema que incrementa los trámites (como la celebración de la comparecencia ante el Juez para acceder a la petición de realización por persona especializada), no establece indicadores para fijar la caución a prestar por la entidad privada o dilata formalmente los plazos de venta del inmueble (seis meses prorrogables).

La subasta encierra en sí una situación compleja que comienza con el avalúo, sigue con la certificación del dominio y las cargas por el Registrador y la presentación de la titulación de los bienes hipotecados; después, con las comunicaciones y los anuncios, con la celebración de la subasta en acto público, y finaliza con el remate de lo subastado, aprobándose judicialmente la oferta del mejor postor y entregando el bien al rematante¹⁹⁷.

Se había comprobado con la anterior legislación que la subasta era un medio caro en dinero y en tiempo, y que casi nunca lograba acercarse al valor real de los bienes subastados. El remedio que propone la LEC de 2000 es la reducción a una única subasta con la fijación de una postura mínima que se ha de cubrir. Desde 1881 hasta el 2001, las subastas se celebraban en un número máximo de tres, sin sujeción a ningún tipo si se llegaba a la tercera subasta.

No hay problema si la mejor postura, sea de un tercero o del propio ejecutante, es igual o superior al 70% del precio de tasación del bien. La contrariedad surge cuando no se alcanza; entonces, se le da la posibilidad a que el ejecutado presente a tercero que pague el 70% o el importe total de lo reclamado, o podrá ser el propio ejecutante el que pida que se le adjudique en pago. En última instancia se podrá aprobar el remate a favor de la postura que cubra el 50% del

¹⁹⁶ El art. 107 apart. 12 LH alude al “derecho del rematante sobre los inmuebles subastados”, posibilidad que también se contempla en el art. 670 LEC al regular la subasta de bienes inmuebles, por lo que no es una financiación válida para las otras vías de enajenación forzosa. En este sentido JURADO JURADO, J.J.: *Procedimiento de ejecución...*, ob.cit., pág. 307.

¹⁹⁷ Sobre estos problemas y otros tales como la naturaleza de la transmisión, el momento en que el rematante adquiere el derecho, los efectos frente a terceros titulares, etc., v. LUQUE TORRES, G.: *Las subastas judiciales: (aspectos civiles, procesales e hipotecarios)*, Comares, Granada, 1999.

valor de tasación o, al menos, la cantidad por la que se hubiese despachado la ejecución. Si no hubiese postores, se alzaré el embargo a instancia del ejecutado, salvo que el ejecutante pida la ejecución del bien por el 50% del valor de tasación o por la cantidad debida por todos los conceptos.

Otras novedades que se han introducido en esta instancia son la consignación y el anuncio de la subasta. La Ley exige que el que pretenda tomar parte en la subasta haya presentado resguardo de haber depositado, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, aval bancario no por el 20% de la tasación, como recogía el antiguo art. 1.500 LEC, sino el 30% del valor de los bienes al tratarse de inmuebles (art. 669 LEC).

Respecto a la publicidad de la subasta se denota, en la actual regulación, una clara reducción de costes y una apuesta por la mayor difusión de la realización de la subasta para lograr, con ello, el mejor precio posible. Anteriormente, a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, era obligatoria la publicidad en los Boletines Oficiales de la Provincia, de la Comunidad Autónoma o del Estado, disponiendo que si se publicaba en un medio privado sería a costa de la parte que lo solicitara. La LEC de 2000 ha optado por dar publicidad a través de edictos (art. 645 LEC), medio más frecuentado que los boletines. Si el Tribunal lo juzga conveniente y a petición del ejecutante o del ejecutado, se dará publicidad por otros medios privados o públicos, entre ellos los boletines oficiales. Si el Tribunal lo estima, la publicidad se puede incluir en las costas, sin perjuicio de que la parte que la pida tenga que hacerse cargo inicialmente de ese gasto.

Cuanto mayor sea la publicidad más posibilidades hay de participación y de que se alcance un buen precio, suficiente para el acreedor o acreedores y satisfactorio para el hipotecante; a lo cual también contribuye dotar a los licitadores de facilidades para el pago del remate. En este sentido cabe destacar el art. 670 apart. 3 y 6 LEC. En el primero de ellos, se contempla la posibilidad de acudir al crédito hipotecario como instrumento de garantía del pago aplazado del precio por aquellos postores cuyas posturas ofrecidas superan el 70% del valor por el que el inmueble hipotecado salió a subasta, pero ello sólo será posible si el ejecutante, en los veinte días siguientes, no hace uso de su derecho consistente en que se le adjudique la finca por dicho 70% del valor de la subasta. Esta garantía hipotecaria no se puede confundir con el derecho del rematante contemplado en el art. 670 par. 6 LEC y 107.12 LH. La Disposición final novena introducía un nuevo caso de derecho susceptible de ser hipotecado, cual es el derecho del rematante sobre el inmueble subastado en un procedimiento judicial. En estos casos aún no se tiene un derecho sobre la cosa, aunque existe una vocación a convertirse en un derecho real cuando se pague el precio. Para la constitución de esta hipoteca, la entidad crediticia precisa de la aprobación del remate por el Secretario Judicial¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Sobre la hipotecabilidad del derecho del rematante v. CURIEL LORITE, F.: “Ley de Enjuiciamiento Civil: referencia y breve comentario de las modificaciones de la Legislación hipotecaria”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2000, núm. 56 (enero), pág. 14; DÍAZ FRAILE, J. M^a: *Ejecución judicial...*, ob.cit., pág. 519; GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: “La normalización del Derecho...”, ob.cit., págs. 1.878 a 1.880; RIVAS TORRALBA, R.: “Notas sobre el proceso de ejecución...”, ob.cit., pág. 1.215; JURADO JURADO, J. J.: *Procedimiento de ejecución...*, ob.cit., págs. 306 y ss. y del mismo autor “El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades”, en *RCDI*, 2000, núm. 662 (noviembre-diciembre), págs. 3.145 y ss.; BLANCO URZÁIZ, J.: “La regulación de los procesos de ejecución tras la Ley de Enjuiciamiento Civil y su conexión con el Registro de la Propiedad”, en *Boletín del CERC*,

Desde el anuncio de la subasta hasta el momento de su celebración podrán presentarse posturas por escrito en sobre cerrado, para lo cual el interesado deberá haber consignado la cantidad exigida. La regulación anterior había dado lugar a varias interpretaciones y diversos criterios judiciales¹⁹⁹. Respecto al momento en que debieran abrirse los sobres cabrían tres posibilidades: a) Por razones de economía procesal se podrían abrir al inicio de la subasta para que los licitadores las conocieran y evitar pujas innecesarias, b) dar a conocer la postura cuando le corresponda según su importe, lo cual resulta difícil encajarlas pues no se efectúan de euro en euro y, c) hacer pública la postura por escrito al final de la licitación. De todas ellas, la LEC en su art. 648 determina que “serán abiertos al inicio del acto de la subasta”. A nuestro juicio, seguramente se hubiese alcanzado un mayor rendimiento del valor del bien haciéndose públicas estas pujas al final de la subasta para mantener el factor sorpresa, para que así el resto de licitadores no se limiten a superar la puja por escrito.

5. VIVIENDA FAMILIAR HIPOTECADA

Una de las especialidades introducidas en el trámite parlamentario de la actual LEC y aplicable exclusivamente a la ejecución hipotecaria es la liberación de la vivienda familiar contemplada en el art. 693 apart. 3 LEC, precepto reformado recientemente por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario.

Aplicándose lo previsto para la ejecución dineraria y atendiendo a las especiales circunstancias del crédito hipotecario, utilizado para financiar la vivienda familiar, se ha impuesto un criterio social en la ejecución de un préstamo pactado con vencimiento anticipado por el impago de uno de los plazos.

De los pactos de vencimiento anticipado se establece en el apartado 2 del art. 693 LEC, que se podrá reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese pactado el vencimiento total y este convenio figurase inscrito en el Registro. Se inscriba o no la cláusula de vencimiento anticipado en nada afecta a la eficacia de la hipoteca y al pacto resolutorio que constituye el vencimiento anticipado. La diferencia está en que la cláusula inscrita habilita la ejecución de la hipoteca por los trámites de los arts. 681 y siguientes, mientras que la que no ha tenido acceso al Registro de la Propiedad sigue el proceso de ejecución común establecido en los arts. 538 y siguientes de la LEC.

La Ley de Enjuiciamiento Civil no desconoce esta doble circunstancia, el destino del crédito hipotecario y los pactos de vencimiento anticipado, y sobre ambos extremos se pronuncia en el mismo precepto. Así, respecto a la ejecución hipotecaria, cuando afecta a la vivienda familiar se le otorga una facultad al ejecutado de la que carece fuera de este procedimiento especial.

El art. 693 de la LEC recoge dos supuestos distintos ante el impago de alguno de los plazos del crédito hipotecario. Por un lado, la reclamación limitada a la parte vencida e impagada

2001, núm. 97 (noviembre-diciembre), págs. 460 a 461, GONZÁLEZ LÓPEZ, M. / SÁNCHEZ MARÍN, J.M.: *La subasta...*, ob.cit., págs. 114 a 117 y RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La ejecución...*, ob.cit., págs. 412 a 415.

¹⁹⁹ La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984 introdujo la posibilidad de hacer posturas por escrito en sobre cerrado, estableciendo el art. 1.499 LEC lo siguiente: “Los pliegos se conservarán cerrados por el Secretario y serán abiertos en el acto del remate al publicarse las posturas (...)”.

de la obligación. La ejecución parcial permite al rematante adquirir la finca en su totalidad con la carga de la hipoteca en cuanto a la parte no vencida, si bien podrá liberarla depositando su importe. Por otro lado, la reclamación de la totalidad de la obligación, ejecutando la finca por la totalidad de la deuda. De ahí que se adquiriera la finca ejecutada libre de la hipoteca objeto de la ejecución.

En el caso de la ejecución parcial por el impago de algún plazo, el ejecutante podrá permitir que el deudor libere los bienes pagando el principal, los intereses (incluyendo los vencimientos posteriores y los de demora que se vayan produciendo) y las costas en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor (art. 670 apart. 7 LEC). No sucede lo mismo en el caso de vencimiento total de la deuda, donde el deudor, previo consentimiento del acreedor, podrá liberar los bienes pagando la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados. Sin embargo, si el bien ejecutado es la vivienda familiar, el deudor podrá realizar esta rehabilitación del préstamo hipotecario, aún sin consentimiento del acreedor, en una o en varias ocasiones siempre que entre ellas transcurra cinco años entre la fecha de liberación y la de requerimiento (inciso segundo del apart. 3º del art. 693 LEC). De manera que el pago de las mensualidades efectivamente adeudadas, más los intereses y costas procesales producidos²⁰⁰, evita la ejecución por la totalidad del crédito, con la finalidad de impedir, en la medida de lo posible, la pérdida de la vivienda por el deudor que realmente quiera pagar la deuda²⁰¹.

En estos casos el deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exactamente debida. Para conocer su importe se deberían practicar dos liquidaciones por el ejecutante: una correspondiente al importe vencido y el total de la cantidad restante, y otra al plazo dejado de pagar, incrementado por los pagos y gastos que se vayan generando. La falta de esta última liquidación no permitirá denegar el despacho de la ejecución.

La redacción actual es más protectora de la vivienda familiar que la anterior que reducía estas circunstancias especiales al impago del deudor por una única vez. El legislador de 2007 permite liberar el bien en sucesivas ocasiones cuando los impagos se temporizan en plazos superiores a cinco años.

Los escasos pronunciamientos judiciales han hecho mantener una serie de dudas acerca de la liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria²⁰². Algunas de esas dudas alcanzan a la imprecisión conceptual de los términos empleados por el legislador: qué se puede entender por vivienda familiar; a quién se refiere cuando alude al deudor.

²⁰⁰ Los intereses de demora están sujetos a liquidación, algo que depende de la fecha de la consignación, por lo que podrían ser satisfechos con posterioridad a la misma junto con la tasación de costas.

²⁰¹ Sobre estas cuestiones GÓMEZ GÁLLIGO, F.J: “La normalización...”, ob.cit., págs. 1.895 y 1.896, y el mismo autor “La ejecución hipotecaria en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 268 y 269.

²⁰² Auto del Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca de 19 de septiembre de 2001 (*Aranz.Civ.* 1799) y Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 26 de octubre de 2001 (*Aranz.Civ.* 1800).

En primer lugar, el Auto de 19 de septiembre de 2001 considera que la vivienda familiar lo constituye el domicilio o residencia habitual. Se equiparan dos conceptos distintos (domicilio y residencia), el primero atiende al lugar de notificaciones y el segundo es el inmueble en el que mora mayor número de días una familia. La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 31 de mayo de 2003 (*JUR* 234035) aplica también un concepto amplio de lo que se ha de entender por vivienda familiar, acudiendo al destino que reciba la edificación, en la misma línea del art. 2 LAU. Por otra parte, el término familia tampoco tiene en la actualidad una definición fácil debido a las diferentes modalidades de convivencia²⁰³. Ante estas dificultades, MARTÍNEZ DE SANTOS²⁰⁴ propone establecer una identidad entre el domicilio familiar y el domicilio registral.

En segundo lugar, el mismo autor considera que cuando el legislador procesal se refiere al deudor en el segundo inciso del apart. 2 del 693 LEC, no sólo se está refiriendo al deudor hipotecario, sino también al hipotecante no deudor o, incluso, al tercer poseedor por cuanto ostenta la legitimación pasiva de la ejecución. Tanto el hipotecante no deudor como el tercer poseedor asumen la responsabilidad real, no responden personalmente de la deuda, pero igual que pueden intervenir en el procedimiento de ejecución para liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor (art. 662 apart. 3 LEC), pueden paralizar la ejecución consignando los plazos impagados, siempre que se encuentre dentro de la *ratio* de la norma. Únicamente de esta forma se podría dar cumplimiento a la finalidad teleológica de protección de la vivienda familiar. En ocasiones este pago puede proceder de un tercero ajeno a la relación hipotecaria dando por terminado el procedimiento de ejecución sobre la vivienda familiar, siempre que el ejecutante consienta dicho pago (último inciso del apart. 3 del art. 693 LEC).

Pero, a veces, esta finalidad de protección social de la familia del deudor es rebasada por los caracteres propios de la hipoteca. Así, cuando estén afectadas fincas diferentes por un mismo crédito pertenecientes al mismo hipotecante, la indivisibilidad de la hipoteca produce la liberación de todos los bienes, rehabilitando el préstamo. El fundamento de derecho segundo del Auto de 19 de septiembre de 2001 establece que, siendo uno de los bienes la vivienda familiar, no se puede seguir ejecución respecto el segundo de los bienes, porque el crédito grava la totalidad de los inmuebles, y porque la ley faculta la terminación del proceso si el deudor se pone al corriente del pago del préstamo.

Algún problema se podrá presentar también en aquellos casos en que la entidad acreedora no especifique las cantidades vencidas hasta el momento de la presentación de la demanda, sino que se limite a reclamar, tal y como le habilita el art. 693.3 LEC, la totalidad del crédito.

6. DESALOJO DE LOS OCUPANTES

La LEC prevé esta posibilidad de instar el lanzamiento de los ocupantes en una fase anterior a la subasta y en una fase posterior a la adjudicación derivada de la subasta. ¿Qué se consigue con dirimir el derecho que corresponde a terceros poseedores?. La contestación parece

²⁰³ Sobre la evolución y el concepto de familia GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *Régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho. Lección inaugural curso académico 2002/2003*, Universidad de Jaén, 2002, págs. 15 a 22.

²⁰⁴ “La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria”, en *AC*, 2003, núm. 15 (semana del 7 al 13 de abril).

clara: potenciar el mercado de la subasta y facilitar el cobro del crédito. Por ello, el anuncio de la subasta deberá expresar la situación posesoria del inmueble.

La Ley de 1881 nada establecía al respecto por lo que, indirectamente, se obligaba a los postores a realizar costosas averiguaciones por su cuenta o a formular sus ofertas en condiciones de absoluta incertidumbre. La vigente Ley procura establecer los medios para que se tenga noticia en el proceso de ejecución de la existencia de ocupantes (la propia manifestación por parte del deudor o la previa comunicación a los ocupantes) y regula un breve incidente dentro de la ejecución que permite desalojar inmediatamente a quienes puedan ser considerados ocupantes de mero hecho o sin título suficiente²⁰⁵.

La ley procesal se ocupa de la notificación y de la regulación de las acciones para el desalojo de los ocupantes, puesto que, para el caso de la subsistencia de los arrendamiento, la Ley 29/1994, 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, ya había dispuesto lo procedente cuando la finca está hipotecada.

Puesto que la LAU diferenciaba el régimen de los arrendamientos según tuviesen una duración inferior o superior a cinco años, los derechos del arrendatario ante la adjudicación en pública subasta van a variar dependiendo del plazo de duración del contrato (art. 13 LAU). Si durante los cinco primeros años se procede a la ejecución forzosa de la finca urbana, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan esos cinco años, sin perjuicio de que pueda manifestar su voluntad de resolverlo (art. 9 LAU). Resulta, pues, que la protección del arrendatario no depende de que el contrato esté inscrito en el Registro de la Propiedad, y que el adjudicatario se subrogara en la posición del arrendador hasta que concluya este plazo de cinco años; sin perjuicio de que se cuestione el derecho del inquilino cuando se trate de arrendamientos concertados para privar de contenido a la ejecución hipotecaria. Transcurridos cinco años, habría que diferenciar dos situaciones dependiendo de si el arrendamiento está inscrito o no en el Registro. Si no figura en la hoja registral, la resolución del derecho del arrendador extingue el arrendamiento. Si se inscribió en el Registro antes de la constitución de la hipoteca, el arrendamiento continuará por todo el tiempo pactado²⁰⁶.

²⁰⁵ V. a este respecto el apartado XVII de la Exposición de Motivos de la LEC.

²⁰⁶ Para mayor abundamiento v. POVEDA BERNAL, M.I.: *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997 y “La constancia en el Registro de la Propiedad del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles en los derechos suizo y austriaco. Análisis comparado con referencia al ordenamiento jurídico español”, en *RDP*, 2000, págs. 999 y ss.; sobre el proyecto de la LAU, GARCÍA GARCÍA, J. M.: “Las subastas hipotecarias y los arrendamientos”, en *RCDI*, 1994, núm. 622 (mayo-junio), págs. 1.293 y ss.; CASAS VALLÉS, R./ MIRALLES GONZÁLEZ, I.: “Venta, estabilidad de los arrendamientos urbanos y Registro”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1997, núm. 2, págs. 342 y ss.; PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, P.: “La inscripción de los arrendamientos urbanos”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1999, núm. 46 (marzo), págs. 708 y ss.; PUENTE ALFARO, F. DE LA: “La ejecución de la hipoteca ante el Registro”, en *Práctica hipotecaria. Nuevas perspectivas del Derecho hipotecario. Homenaje a D. Ramón Roca Sastre en el centenario de su nacimiento*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 137 a 140; MONTERO AROCA, J.: *Las ejecuciones...*, ob.cit. págs. 996 y ss.; LÓPEZ HERNÁNDEZ, C. V.: “Sobre el régimen registral de los contratos de arrendamientos urbanos introducido por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre”, en *RCDI*, 2000, núm. 656 (enero-febrero), págs. 131 y ss.; MÉNDEZ SERRANO, M^a DEL M.: *El contrato de arrendamiento urbano y su protección registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000; JURADO JURADO, J. J.: *Procedimiento de ejecución...*, ob.cit. págs. 342 y ss. y LÓPEZ MEDEL, J.: “Preconstitucionalidad ante la ejecución hipotecaria”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2000, núm. 57 (febrero), págs. 354 a 356.

En la pugna de intereses que se produce entre el arrendatario y el adjudicatario, se llega a una solución de protección del arrendatario por un tiempo determinado, los primeros cinco años, en los que no se toma en consideración si el arrendamiento es anterior o posterior a la hipoteca²⁰⁷. Esta solución ha sido criticada al entender que el criterio correcto habría sido proteger al arrendatario que inscribe su contrato en el Registro de la Propiedad, como medio para evitar la opacidad de la subastas y propiciar la transparencia de las mismas, más aún cuando se contaba con los medios oportunos para conseguirlo (la Disposición Adicional segunda de la LAU admite la inscripción de todo contrato de arrendamiento en el Registro²⁰⁸).

El reformado art. 22 de la Ley de Arrendamiento Rústicos de 26 de noviembre de 2003 continúa en la línea dibujada por el legislador urbano, en cuanto que considera subsistente el arrendamiento durante el periodo mínimo fijado de cinco años en el art. 12. Extender este plazo hasta el total de lo acordado en el contrato de arrendamiento dependerá de si figura inscrito en el Registro.

La notificación a los arrendatarios y ocupantes de hecho es necesaria siempre que conste en el proceso de ejecución la existencia e identidad de personas distintas del ejecutado que ocupen el inmueble hipotecado (art. 661 LEC). Este conocimiento lo puede tener el Tribunal porque así lo haya manifestado el deudor (art. 589 LEC), el propio ejecutante o “por cualquier otro modo”, según manifiesta el art. 661 LEC.

Una vez se conozca la existencia de estos ocupantes, el Juez actúa de oficio para su notificación. En realidad, más que una notificación es un emplazamiento para que en el plazo de diez días presente el ocupante al Tribunal los títulos que justifiquen su situación, sin que este emplazamiento lo convierta en parte en el proceso. Es más, la situación posesoria se puede incluir en los anuncios de la subasta para advertir a los posible postores de la existencia de ocupantes que menoscaban su derecho de posesión. Ante esta situación, el ejecutante puede pedir que antes de anunciarse la subasta, el Tribunal declare que el ocupante no tiene derecho a permanecer en el inmueble una vez se haya enajenado en la ejecución (art. 661.2.2º LEC). Por consiguiente, para evitar el incidente de la ocupación de la finca, el ejecutante podrá plantear una cuestión incidental sobre el derecho que le asiste al ocupante (art. 661 apart. 2 LEC).

Si el Tribunal ya ha resuelto sobre el derecho del ocupante a seguir en el inmueble habrá que estar por lo establecido, procediendo al desalojo de manera automática si ha sido considerado ocupante de mero hecho o sin título suficiente. En caso contrario, el adquirente aún puede hacer valer su pretensión de desalojo en aplicación a lo establecido en el art. 675 LEC, dentro del plazo de un año siguiente a la adquisición por el rematante o adjudicatario. El Juez resolverá por medio de auto sobre el lanzamiento de los ocupantes, sin perjuicio de los derechos de los interesados que podrán ejercitarse en el juicio que corresponda.

²⁰⁷ Para los arrendamientos sometidos a la regulación del Código Civil y a la LAU de 1964 v. RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La ejecución...*, ob.cit., págs. 505 a 512.

²⁰⁸ Desarrolla esta Disposición el Decreto de 23 de febrero de 1996, que regula los títulos que permitirán el acceso de los arrendamientos al Registro, así como el asiento registral a practicar, su forma y los requisitos que deben cumplir tanto los títulos inscribibles como los asientos. V. también PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, P.: “La inscripción de los arrendamientos urbanos”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1999, núm. 46 (marzo), págs. 708 y ss.

Finalmente se admite que el Tribunal competente para resolver este tipo de cuestiones sea el que lleva la ejecución, siempre que se de la posibilidad al ocupante de ser oído y alegar lo conveniente en defensa de su derecho.

7. CANCELACIÓN DE CARGAS

Con la aprobación del remate, el adjudicatario tiene derecho a pedir la posesión del inmueble, con el correspondiente desalojo de los ocupantes, y a que se inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad.

Para el adjudicatario el auto de aprobación del remate (de adjudicación al acreedor, de transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada) es título suficiente para que se practique a su favor la inscripción registral de dominio, cumpliéndose los requisitos transmisivos que el Derecho Civil exige para los derechos reales, puesto que, la aprobación judicial de adjudicación de la finca supone la transmisión simbólica de la cosa, equiparándola en sus efectos con la escritura pública.

Al auto de adjudicación a favor del ejecutante se acompaña mandamiento de cancelación de cargas. En su antigua redacción, la regla 17ª del art. 131 LH decía que en el auto de adjudicación se ordenaba la cancelación de la hipoteca y de todas las inscripciones y anotaciones posteriores. En este sentido y tras la reforma, la LEC comete un defecto de técnica procesal al regular, por una parte, el auto de aprobación del remate sin referirse a las cancelaciones (art. 670 LEC) y, por otra, el mandamiento para las cancelaciones expedido a instancia del adquirente (art. 674 apart. 2 LEC). De lo que resulta que el Secretario Judicial expide el mandamiento sin que exista resolución judicial que tome la decisión de las cancelaciones²⁰⁹.

El art. 133 LH exige la presentación conjunta del testimonio comprensivo del remate o adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas. Se mantiene la dualidad de títulos, pero se aclara que los mismos podrán constar en un solo documento, desembocando en la necesidad, como regla, de la inscripción y cancelación simultánea. Ello impide, en opinión de BLANCO URZAIZ²¹⁰, despachar de una forma independiente uno y otro, de tal forma que los defectos de un título impiden la inscripción respecto al otro.

Con este mandamiento el Registrador cancela todas las inscripciones y anotaciones posteriores al gravamen que se ejecuta, incluidas las que se hubieran verificado después de expedida la certificación de cargas, produciéndose en la ejecución directa sobre bienes hipotecados las siguientes especialidades respecto al régimen general:

Primera: Una vez entablada la ejecución no se establece un plazo determinado para la presentación del mandamiento de cancelación de cargas.

En la ejecución de inmuebles, cuando la anotación de embargo caduca²¹¹ sin que se haya procedido a inscribir la adjudicación y la cancelación de cargas, ya no es posible inscribir el derecho del adjudicatario, salvo consentimiento del actual titular registral o resolución judicial en

²⁰⁹ Sobre este problema MONTERO AROCA, J.: *Las ejecuciones...*, ob.cit., pág.953.

²¹⁰ “La regulación de los procesos de ejecución...”, ob.cit., pág. 458.

²¹¹ Según la redacción del art. 86 LH, las anotaciones preventivas caducan a los cuatro años a contar desde la fecha de la anotación misma, pudiéndose prorrogar por periodos de cuatro años.

procedimiento declarativo; ni cancelar las cargas posteriores a la anotación, puesto que, con la extinción de la anotación de embargo, cesa la sujeción del inmueble y adquiere plenitud la titularidad registral afectada.

Segunda: El mandamiento de cancelación deberá contener las precisiones establecidas en la nueva redacción del art. 132 LH, sobre las cuales entra a calificar el Registrador a la hora de inscribir y cancelar anotaciones e inscripciones derivadas de los procedimientos de ejecución directa sobre bienes hipotecados:

a) Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, al hipotecante no deudor y a los terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el momento de la expedición de la certificación de cargas. El apart. 1 del art. 132 LH puede entrar en contradicción con el art. 685 LEC, pues el primero obliga al Registrador a comprobar que se ha demandado y requerido de pago al tercer poseedor que tenga inscrito su derecho cuando se expide la certificación de cargas; mientras que el segundo sólo obliga a demandar al tercer poseedor si éste acredita ante el acreedor su adquisición²¹².

b) Expresión de haberse practicado las notificaciones a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto a los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación (art. 692 apart. 3 LEC). Es lógico que en dicho título se haga constar que se le ha notificado la existencia del procedimiento, puesto que son los titulares de los derechos y cargas que van a ser objeto de cancelación.

c) Que lo entregado al acreedor en pago del principal, de los intereses devengados²¹³ y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria. De lo que disponía el art. 131 LH antes de la reforma se entendía que el sobrante, resultante de la diferencia entre el precio de remate y la cifra de responsabilidad hipotecaria, no existiendo terceros, debería entregarse al deudor²¹⁴. La LEC de 7 de enero de 2000 establece un criterio distinto en este reparto cuando el deudor es el propietario del bien y no existen terceros con derechos anotados con posterioridad a la hipoteca, ni el deudor está incurso en suspensión de pagos o quiebra (art. 692 apart. 1 LEC). En estos casos, el acreedor podrá cobrar todo lo que se le debe, lo cubierto por la responsabilidad hipotecaria y lo que excede de ella. De esta manera se evita al acreedor acudir a otro proceso de ejecución ordinario para reclamar el importe superior a la cifra de responsabilidad hipotecaria.

Existiendo terceros con derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca, se pagará al acreedor con el precio del remate hasta el límite de la cobertura de responsabilidad hipotecaria,

²¹² V. MIRABELL GUERIN, L.Mª: “La ejecución sobre bienes hipotecados...”, ob.cit., pág. 19.

²¹³ Los intereses moratorios sólo quedan garantizados si se pactan expresamente. Como se desconoce la cantidad a la que puede ascender cuando se ejecute la hipoteca, se fijará una cantidad máxima mediante una hipoteca de seguridad. La DGRN ha reiterado que la determinación de la cuantía debe hacerse por separado de los intereses remuneratorios debido a su diferente naturaleza, fijándose un tope máximo para cada uno de ellos. Sólo se computarán conjuntamente para establecer los límites respecto a terceros (art. 114 LH). Respecto a la cobertura de los intereses v. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: “La normalización...”, ob.cit., págs. 1.915 a 1.925.

²¹⁴ La Dirección General consideraba que dada la naturaleza del procedimiento judicial sumario, sólo la parte que estaba garantizada con hipoteca podía ser pagada al actor con cargo al precio del remate (Resolución de 27 de julio de 1988, *RJ* 6358).

después a terceros titulares inscritos con posterioridad a la hipoteca; si existe sobrante, se entregará al acreedor hasta que se satisfaga su crédito y, en última instancia, de quedar algo, se entregará al deudor, propietario del bien²¹⁵. Existiendo terceros poseedores o estando incurso el deudor en suspensión de pagos, quiebra o concurso, el precio del remate se destinará al acreedor sin que exceda del límite de la respectiva responsabilidad hipotecaria, entregándose el sobrante al tercer poseedor o al juez del concurso, suspensión de pagos o quiebra. En este sentido, el art. 692 apart. 1 LEC hay que ponerlo en relación con los arts. 55, 56 y 57 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, aplicable a aquellos supuestos en los que la hipoteca recae sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, o recayendo sobre bienes y derechos no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, no se hubiesen publicado los anuncios de la subasta del bien o derecho afecto, en cuya caso la ejecución hipotecaria no podrá iniciarse, o será suspendida la ya iniciada, desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento.

En el intento de satisfacer el interés de crédito del acreedor y de atender a la economía procesal, el art. 579 LEC otorga una última posibilidad de cobro: sin que sea preciso la interposición de una nueva demanda, el acreedor ejecutante puede continuar la ejecución sobre otros bienes propiedad del deudor con arreglo a las normas ordinarias, solicitando el embargo por la cantidad que falte.

d) Constancia de que lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe del crédito reclamado por el actor y si hubo exceso, que se consignó a disposición de los acreedores posteriores. El Registrador no debe entrar en el destino dado al sobrante por la autoridad judicial, pero sí en la determinación individualizada de cada una de las cantidades²¹⁶.

Tercera: Se cancelarán todas las cargas posteriores según el Registro, sin posibilidad alguna de que en la ejecución pueda prosperar tercería de mejor derecho.

En la ejecución ordinaria caben las tercerías donde se ventilan el mejor derecho (arts. 614 a 620 LEC). El anotante posterior puede interponer la correspondiente tercería de mejor derecho frente al anterior, la cual prosperará si el crédito es de fecha fehacientemente anterior o privilegiado. La hipoteca es un derecho real, y frente a él no puede operar ninguna preferencia creditual, aunque el crédito posterior sea privilegiado²¹⁷. Por otra parte, el sistema de purga no admite excepción, dejando a salvo los asientos de declaración de obra nueva y división horizontal cuando la hipoteca, por pacto o por ministerio de la ley, se extienda a las nuevas edificaciones. Se cancelan incluso las anotaciones de demanda de nulidad de la propia hipoteca.

²¹⁵ Estos límites también los aplica GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE al adquirente de inmuebles o derechos embargados que reúna los requisitos del art. 34 LH (haya adquirido en ejecución o por cualquier otro acto oneroso, siempre que haya buena fe), ya que sólo responderá hasta la cantidad que por principal, intereses y costas resulte del Registro ("El embargo y los terceros. El principio de determinación registral y el art. 613.3 de la nueva LEC 1/2000", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2003, núm. 90 (enero), págs. 31 y ss).

²¹⁶ Sobre el particular JURADO JURADO, J. J.: *Procedimiento de ejecución...*, ob.cit., págs. 365 a 367.

²¹⁷ Es la posición de GÓMEZ GÁLLIGO en base a la resolución de 3 de abril de 1998 sobre la colisión entre una hipoteca y el crédito privilegiado salarial anotado con posterioridad ("La normalización...", ob.cit., pág. 1.908). No es de la misma opinión MONTERO AROCA, para quien, siendo difícil encontrar un supuesto en el que pueda ejercitarse por otro acreedor una tercería de mejor derecho, no impide que se pueda producir algún caso (*Las ejecuciones...*, ob.cit., pág. 905 a 923).

Pese a la parquedad de la ley, pueden subsistir más inscripciones y anotaciones: a) las que, aún siendo posteriores, han sido antepuestas en virtud de algún negocio de modificación del rango, b) las que derivan de asientos anteriores (la opción o condición resolutoria pactada e inscrita antes de la inscripción de hipoteca y ejercitada con posterioridad a la misma), c) notas marginales posteriores en las que se haga constar afecciones urbanísticas, d) mantenimiento de las hipotecas que tengan igual rango que la ejecutada y, e) también subsisten las demandas de nulidad comprendidas dentro de la certificación de cargas, siempre que se refieran a supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución conforme al art. 698 LEC (art. 131 LH).

II.- REFERENCIA A LA EJECUCIÓN NOTARIAL HIPOTECARIA

Conocido como procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, se caracteriza porque se sustancia o se desenvuelve todo él ante el Notario, y no ante la autoridad judicial.

En general, puede decirse que este procedimiento ha sido casi siempre considerado como especial, tanto por sus orígenes como por la aplicación práctica que de él se ha hecho. La doctrina lo ha admitido con gran recelo, existiendo una viva polémica acerca de él que parece haberse calmado tras la publicación de la LEC. Pese a ello, aún quedan algunas consideraciones por hacer.

Tradicionalmente han existido dos criterios generales para articular la configuración de cualquier medio de realización de valor de los derechos reales de garantía. Por una parte, obtener un medio de satisfacción del interés del acreedor que sea seguro y suficiente y, por otra, evitar que los procedimientos de realización puedan permitir abusos del acreedor en perjuicio del ejecutado. Por ello, siempre se prohibió el pacto comisorio y se controló la enajenación de la cosa gravada. Al quedar la ejecución notarial fuera del control judicial queda comprometida la protección de todos los intereses en juego.

1. SIGNIFICADO DE LA EJECUCIÓN NOTARIAL HIPOTECARIA EN EL TIEMPO.

A. Historia

Originariamente, el Derecho romano, si bien conservaba la prohibición del pacto *commissorium*, facultaba al acreedor para proceder por sí a la venta de la cosa pignorada en caso de impago del crédito garantizado, o incluso podía acceder a la propiedad por el valor estimado abonando la diferencia, fórmula que pasó a las Partidas. Frente a ello, el Derecho germánico sólo contemplaba la posibilidad de ejecución judicial y así se trasladó al art. 133 de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861.

El procedimiento extrajudicial empezó a pactarse en las escrituras de constitución de la hipoteca una vez promulgado el Código Civil gracias al art. 1.872, que admitía la realización de valor de la prenda en pública subasta ante Notario. La previsión legal a favor de la garantía pignoratícia excluía la necesidad de pacto, tal y como advierte MAGARIÑOS BLANCO²¹⁸. Las primeras resoluciones de la Dirección General acostumbraban a decir que, lo que resultaba justo

²¹⁸ “El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad”, en *RDP*, 1993, noviembre, págs. 995 y ss.

para la cosa pignorada no puede resultar injusto para la cosa hipotecada²¹⁹. El silencio del legislador respecto a la ejecución extrajudicial de las hipotecas hizo pensar que solamente podía tener lugar en virtud de la libertad de pacto del art. 1.255 Cc. Sin embargo, la idea era equivocada pues ninguna norma establecía que el ejercicio del *ius distrahendi* del acreedor hipotecario tuviera necesariamente que realizarse por un procedimiento judicial. En cualquier caso, antes de la promulgación del Código civil no se había ensayado en la práctica el modelo basado en un procedimiento de ejecución extrajudicial, y después de la publicación de este cuerpo legal, sólo era posible si así se había previsto por las partes en la escritura de constitución.

La legislación hipotecaria no llegó a otorgar a esta ejecución rango normativo hasta 1915 con la publicación del Reglamento Hipotecario. Se regulaban en el art. 201 los trámites esenciales del proceso, aplicable siempre que no existiesen terceros y con carácter subsidiario de la autonomía de la voluntad. La Ley Hipotecaria de 1944-1946 consagra expresamente la validez del procedimiento y también su eficacia frente a terceros²²⁰, cambiando los criterios que originariamente se establecieron pues el Reglamento Hipotecario de 1947, que desarrolla la Ley, regula los trámites del procedimiento de forma minuciosa e imperativa, sustrayéndolo de la voluntad de las partes (arts. 234 a 236).

Esta regulación fue acompañada de la falta de éxito, debido, fundamentalmente, a las facilidades que concedía el Reglamento Hipotecario al deudor para la suspensión del procedimiento y el rígido sistema de doble subasta con sujeción al mismo tipo, lo que dificulta la enajenación.

La reforma del procedimiento extrajudicial, emprendida en el Real Decreto de 27 de marzo de 1992, mantenía el propósito de arbitrar un dispositivo viable, equilibrado y seguro que ofreciera un cauce alternativo para la satisfacción del acreedor²²¹. Razones que se mantienen hasta nuestros días y justifican su tratamiento actual. La reforma reglamentaria de 1992 intentaba subsanar las causas que habían provocado el desuso de esta alternativa, pero no acertó a salvar otras, produciendo una sensación de insuficiencia e inseguridad a los acreedores hipotecarios, que les disuade de optar por esta vía, pese a la sobrecarga del aparato jurisdiccional para ejecutar la finca hipotecada.

Habitualmente las críticas al procedimiento de ejecución extrajudicial provenían de la falta de control de la enajenación o realización de la cosa, hasta el punto de que permitiera al acreedor cometer ciertos abusos en su ejercicio. Curiosamente, hoy se sigue manteniendo que la

²¹⁹ Sobre el desarrollo histórico del procedimiento ejecutivo extrajudicial DÍEZ GARCÍA, H.: *El tercer poseedor de finca hipotecada*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 97 y ss.; PUENTE ALFARO, F. DE LA: “El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”, en *RCDI*, 1996, núm. 635 (julio-agosto), págs. 1.340 y ss., y DÍAZ FRAILE, J. M^a: *Ejecución judicial...*, ob.cit., págs. 80 y ss.

²²⁰ La regulación del art. 201 del Reglamento Hipotecario de 1915 había sido objeto de crítica doctrinal al no admitir la aplicación del procedimiento extrajudicial cuando existían terceros. Se entendía que esta posibilidad permitía al deudor, mediante una venta o hipoteca simulada, neutralizar un derecho consagrado a través de un pacto. No obstante, ahora que la existencia de terceros no impide el desarrollo del procedimiento ejecutivo extrajudicial, se sigue criticando igualmente la medida, pues se estima que no es un procedimiento adecuado para proteger el interés de terceros.

²²¹ Las reformas más importantes introducidas por el Real Decreto de 1992 se centran en dos: a) Se concede un mayor protagonismo al Notario, convirtiéndolo en director e impulsor del procedimiento sin tener que esperar la solicitud del interesado; b) Se dota de una detallada regulación siguiendo las pautas que se establecían para el procedimiento sumario. Sobre el tema MAGARIÑOS BLANCO, V.: “El procedimiento...”, ob.cit., págs. 1.016 a 1.022.

ejecución notarial descongestiona la Administración de Justicia y otorga dinamismo al tráfico jurídico, pero sus críticas han situado el punto de mira en la constitucionalidad de un procedimiento que se desenvuelve fuera del órgano judicial. Con las sentencias del TS de 4 de mayo de 1998 (*RJ* 3464) y 20 de abril de 1999 (*RJ* 2589) el problema se sitúa en las lindes de la función jurisdiccional y de la notarial.

Estas sentencias segaron la ilusión que supuso la reforma de 1992, centrando la atención de la doctrina, no tanto en la exégesis de los textos reglamentarios, sino, más bien, en el análisis de esta jurisprudencia²²². Los pronunciamientos del Tribunal Supremo determinan la inconstitucionalidad de la regulación del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria contenida en la legislación hipotecaria²²³. No era un planteamiento novedoso, porque ya en la discusión parlamentaria de la Ley de 1944 se hicieron constar algunos argumentos contrarios al procedimiento extrajudicial por atentar contra el principio de legalidad, la función jurisdiccional de los jueces o incluso por considerar que era un procedimiento extraño a la tradición española. Argumentos, junto a otros, que se mantienen en las dos sentencias reseñadas (fundamento de derecho 4º, 6º y 3º respectivamente de la STS de 4 de mayo de 1998).

B. Historia

El fundamento de mayor peso lo sitúa el Alto Tribunal en la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de la potestad ejecutiva (art. 117 apart. 3 CE). Pero también utiliza otros argumentos que declaran la inconstitucionalidad y la improcedencia del procedimiento extrajudicial. Así lo entiende porque la Constitución establece una reserva de ley, de manera que la regulación de un proceso de ejecución sólo puede estar integrada en una ley formal y no en normas reglamentarias de carácter procesal, conculcando el principio de legalidad del art. 9 CE; porque para acudir al procedimiento extrajudicial se necesita el pacto privado y el principio de autonomía de la voluntad no puede extenderse a normas de derecho público como lo son las de

²²² ROBLEDO VILLAR, A.: “La inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (a propósito de la STS, Sala 1ª de 4 de mayo de 1998 y sus repercusiones en la realización forzosa de bienes)”, en *Revista General de Derecho*, 1999, núm. 655, págs. 3.593 y ss.; AAVV: “Mesa redonda sobre la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1998, núm. 38 (junio), págs. 1.477 y ss.; IGLESIAS CANLE, I.: “Procedimiento extrajudicial hipotecario. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 402/1998 de 4 de mayo”, en *La Ley*, 18 de diciembre de 1998; MARTÍNEZ DIE, R.: “Reflexiones en torno a la sentencia de la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998”, en *La Notaria*, 1998 (abril); NÚÑEZ BOLUDA, L.: “La inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su segundo párrafo relativo al procedimiento extrajudicial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 4 de mayo de 1998”, en *RDP*, 1999, abril, págs. 321 y ss.; POVEDA DÍAZ, J.: “Constitucionalidad de la ejecución extrajudicial de la hipoteca”, en *RGLJ*, 1999, núm. 5, págs. 567 y ss y del mismo autor “Adiciones al estudio de la constitucionalidad de la ejecución extrajudicial de la hipoteca con motivo de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *RGLJ*, núm. 6, págs. 673 y ss; LÓPEZ LIZ, J.: *Perfecta constitucionalidad del procedimiento extrajudicial: compendio argumental contra la sentencia de 4 de mayo de 1998*, Barcelona, Bosch, 1999; TELLEZ DE PERALTA, J.D.: “Inconstitucionalidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria del art. 129 de la Ley Hipotecaria”, *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III, 2000, págs. 1.753 y ss. y DÍAZ FRAILE, J.Mª: *Ejecución judicial...*, ob.cit., págs. 85 y ss.

²²³ Con las normas preconstitucionales, como ocurría con el art. 129 LH antes de la reforma de 2000, el Tribunal Supremo puede optar bien por inaplicar la ley estimando su inconstitucionalidad, tal y como sucede en este caso, o bien plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. A esto último queda obligado respecto a las leyes posteriores a 1978.

carácter procesal; y porque impediría el normal desenvolvimiento de la protección judicial efectiva del art. 24 CE.

La doctrina científica ha criticado estas dos sentencias en cuanto no corresponde al Tribunal Supremo declarar la inconstitucionalidad de una norma, sino únicamente la declaración de inaplicación de la misma por entenderse derogada por la Constitución como ley posterior. Se afirma que no puede existir función jurisdiccional donde el Juez no puede conocer de alegaciones, ni puede declarar con firmeza de cosa juzgada un derecho. Se confunde ejecución con procedimiento de realización en el que no se ejerce jurisdicción alguna. La ejecución es una potestad coactiva atribuible al órgano jurisdiccional y el Notario no asume esa potestad ejecutiva, ni las partes pueden pactar su atribución, quedando salvaguardadas las funciones jurisdiccionales. La ejecución ante Notario habrá de sujetarse a lo previsto por el legislador, no pudiendo las partes alterar el contenido ni la sustanciación del procedimiento por vía convencional.

La sentencia del 18 de diciembre de 2000 (*Aranz.Civ.* 2001\146) de la Audiencia Provincial de Sevilla es ilustrativa en este sentido. Para la Audiencia Provincial, toda ejecución persigue satisfacer un interés debido, disponiendo para ello de medios que permitan conseguirlo ante la conducta pasiva o la resistencia activa del obligado. Se distingue entre la finalidad de la ejecución (satisfacer la pretensión) y los medios para conseguirlo. Estos actos para conseguir el objeto de la ejecución se caracterizan porque llevan consigo el elemento de la coerción y, precisamente, el uso del elemento coercitivo es exclusivo de la potestad jurisdiccional. Los actos que comporta esa coerción son el embargo, la adjudicación del bien y la puesta en posesión del adquirente del bien, y ninguno de ellos lo realiza el Notario por sí mismo.

En el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, el embargo y la traba del bien tienen lugar fuera del procedimiento mediante la constitución de la hipoteca, el deudor afecta voluntariamente el bien al cumplimiento de la obligación. En el desarrollo de la subasta no hay actos de coerción, no así en la adjudicación y puesta en posesión del bien, donde se perfecciona la transmisión sin consentimiento del titular, haciendo valer el Juez sus facultades coercitivas. En la ejecución extrajudicial, la adjudicación no la realiza el Notario, sino que se lleva a cabo mediante otorgamiento de escritura pública por el rematante o adjudicatario y el dueño o persona designada por el hipotecante. De negar el titular del bien la entrega del mismo, el adjudicatario podrá pedir la posesión al Juez de Primera Instancia (art. 236-m RH). Así pues, el Notario realiza únicamente funciones de fedatario público, sin necesidad de acudir al ejercicio de la coerción.

Únicamente disintimos con respecto a esta sentencia en el fundamento último que sustenta la ejecución notarial, una vez que no existen problemas constitucionales para su admisión. Para el Tribunal, es la autonomía de la voluntad de las partes el título válido que habilita para acudir a la alternativa extrajudicial. Estimamos que la ejecución notarial no es un verdadero proceso de ejecución, sino una forma alternativa de realización de valor. Por tanto, su fundamento está en la misma esencia de la garantía real, la satisfacción de lo debido se obtiene a través de la enajenación del bien. Y eso es lo que puede pedir el acreedor hipotecario ante el Juez o el Notario, se pacte o no, puesto que es una alternativa que queda convalidada y regulada en la legislación. De hecho, si queda legitimado el uso de la ejecución notarial en base al *ius distrahendi* del acreedor hipotecario, se evita la referencia al pacto y, así, las reticencias que el Tribunal Supremo había puesto a la intromisión de la voluntad de las partes en normas de Derecho público.

La realización de la hipoteca es la activación del derecho privado del acreedor, el *ius distrahendi*, esencial en los derechos reales, sometido al control de legalidad prestado por la autoridad judicial o por otras autoridades o funcionarios legalmente habilitados para ello²²⁴. El Notario no realiza la venta. Éste no hace otra cosa que ejercer su función controlando la legalidad de las actuaciones y la seguridad de los intereses en juego.

La venta extrajudicial está exenta de un órgano con potestades ejecutivas, de ahí, precisamente, su escasa utilización por la falta de un órgano investido de autoridad y potestad para remover cualquier obstáculo. Por otra parte, sería absurdo rechazar la ejecución notarial para la hipoteca y admitirla para la prenda, teniendo el mismo el fundamento para admitir o rechazar el procedimiento en una y otra figura (art. 1.858 Cc).

La exclusividad de la jurisdicción, consagrada en el art. 117 apart. 3 CE, permite la subsistencia de modalidades alternativas de ejecución. Así, fuera de este caso, el legislador ha mantenido vías alternativas a la judicial de ejecución para otros supuestos, tales como el de la ejecución del derecho del acreedor sobre bienes muebles vendidos a plazos (art. 16 apart. 2 de la Ley 28/1998, de 13 de julio); o la realización notarial de la hipoteca mobiliaria que contempla la Ley 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, sin apreciar en ninguno de estos casos problema jurisdiccional alguno.

La constitucionalidad de la ejecución notarial hoy se encuentra superada tras la publicación de la LEC de 2000 que vuelve a confiar nuevamente en este procedimiento de realización de valor.

En definitiva, la historia de la ejecución extrajudicial se resume en un “querer y no poder”. Aún reconociendo a lo largo del tiempo su importancia práctica, no ha terminado de ser aceptada. Seguramente porque nunca se le ha dado un enfoque correcto. Pensamos que la ejecución notarial no es una acción canalizada a través del correspondiente juicio, sino una modalidad notarial de control estatal del ejercicio del *ius vendendi* en que consiste la hipoteca²²⁵. Supone el ejercicio de un derecho privado que el Código Civil considera como esencial de la hipoteca bajo el control de la autoridad legalmente habilitada para ello.

El art. 129 LH se refiere a ella como “venta extrajudicial” del bien hipotecado en un intento de desjudicialización de la materia. Más directa es la designación de “ejecución notarial hipotecaria” que determina la persona ante quien se realiza la enajenación del bien, sin necesidad de dar un rodeo, y la finalidad perseguida de cubrir la deuda incumplida garantizada con hipoteca.

2. EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA TRAS EL RD 290/1992 DE MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Tras las sentencias de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999 quedaba derogado el art. 129 LH, que admitía la ejecución extrajudicial, y los preceptos reglamentarios que lo

²²⁴ Sobre el *ius vendendi* que asiste al acreedor hipotecario v. RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “El ejercicio extrajudicial de su *ius distrahendi* por el acreedor hipotecario”, en *Homenaje a Chico y Ortiz*, coord. J.L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 937 y ss.

²²⁵ Es de la misma opinión MAGARIÑOS BLANCO, V.: “El procedimiento extrajudicial...”, ob.cit., págs. 996 y ss.

desarrollaba (arts. 234 a 236 RH). Sin embargo, en el momento actual, al admitirse este tipo de ejecución en una ley postconstitucional (nueva redacción del art. 129 LH efectuada por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil), cualquier posible tacha de inconstitucionalidad incumbirá sólo al Tribunal Constitucional. Entretanto, el procedimiento establecido y todavía vigente en el Reglamento Hipotecario es el que pasamos a estudiar esquemáticamente, con la única finalidad de permitir en el siguiente epígrafe establecer una comparación y análisis de la venta notarial después de la publicación de la LEC²²⁶.

Para proceder a la venta notarial del inmueble hipotecado se ha de pactar en la escritura al momento de la constitución de la hipoteca, o con posterioridad en una estipulación especial separada de las demás²²⁷, haciendo constar el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta; el domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de requerimientos, y la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante. Una vez consten estos requisitos, y ante el impago de la deuda, se procede de la siguiente manera:

1º El procedimiento se inicia a instancia del acreedor ejecutante o del cesionario del crédito hipotecario.

2º El Notario examinará la documentación presentada por el acreedor ejecutante y, admitida a trámite, solicitará al Registrador una certificación de cargas. El Registrador a través de nota marginal hará constar la expedición de la certificación.

3º Si de la certificación remitida no se deriva inconveniente alguno, el Notario requerirá de pago al deudor. Si no pudiera practicar requerimiento en alguna de las formas indicadas en el art. 236 c. RH, se dará por terminada la tramitación quedando expedita la vía judicial.

4º Desatendido el pago, el Notario notificará a los titulares del dominio, cargas, gravámenes y derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca el procedimiento para que puedan intervenir en la subasta o satisfacer el crédito, intereses y gastos ocasionados.

5º De no atenderse el pago por el ejecutado ni por los terceros se procederá a la subasta. Realizados los pertinentes anuncios que resulten adecuados a la naturaleza y valor de la finca (tablón de anuncios del Ayuntamiento y Registro, boletín provincial, autonómico y estatal), se

²²⁶ Acerca de las fases del procedimiento extrajudicial v. MUÑOZ ROJAS, T.: "Sobre el procedimiento extrajudicial ejecutivo civil", en *AC*, 1992-4, XLI, págs. 679 y ss.; REY PORTOLÉS, J.: "Ejecución extrajudicial de hipotecas (Acotaciones al Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo)", en *Lunes Cuatro Treinta*, 1992, núm. 99 (abril), págs. 32 y ss.; ROMERO-GIRÓN, J.: "Procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario y la Constitución. Requisitos y ámbito del procedimiento. La calificación registral", en *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, 1993, núm. 146 (febrero), págs. 371 y ss.; MEZQUITA GARCÍA GRANERO, E.: "La realización de hipotecas mediante subasta notarial (Comentario al Real Decreto 290/1992 de modificación del Reglamento Hipotecario)", en *RDP*, 1993 (febrero), págs. 105 y ss.; GARCÍA MAS, F. J.: "Apuntes del procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario", en *RCDI*, 1993, núm. 616 (mayo-junio), págs. 835 y ss.; MAGARIÑOS BLANCO, V.: "El procedimiento extrajudicial de realización...", ob.cit., págs. 1.000 y ss. ALBIOL MARES, P.: "Conferencia sobre procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca (Algunas cuestiones sustantivas que plantea)", en *boletín del Colegio de Abogados de Aragón*, 1993, núm. 129, págs. 31 y ss.; LANZAS GALVACHE, J.: "El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria", en *Homenaje a Chico y Ortiz*, coord. J.L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 833 y ss.; PUENTE ALFARO, F. DE LA: "El procedimiento extrajudicial...", ob.cit., págs. 1.352 y ss.

²²⁷ La exigencia de este pacto se debe al origen del procedimiento extrajudicial, que a falta de determinación legal que lo admitiera, se entendía que esta ejecución hipotecaria era posible al amparo del art. 1.255 Cc.

admitirán pujas una vez consignado el 30% del tipo de la primera subasta o el 20% de la segunda para participar en la tercera subasta. La primera subasta partirá del tipo fijado en la escritura de constitución de la hipoteca y no se admitirá postura inferior. Si no hubiese postura admisible y válida, el acreedor ejecutante puede pedir y optar entre la adjudicación en pago de la finca hipotecada, para sí o para cederla a otro, o la celebración de una segunda subasta con un tipo inferior a un 25% del establecido en la escritura. En la tercera subasta el bien saldrá sin tipo adjudicándose al mejor postor.

6º Una vez terminado el acto de la subasta, la adquisición definitiva está supeditada a que el rematante abone la diferencia entre la cantidad de la consignación y el precio total de la adjudicación. Si no actuara así en tiempo y forma, quedará el remate inválido e ineficaz y podrá operar, si se ha hecho reserva de derechos (no se haya solicitado la devolución de las consignaciones), la adquisición o adjudicación por el postor preferente.

7º Se procederá al otorgamiento de escritura pública entre el rematante o adjudicatario y el dueño de la finca o quien él designara en su momento. En la escritura se detallarán todos los trámites y diligencias practicadas, y será título suficiente para inscribir el nuevo derecho de propiedad, cancelar la inscripción hipotecaria y demás gravámenes inscritos o anotados con posterioridad.

8º El precio del remate se destinará al pago del crédito y el resto, si hubiese acreedores posteriores, se depositará en el establecimiento apropiado y, si no los hubiere, se entregará al dueño de la finca.

9º La suspensión sólo cabe por la pendencia de un procedimiento criminal por falsedad del título hipotecario, o por la de un procedimiento registral de cancelación de la hipoteca (art. 236 ñ – o)²²⁸.

3. LA EJECUCIÓN NOTARIAL HIPOTECARIA EN LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

A. Regulación legal

La supervivencia de la venta extrajudicial del bien hipotecado, tal y como lo denomina la LEC, no fue un exponente claro a lo largo de todo el procedimiento legislativo. Tanto el Anteproyecto de septiembre de 1998 como el Proyecto del Ministerio de Justicia de 30 de octubre de 1998, eliminaban toda referencia a la ejecución notarial.

La LEC mantiene la posibilidad de la ejecución extrajudicial, si bien modificando ligeramente la redacción del art. 129 LH. El texto tiene como objeto, por un lado, ubicar la nueva regulación del procedimiento judicial y, por otro, zanjar la cuestión sobre la constitucionalidad del denominado procedimiento de ejecución extrajudicial. Este artículo ha pasado por las siguientes redacciones.

²²⁸ La exclusión de las causas segunda y cuarta del antiguo art. 132 LH referido a los supuestos de suspensión del procedimiento judicial sumario, se deben a que 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.

Antes de que se modificara por la Disposición final novena de la Ley 1/2000 el precepto establecía lo siguiente:

“La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de esta LH sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes.

Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aun en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario”.

En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 26 de diciembre de 1997 se redacta el art. 129 LH del siguiente tenor:

“La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV de la Ley de enjuiciamiento civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aún en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario”.

El texto definitivo quedó así:

“La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de enjuiciamiento civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario”.

Comparativamente, en la redacción actual se destaca:

Primero: El refuerzo del sustento legal, que denunciaban las sentencias del Tribunal Supremo, refiriéndose explícitamente al art. 1.858 Cc, precepto ubicado en el capítulo de las disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca.

Segundo: La designación, ya que se refiere a él no como un procedimiento ejecutivo sino como un pacto de venta extrajudicial. Se evita la referencia a la “acción hipotecaria” para referirse a la “falta de cumplimiento de la obligación garantizada”, y así evitar el reproche jurisprudencial de que las partes estipulan sobre normas procedimentales no sujetas a la autonomía de la voluntad. Se desjudicializa la materia, eliminando toda terminología y tratamiento procesal de la misma.

Sin embargo, no creo que sea del todo idóneo la designación de “venta”, aunque sí es digna de alabanza la intención que se persigue: evitar el empleo de términos judicializados y eliminar la carga negativa, sancionadora y penalizadora que desde antaño ha estado unida a todo el procedimiento de realización de valor del bien hipotecado. No obstante, no es lo más oportuno designar a esta alternativa como de “venta”, pues supone tomar la parte por el todo, atender al efecto final de transmisión de un inmueble ignorando su conexión con la causa que la ha propiciado. No se trata de cualquier venta, sino que el Notario ha de velar por el cumplimiento de las pautas establecidas por el legislador en el Reglamento Hipotecario. Se celebra un negocio jurídico pero cualificado por el fin perseguido. De hecho el Registrador no inscribirá el nuevo

dominio, ni cancelará la hipoteca y las cargas posteriores, sin que a la escritura de venta se adjunte el acta en el que se haya dado cumplimiento de todos los trámites de la ejecución²²⁹. Aún no siendo un verdadero proceso de ejecución, ya que está desprovisto de la fuerza coercitiva que impone la consecución de unos efectos materiales (entrega del bien) y jurídicos (extinción del dominio del ejecutado), no por ello queda despojada la tramitación notarial de toda carga ejecutiva, en cuanto que se persigue la satisfacción de un interés debido. Por todo ello, resulta más idónea la designación de ejecución notarial hipotecaria que venimos manteniendo.

Si se observa la transcripción de los artículos se comprobará que la redacción actual es mucho más directa, refiriéndose al Notario como medio para realizar el valor de bien, aspecto que se omitía en las anteriores redacciones, y más ajustada al fin perseguido, esto es, la venta del bien por incumplimiento de la obligación.

La ejecución notarial es un proceso especial de apremio que prescinde de la fase de cognición, oposición o controversia entre las partes, y cuyo apoyo, igual que en la ejecución directa, está en la legitimación registral que genera una serie de presunciones jurídicas que sólo pueden destruirse fuera del propio proceso de ejecución.

El tratamiento notarial de la venta del bien hipotecado que se ha rehabilitado con la LEC queda descoordinado con la reforma procesal de la ejecución forzosa, produciéndose graves discrepancias entre la regulación hipotecaria del procedimiento extrajudicial y la ejecución hipotecaria de la ley procesal. Estas divergencias se han de solventar en una próxima regulación, a ser posible fuera del Reglamento Hipotecario, acogiéndose en una norma con rango de ley. Como mera sugerencia aquélla podía ser la Ley del Notariado. Hubiese sido más adecuado que, aprovechando la amplia *vacatio legis* de un año de la ley procesal y la derogación de los preceptos hipotecarios sobre procedimiento sumarial, la reforma reglamentaria se hubiese realizado antes del 8 de enero de 2001 para que, al entrar en vigor la LEC, las ventas notariales de bienes hipotecados tuviesen un cauce adecuadamente establecido.

No siendo esto así, me ocupo a continuación de las discordancias creadas por la nueva ley procesal y de los aspectos de la reglamentación hipotecaria que debían reconsiderarse en una futura regulación, con el objeto de mejorar el tratamiento de la ejecución notarial de los bienes hipotecados, estableciendo una alternativa atractiva para la rápida realización de valor de los bienes. En este sentido, destacamos en el siguiente epígrafe diversos aspectos para una reflexión.

B. Aspectos críticos de la regulación

Para comenzar, se ha de apostar por la agilización de las reglas de comunicación con el deudor, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor. Para la importancia que tiene el requerimiento de pago, condicionante absoluto de la continuación de la tramitación notarial, es

²²⁹ No se puede cometer el mismo error que advertía GUTIÉRREZ JEREZ para el caso del arrendamiento financiero o leasing. La posibilidad de acceder a la propiedad al final de este contrato se produce a través de la venta que tiene su causa en el contrato de leasing. No porque se produzca este efecto final transmisivo el contrato debe calificarse de venta, desconectándose estos dos momentos. De hecho el Registrador tendría que atender a la existencia del contrato de leasing para inscribir la venta (“El sistema de negocio causal como base del procedimiento registral y el arrendamiento financiero inmobiliario. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1994”, en *RDP*, 1996 (abril), págs. 308 y ss.).

deficiente la seguridad del trámite notificadorio. En la reglamentación hipotecaria se advierten dos aspectos relacionados con el tema.

Por una parte, el RH sólo se refiere al sujeto pasivo del pago, el deudor, haciendo abstracción del hipotecante no deudor y del tercer poseedor. En las particularidades de la ejecución hipotecaria, el art. 686 LEC requiere de pago a estas tres personas, preocupándose, en el art. 689 LEC, de que el tercer poseedor estuviera al tanto del procedimiento, de tal forma que, si no había sido apercibido para el pago del crédito, el Juez procedería a su notificación para que interviniese en el procedimiento o levantase la carga hipotecaria. Algunos autores, LÓPEZ LIZ y RODRÍGUEZ ADRADOS, restan importancia a requerir de pago a personas distintas al deudor. El primero considera natural la omisión del hipotecante no deudor, pero no así la del tercer poseedor no subrogado en el crédito²³⁰. El segundo estima acertada la reforma de 1992, por cuanto requerir de pago a sujetos distintos al deudor no resulta pertinente puesto que, en rigor, ellos no “deben” nada²³¹. Siendo cierto que no asumen el débito, ni el hipotecante no deudor ni el tercer poseedor, ambos están directamente interesados en la ejecución, pues el bien que se ejecuta forma parte de su patrimonio. No obstante, y puesto que a los diez días del requerimiento de pago al deudor el Notario procede a notificar la iniciación de las actuaciones al titular del bien si es distinto del deudor (art. 236 d. RH), sigue siendo procedente mantener el requerimiento de pago sólo al deudor por varias razones. La primera porque se gana en tiempo y en dinero, aspectos necesarios para presentar una alternativa de ejecución con un mínimo de posibilidades. La segunda porque se simplifica el procedimiento evitando los problemas de determinación del domicilio cuando no se corresponde con la residencia habitual del notificado. Y la tercera porque en el requerimiento se encuentra la trampa que ha de superar la ejecución notarial, por lo que no sería oportuno para la salud de este procedimiento ampliar el requerimiento a otro sujeto. Desde el momento en que de no poderse practicar el requerimiento se da por terminada la actuación notarial y la ejecución, las habilidades del deudor para eludir la práctica del requerimiento y la falta de medios de Notario pueden frustrar la viabilidad de la ejecución extrajudicial²³². A no ser que se previera que la ausencia de requerimiento de pago del tercer poseedor o del hipotecante no deudor no impedirá el desarrollo y la continuación de la ejecución, reconociendo sus intereses pero estableciendo una diferencia de trato.

Por otra parte, contrasta la determinación con que se lleva a cabo el requerimiento de pago en el procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados a diferencia de la ejecución notarial. En ambos sistemas de realización de valor, el punto de partida es el domicilio. Un domicilio específicamente señalado al efecto por las personas directamente interesadas y que consta en el Registro de la Propiedad. Pero, y aquí se encuentra la diferencia, si el ejecutado no se localizara en el domicilio que consta en el título ejecutivo, el Juez no paralizará el procedimiento, pudiéndose practicar la comunicación mediante edictos (art. 582 LEC). En el

²³⁰ LÓPEZ LIZ, J.: *El procedimiento extrajudicial-notarial de ejecución hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 1993, págs. 174 a 176.

²³¹ RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “Las nuevas tendencias en orden a la ejecución extrajudicial de préstamos personales y de préstamos hipotecarios”, en *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 304.

²³² Sobre las formalidades y requisitos del procedimiento MEZQUITA DEL CACHO, J.L.: “El requerimiento de pago al deudor en el llamado procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”, en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, t. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 879 y ss.

procedimiento hipotecario, la validez del acto de comunicación no depende de que por medio del mismo el interesado haya obtenido conocimiento real del requerimiento, sino de que se haya realizado con arreglo a lo dispuesto por la ley. Se podría plantear que practicado el requerimiento extrajudicial por el Notario en varias ocasiones y a distintas horas, y no se encontrase al deudor ni a las personas que señalan los arts. 686 apart. 2 LEC y el 236 c. RH, se pueda optar por la vía de comunicación que establece la LEC, es decir, a través de edictos para así poder también continuar con la ejecución. Si en la ejecución judicial hipotecaria no es motivo de indefensión el infructuoso requerimiento, tampoco puede serlo en la ejecución notarial. Ni siquiera es necesaria su presencia para el otorgamiento de la escritura pública de transmisión de la finca, designándose en el título constitutivo de la hipoteca la persona que represente al deudor en la venta de la finca.

En la línea de eliminar los inconvenientes que restan atractivo a esta vía de ejecución, también se han señalado los honorarios del Abogado. Al ser potestativa la intervención de Letrado y Procurador, no se incluyeron los honorarios de tales profesionales en la partida de gastos siendo asumidos por la parte que los utiliza. Precisamente las entidades de crédito al contar con un gabinete jurídico suelen valerse de ellos, no pudiendo imputar estos gastos al ejecutante. Sin conseguir aliviar al ejecutado, se ha contribuido a crear una causa más para eludir el procedimiento notarial²³³.

También deberá superarse la rémora de las tres subastas yendo a la subasta única que mantiene la LEC. Recordemos que la motivación que llevó a la reducción de la subasta pública fue obtener el mayor rendimiento económico del bien, sin que se controlara la disminución de valor hasta llegar a la tercera y última subasta. Las mismas razones sobre esta simplificación de subastas son aplicables en la venta notarial.

Es contradictorio el destino que se le da al sobrante en la ejecución directa de bienes hipotecados cuando no existen terceros, del que se le da en la ejecución notarial. La cuantía que excede de la cobertura hipotecaria, no habiendo acreedores posteriores, se entregará al acreedor en pago de la totalidad de la deuda según acredita la escritura notarial, aunque exceda del límite de la responsabilidad hipotecaria (art. 692 apart. 1 LEC). Puesto que en su momento consideré que era el proceder más justo y acertado que, sin necesidad de incoar un nuevo procedimiento judicial, el acreedor pueda recuperar su crédito si registralmente nada se lo impide, considero que en el mismo sentido se debería corregir el art. 236 k. apart. 2 RH que atribuye el sobrante al dueño de la finca.

El art. 234 RH establece una serie de requisitos para que se proceda a la venta del bien hipotecado conforme a la ejecución notarial. Uno de ellos es la designación de la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante, pudiendo ser a tal efecto el propio acreedor. La designación corresponde al hipotecante, pero generalmente se llevará a cabo de mutuo acuerdo, ya que para el acreedor no carece de interés su determinación, pues será decisiva al tiempo de la consumación de la ejecución. Adviértase los estrictos límites de la negociación en el préstamo hipotecario. Como señala DÍAZ FRAILE²³⁴, la *ratio iuris* de esta exigencia es evidente, puesto que, si el dueño de la finca se negara a otorgar la escritura y no hubiera designado representante, no existiría instrumento jurídico hábil para

²³³ Sobre el tema CAMPO VILLEGAS, E.: “Consideraciones sobre la realización extrajudicial de los bienes hipotecados, después de la Ley 1/2000”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001, núm. 4, pág. 295.

²³⁴ *Ejecución judicial...*, ob.cit., pág. 111.

formalizar y consumir la adjudicación, pues el Notario, a diferencia del Juez, carece de *imperium* y de las facultades necesaria para actuar en representación por rebeldía del ejecutado. Este rodeo, refiriéndome con ello a la designación por el deudor de un representante, se introdujo como mal menor, ya que si el deudor no cumplía con su obligación de otorgar la escritura de venta a favor del rematante, el acreedor tenía que acudir a los Tribunales.

Los pronunciamientos que sobre esta figura ha realizado la DGRN y la habitualidad en el nombramiento del acreedor como representante del deudor, ha llevado a CAMPO VILLEGAS²³⁵ a proponer su eliminación, debiendo ser el acreedor hipotecario quien, sin más, otorgue la escritura de venta en función del *ius vendendi* que le asiste. Según mantiene este autor, la atipicidad con que se ha tratado a esta figura está provocando su fin. Inicialmente se configuró como un mandato, pero como quiera que fuese irrevocable (R. 2 de junio de 1914), sin extinguirse por muerte del poderdante (RR. 6 de octubre de 1915 y 3 de julio de 1920) o apoderado (si el representante es el propio acreedor, al fallecimiento de éste el poder se transmite a sus herederos), la figura se ha ido desdibujando²³⁶. DE LA RICA²³⁷ también señalaba que se podía producir una excepción en el tracto, ya que la persona designada se mantiene en el poder aunque la finca hipotecada se transmita.

Ante estas imprecisiones, ante el hecho de que, según la regulación, el mandatario pueda ser el mismo acreedor²³⁸ y para evitar la frustración de la adjudicación por falta de persona hábil para formalizarla, sería conveniente entender que, en cualquier caso, el acreedor podrá otorgar la escritura de venta sin necesidad de que esté apoderado a tal efecto.

Manteniendo esta postura, en la que no es necesario señalar a la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta, se fijaría el valor en que los interesados tasan la finca y el domicilio del deudor (art. 234 RH), requisitos también exigidos para la ejecución judicial de bienes hipotecados (art. 682 LEC). No existiría, entonces, ningún vestigio que determinara la previsión inicial escrituraria de la ejecución notarial. El origen de la estipulación acordando la vía notarial como forma de hacer efectiva la hipoteca estuvo en la libertad de pacto. Entiendo que la realización de valor forma parte del contenido del *ius distrahendi* del acreedor hipotecario, facultad que puede llevar a efecto en sede judicial o extrajudicial.

Por consiguiente, no sería necesario que desde el principio quedara delimitada esta opción. El acreedor, llegado el momento, podría elegir entre demandar o requerir de pago notarialmente al deudor, sin necesidad de expresar en la escritura de constitución de la hipoteca la sujeción de los otorgantes a la ejecución notarial, aunque resulte conveniente.

²³⁵ “Consideraciones...”, ob.cit., pág. 294.

²³⁶ CAMPO VILLEGAS, E.: “Las decisiones del Notario en la admisión e impulso de la ejecución extrajudicial de hipotecas: principios rectores del procedimiento”, en *AAMN*, t. XXXV, conferencia pronunciada el 14 de marzo de 1996.

²³⁷ Referencia que recoge CABELLO DE LA SOTA, P.: “Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario”, en *RCDI*, 1949, núm. 257 (septiembre-octubre), págs. 652 y ss.

²³⁸ A juicio de RODRÍGUEZ ADRADOS este hecho demuestra que el consentimiento del acreedor hipotecario es el único necesario, porque tiene un *ius distrahendi* que origina una legitimación extraordinaria (“Las nuevas tendencias...”, ob.cit., pág. 326). La R. de 1 de julio de 1930 llegó a admitir la inscripción de una escritura otorgada por el acreedor sin haber sido designado expresamente mandatario.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: “Mesa redonda sobre la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1998, núm. 38 (junio), págs. 1.477 a 1.492.
- ALBIOL MARES, P.: “Conferencia sobre procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca (Algunas cuestiones sustantivas que plantea)”, en *Boletín del Colegio de Abogados de Aragón*, 1993, núm. 129, págs. 31 a 39.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE.: “El proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y significativa modificación de la Ley Hipotecaria”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1997, núm. 32 (diciembre), págs. 2.831 a 2.875.
- ANGUITA RÍOS, ROSA M.: “Responsabilidad civil de las entidades de crédito”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, 2000, núm. 3, págs. 15 a 46.
- *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2006
- ANGULO RODRÍGUEZ, J. DE / CANALS BRAGE, F. / GIMENTO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L.: “Publicidad formal de los asientos registrales: doctrina, interés legítimo y protección de datos”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2004, núm. 6, págs. 133 y ss.
- ÁVILA NAVARRO, P.: La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados”, en *RCDI*, 2000, núm. conmemorativo 75^a aniversario, págs. 643 a 663.
- BAÑEGIL ESPINOSA, F.: “Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores”, en *AC*, 2000-2, núm. 19 (semana del 8 al 14 de mayo), págs. 713 a 742.
- BASTIDA FREJEIRO, F. J. / VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “Protección de datos y Registros de la Propiedad y Mercantil. La necesidad de una pronta adaptación normativa”, en *Diario La Ley*, 20 de junio de 2005, núm. 6277.
- BLANCO URZÁIZ, J.: “La regulación de los procesos de ejecución tras la Ley de Enjuiciamiento Civil y su conexión con el Registro de la Propiedad”, en *Boletín del CERC*, 2001, núm. 97 (noviembre-diciembre), págs. 448 a 464.
- BLÁZQUEZ LIÑÁN, B.: “El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles”, en *RCDI*, 1944, núm. 191 (págs. 227 a 240), núm. 192 (págs. 289 a 302) y núm. 193 (págs. 362 a 368).
- BOLÁS ALFONSO, J.: “De nuevo sobre las cláusulas abusivas en las escrituras de crédito y préstamo con garantía hipotecaria”, en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, dir. y coord. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, vol. 2^a, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 1.761 a 1.783.

- CABANAS TREJO, R./BONARDELL LENZANO, R.: *El registro de condiciones generales de la contratación. (Una aproximación crítica a su Reglamento)*, Edersa, Madrid, 2001.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.Mª.: *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- CAMPO VILLEGAS, E.: “Las decisiones del Notario en la admisión e impulso de la ejecución extrajudicial de hipotecas: principios rectores del procedimiento”, en *AAMN*, t. XXXVI, conferencia pronunciada el 14 de marzo de 1996, págs. 217 a 284.
- “Consideraciones sobre la realización extrajudicial de los bienes hipotecados, después de la Ley 1/2000”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001, núm. 4, págs. 289 a 304.
- CANALS BRAGE, F.: “Expedición de publicidad formal (con unas primeras y muy ligeras reflexiones sobre la publicidad telemática establecida por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad), en Comunicación presentada al Congreso Nacional de Registradores de 2006 (sin publicar).
- CARRANCHO HERRERO, Mª T.: “La protección de los consumidores a través de sus asociaciones”, *AC*, 2003, núm. 9 (semana del 24 de febrero al 2 de marzo), XVI.
- CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E./ MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los Derechos de garantía*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- DÍAZ BARCO, F. /VELÁZQUEZ MARTÍN, A.: *El juicio ejecutivo derivado de operaciones bancarias. En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- DÍAZ FRAILE, J.M.: “La protección registral al consumidor y la directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993”, en *La calificación registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)*, t. I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 758 a 770.
- *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados. Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Comentario al artículo 693 LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3.533 a 3.551.
- FONTANILLA PARRA, J.A.: “Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para litigar en interés de sus asociados y derecho de asistencia jurídica gratuita”, en *La Ley*, 17 de marzo de 2003, núm. 5.740.
- FRANCO ARIAS, J.: “Comentario al artículo 674 LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, dir. A. M. LORCA NAVARRETE, coord. V. GUILARTE GUTIÉRREZ, t. III, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3.343 a 3.347.
- FUENTESECA DEGENEFFE, M.: “Visión de las condiciones generales de la contratación tras la reciente reforma del BGB”, en *AC*, semana del 14 al 20 de abril de 2003, núm. 16.
- GARCÍA GARCÍA, J.M.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, Madrid, 1994.

- “Las subastas hipotecarias y los arrendamientos”, en *RCDI*, 1994, núm. 622 (mayo-junio), págs. 1.293 y ss
 - “¿Quién debe “notificar” al tercer poseedor la ejecución hipotecaria? ¿El Juez o el Registrador?”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2001, núm. 77 (noviembre), págs. 3.070 a 3.073.
 - *Legislación hipotecaria y del Registro mercantil*, Civitas, Madrid, 2004
- GARCÍA MAS, F.J.: “Apuntes del procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario”, en *RCDI*, 1993, núm. 616 (mayo-junio), págs. 831 a 850.
- GARCÍA VILLAVERDE, R / ALONSO UREBA, A / PULGAR EZQUERRA, J (dir.): *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Dilex S.L., Madrid, 2003.
- GIMENO SENDRA, V.: “El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1997, núm. 29 (agosto), págs. 2.097 a 2.113.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación”, en *RCDI*, 1998, núm. 648 (septiembre-octubre), págs. 1.587 a 1.622.
- “La ejecución hipotecaria en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 217 a 272.
 - “La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento”, en *RCDI*, 2000, núm. 659 (mayo-junio), págs. 1.857 a 1.926.
 - “La publicidad formal y la legislación de protección de datos de carácter personal tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000”, en *RCDI*, 2002, núm. 669 (enero-febrero), págs. 191 a 227.
 - “Crítica al tratamiento del crédito hipotecario en el Proyecto de Ley Concursal y otros aspectos registrales”, en *Boletín del CERC*, 2002, núm. 102 (septiembre-octubre), págs. 402 a 415.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, M. / SÁNCHEZ MARÍN, J.M.: *La subasta por persona o entidad especializada: visión práctica*, Dykinson, Madrid, 2004,
- GUICHOT, E.: *Publicidad registral y derecho a la privacidad. Una necesaria conciliación*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I.: “Los efectos del concurso sobre los acreedores, los contratos pendientes y los actos perjudiciales a la masa en el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002”, *RCDI*, 2003, núm. 675, págs. 165 y ss.
- “Los efectos del concurso en la Ley concursal” (I y II), en *Diario la Ley*, 8 de abril de 2004, núm. 5.993.
 - *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

- HERNÁNDEZ CRESPO, C.: “Problemas registrales de la ejecución”, en *Estudios jurídicos en homenaje a TIRSO CARRETERO*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1986, págs. 895 a 917.
- HOYA COROMINA, J.: “Comentario al artículo 640 LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/ RIFA SOLER/ VALLS GOMBAU, Barcelona, 2000, págs. 2996 y ss.
- IGLESIAS CANLE, I.: “Procedimiento extrajudicial hipotecario. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 402/1998 de 4 de mayo”, en *La Ley*, 18 de diciembre de 1998.
- JURADO JURADO, J.J.: “El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades”, en *RCDI*, 2000, núm. 662 (noviembre-diciembre), págs. 3.143 a 3.324.
- *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, Bosch, Barcelona, 2001.
- LANZAS GALVACHE, J.: “El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”, en *Homenaje a CHICO Y ORTIZ*, coord. J.L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 831 a 885.
- LETE ACHIRICA, J.: “Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir”, en *AC*, 2000-2, XXVII, págs. 635 a 649.
- “El convenio privado de realización de bienes del artículo 640 de la LEC”, en *La Ley*, 15 de marzo de 2002, núm. 5503, págs. 2 y ss.
- LÓPEZ LIZ, J.: *Procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, Bosch, 1987.
- *El procedimiento extrajudicial-notarial de ejecución hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 1993.
 - *Perfecta constitucionalidad del procedimiento extrajudicial: compendio argumental contra la sentencia de 4 de mayo de 1998*, Barcelona, Bosch, 1999.
- LÓPEZ MEDEL, J.: “Preconstitucionalidad ante la ejecución hipotecaria”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2000, núm. 57 (febrero), págs. 353 a 360.
- “El derecho a la información registral y el derecho constitucional de información”, *RCDI*, 2000, núm. 659 (mayo-junio), págs. 1.775 a 1.813 y en *Homenaje a Don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL*, dir. y coord. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, t. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 1.959 a 1.986.
 - “Naturaleza y sentido de la publicidad registral y del derecho a la intimidad”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2001, núm. 69 (marzo), págs. 478 a 484.
- LORCA NAVARRETE, A.Mª: “La realización de bienes embargados a través del apremio, ¿hacia la supresión de las subastas?”, en *La Ley*, 1991, núm. 966.
- LUQUE TORRES, G.: *Las subastas judiciales: (aspectos civiles, procesales e hipotecarios)*, Comares, Granada, 1999.

- MAGARIÑOS BLANCO, V.: “El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad”, en *RDP*, 1993, noviembre, págs. 995 a 1.035.
- MARTÍN MARTÍN, J.: “La nueva regulación de la ejecución hipotecaria directa sobre inmuebles”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2000, núm. 60, págs. 960 y ss.
- MARTÍN MUÑOZ, A. J. DE (coord.): *La reforma de la legislación concursal. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*, Dykinson, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ DIE, R.: “Reflexiones en torno a la sentencia de la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998”, en *La Notaria*, 1998 (abril).
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A.: “La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria”, en *AC*, semana del 7 al 13 de abril de 2003, núm. 15.
- MÉNDEZ SERRANO, M^a DEL M.: *El contrato de arrendamiento urbano y su protección registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *Condiciones generales de la contratación: acciones individuales y colectivas*, Bosch, Barcelona, 2003.
- MEZQUITA DEL CACHO, J.L.: “El derecho de consumidores y usuarios a la elección de notario en las transmisiones inmobiliarias y préstamos hipotecarios”, en *Revista General de Derecho*, 1992, núms. 574 -575 (julio-agosto), págs. 6.625 a 6.641.
- “El requerimiento de pago al deudor en el llamado procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”, en *Libro homenaje a JESÚS LÓPEZ MEDEL*, t. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 867 a 912.
- MEZQUITA GARCÍA GRANERO, E.: “La realización de hipotecas mediante subasta notarial (Comentario al Real Decreto 290/1992 de modificación del Reglamento Hipotecario)”, en *RDP*, 1993 (febrero), págs. 99 a 130.
- MIRABELL GUERIN, L. M^a: “La ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La Ley*, 8 de enero de 2001, núm. 5.220.
- MONTERO AROCA, J.: *El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- *Las ejecuciones hipotecarias (en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- MONTSERRAT VALERO, A.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- “La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC”, en *La Ley*, 12 de abril de 2002, núm. 5.522.
- MORAL MORO, M^a J.: *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Bosch, Barcelona, 2000.
- MORENO CATENA, V.: *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución forzosa*, coord. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/ V. MORENO CATENA, t. IV, Tecnos, Madrid, 2000.
- MORENO QUESADA, B.: “La protección de los consumidores al contratar”, en *AC*, 1988, núm. 4, págs. 201 y ss.
- “Comentario al artículo 117 LH”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*

Forales, t. VII, vol. 6º, Edersa, Madrid, 2000, págs. 364 y ss.

MUÑOZ ROJAS, T.: “Sobre el procedimiento extrajudicial ejecutivo civil”, en *AC*, 1992-4, XLI, págs. 677 a 684.

NIETO CAROL, U.: “Contratación bancaria y condiciones generales”, en *Contratos bancarios y parabancarios*, Madrid, 1998.

NÚÑEZ BOLUDA, L.: “La inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su segundo párrafo relativo al procedimiento extrajudicial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 4 de mayo de 1998”, en *RDP*, 1999 (abril), págs. 321 a 330.

OROZCO PARDO, G.: “Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”, en *Aranzadi Civil*, 2002, núm. 10 (septiembre), págs. 15 a 57.

PAGADOR LÓPEZ, J.: *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1998.

POVEDA DÍAZ, J.: “Constitucionalidad de la ejecución extrajudicial de la hipoteca”, en *RGLJ*, 1999, núm. 5, págs. 567 a 593.

- “Adiciones al estudio de la constitucionalidad de la ejecución extrajudicial de la hipoteca con motivo de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, *RGLJ*, núm. 6, págs. 673 a 675.

PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, P.: “La publicidad registral y el derecho a la intimidad”, *RCDI*, 1992, núm. 610 (mayo-junio), págs. 1.113 a 1.146.

- “La inscripción de los arrendamientos urbanos”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1999, núm. 46 (marzo), págs. 708 a 724.

PUEBLA POVEDANO, A.: “El procedimiento de apremio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Estudios de Derecho judicial, nº 31, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 337 a 395.

PUENTE DE ALFARO, F. DE LA: “El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”, en *RCDI*, 1996, núm. 635 (julio-agosto), págs. 1.339 a 1.391.

- “La ejecución de la hipoteca ante el Registro”, en *Práctica hipotecaria. Nuevas perspectivas del Derecho hipotecario. Homenaje a D. RAMÓN ROCA SASTRE en el centenario de su nacimiento*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 135 a 155.

QUIÑONERO CERVANTES, E.: “Las cláusulas abusivas”, en *Homenaje al profesor BERNARDO MORENO QUESADA*, t. III, 2000, págs. 1.485.

RAMÓN CHORNET, J.C.: “Las condiciones generales de la contratación: el nuevo registro especial de condiciones generales de la contratación. Las condiciones generales de la contratación y el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, 2000, núm. 661 (septiembre-octubre), págs. 2.625 a 2.690.

REY PORTOLÉS, J.M.: “Ejecución extrajudicial de hipotecas (Acotaciones al Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo)”, en *Lunes Cuatro Treinta*, 1992, núm. 99 (abril), págs. 32 a 42.

- RIVAS TORRALBA, R.: “Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2000, núm. 61 (junio), págs. 1.192 a 1.216.
- “Notas sobre el procedimiento de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil” (II), en *Lunes Cuatro Treinta*, 2000, núm. 278, pág. 10 y ss.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Dilex, S.L., Madrid, 2004.
- ROBLEDO VILLAR, A.: “La inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (a propósito de la STS , Sala 1ª de 4 de mayo de 1998 y sus repercusiones en la realización forzosa de bienes), en *Revista General de Derecho*, 1999, núm. 655, págs. 3.593 a 3.608.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “Las nuevas tendencias en orden a la ejecución extrajudicial de préstamos personales y de préstamos hipotecarios”, en *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Civitas, Madrid, 1993.
- “El ejercicio extrajudicial de su *ius distrahendi* por el acreedor hipotecario”, en *Homenaje a Chico y Ortiz*, coord. J.L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 937 a 953.
- ROJO AJURIA, L.: “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1987”, en *CCJC*, 1987, núm. 15, págs. 5.023 a 5.033.
- ROMEO CASABONA, C.M.: “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías”, en *Poder Judicial*, 1993, núm. 31 (septiembre), págs. 163 a 204.
- ROMERO-GIRÓN, J.: “Procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario y la Constitución. Requisitos y ámbito del procedimiento. La calificación registral”, en *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, 1993, núm. 146 (febrero), págs. 371 a 424.
- SÁNCHEZ DE FRUTOS, R.G.: “La hipoteca y la legislación de defensa de los consumidores”, en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Centro de Estudio Registrales, Madrid, 1991, págs. 173 a 208.
- “Pactos en la hipoteca”, en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad de España*, 1997, núm. 26 (mayo), págs. 1.281 a 1.293.
- TELLEZ DE PERALTA, J.D.: “Inconstitucionalidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria del art. 129 de la Ley Hipotecaria”, *Homenaje al profesor BERNARDO MORENO QUESADA*, vol. III, 2000, págs. 1.753 a 1.759.
- TOBAJAS GÁLVEZ, O.: “El Registro de Condiciones Generales de la Contratación”, en *AC*, 2002, núm. 31 (semana del 29 de julio a 4 de agosto), págs. 1.009 a 1.038.
- TORRES ESCAMEZ, S.: “Los préstamos hipotecarios en el Derecho internacional privado español, especial consideración del procedimiento de ejecución extrajudicial ante Notario”, en *RDN*, 1995, núm. 14, págs. 261 a 281.
- VILLALBA LAVA, M.: “Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de crédito, préstamo leasing y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil”, en *Diario La Ley*, 5 de febrero de 1993, págs. 901 a 915.

VILLABERDE MENÉNDEZ, I.: “Los datos de la propiedad y la propiedad de los datos”, en *Propiedad y Derecho Constitucional*, (coord.) BASTIDA, F. J., Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS, AUTOS Y RESOLUCIONES CITADAS²³⁹

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 5 de mayo de 1994 (*RTC* 128)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA)

STS de 16 de junio de 1908

STS de 16 de diciembre de 1933 (*RJ* 1833)

STS de 27 de junio de 1941 (*RJ* 760)

STS de 22 de noviembre de 1943 (*RJ* 1179)

STS de 9 de mayo de 1944 (*RJ* 665)

STS de 12 de abril de 1945 (*RJ* 458)

STS de 29 de abril de 1947 (*RJ* 607)

STS de 1 de mayo de 1952 (*RJ* 1224)

STS de 6 de marzo de 1961 (*RJ* 937)

STS de 28 de febrero de 1968 (*RJ* 1389)

STS de 6 de febrero de 1976 (*RJ* 320)

STS de 11 de diciembre de 1979 (*RJ* 4359)

STS de 7 de marzo de 1986 (*RJ* 1166)

STS de 16 de septiembre de 1988 (*RJ* 6693)

STS de 7 de marzo de 1989 (*RJ* 2022)

STS de 13 de mayo de 1991 (*RJ* 3662)

STS de 28 de mayo de 1991 (*RJ* 3941)

STS de 23 de octubre de 1991 (*RJ* 7484)

STS de 2 de junio de 1992 (*RJ* 4988)

STS de 20 de octubre de 1993 (*RJ* 7753)

STS de 10 de junio de 1994 (*RJ* 5224)

²³⁹ Para la búsqueda de sentencias anteriores a 1930 se ha utilizado la Colección Legislativa de España, por lo que no consta la referencia Aranzadi.

STS de 22 de mayo de 1995 (*RJ* 3998)
STS de 11 de julio de 1995 (*RJ* 5957)
STS de 25 de noviembre de 1996 (*RJ* 8283)
STS de 20 de mayo de 1997 (*RJ* 3890)
STS de 3 de julio de 1997 (*RJ* 5477)
STS de 29 de noviembre de 1997 (*RJ* 8436)
STS de 18 de febrero de 1998 (*RJ* 875)
STS de 4 de mayo de 1998 (*RJ* 3464)
STS de 13 de marzo de 1998 (*RJ* 2231)
STS de 2 de diciembre de 1998 (*RJ* 9976)
STS de 30 de enero de 1999 (*RJ* 522)
STS de 20 de abril de 1999 (*RJ* 2589)
STS de 23 de febrero de 2000 (*RJ* 1242)
STS de 23 de marzo de 2000 (*RJ* 2025)
STS de 1 de junio de 2000 (*RJ* 5090)
STS de 12 de diciembre de 2000 (*RJ* 2001\552)
STS de 2 de octubre de 2001 (*RJ* 7141)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA TERCERA)

STS de 31 de enero de 2001 (*RJ* 1083)
STS de 12 de febrero de 2002 (*RJ* 3329)
STS de 19 de febrero de 2002 (*RJ* 3330)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

TSJ de Navarra 29 de abril de 1996 (*RJ* 2920)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Murcia de 23 de abril de 1994 (*Aranz.Civ.* 665)
SAP de Barcelona de 22 de septiembre de 1994 (*Aranz.civ.* 1926)
SAP de Salamanca de 21 de enero de 1997 (*Aranz.Civ.* 377)
SAP de Vizcaya de 14 de mayo de 1997 (*Aranz.Civ.* 1150)

SAP de Barcelona de 23 de marzo de 1998 (*Aranz.Civ.* 562)
SAP de León de 15 de abril de 1998 (*Aranz.Civ.* 748)
SAP de Burgos de 30 de diciembre de 1998 (*Aranz.Civ.* 2585)
SAP de Madrid de 25 de febrero de 1999 (*Aranz.Civ.* 3907)
SAP de Asturias de 5 de marzo de 1999 (*Aranz.Civ.* 1320)
SAP de Vizcaya de 2 de junio de 1999 (*Aranz.Civ.* 6092)
SAP de Orense de 19 de julio de 1999 (*Aranz.Civ.* 1232)
SAP de Almería de 5 de octubre de 1999 (*Aranz.Civ.* 8201)
SAP de Huesca de 8 de noviembre de 1999 (*Aranz.Civ.* 8132)
SAP de Granada de 18 de marzo de 2000 (*Aranz.Civ.* 1035)
SAP de Segovia de 18 de mayo de 2000 (*Aranz.Civ.* 1106)
SAP de Pontevedra de 31 de mayo de 2000 (*Aranz.Civ.* 1266)
SAP de Sevilla de 18 de diciembre de 2000 (*Aranz.Civ.* 2001\146)
SAP de Madrid de 2 de febrero de 2001 (*JUR* 133832)
SAP de Asturias de 18 de junio de 2001 (*Aranz.Civ.* 1229)
SAP de Sevilla, de 18 de octubre de 2001 (*JUR* 2002\76490)
SAP de Madrid de 10 de octubre de 2000 (*Aranz.Civ.* 1417)
SAP de Asturias de 21 de noviembre de 2002 (*Aranz.Civ.* 539)
SAP de Granada de 31 de mayo de 2003 (*JUR* 234035)
SAP de Barcelona de 19 de marzo de 2004 (*JUR* 122712)
SAP de Asturias de 25 de octubre de 2004 (*JUR* 291611)
SAP de Alicante de 27 de abril de 2005 (*JUR* 164328)
SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/39591)
SAP de Asturias de 5 de julio de 2007 (*AC* 1767)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGRN de 2 de junio de 1914
RDGRN de 6 de octubre de 1915
RDGRN de 3 de julio de 1920
RDGRN de 25 de octubre de 1973 (*RJ* 5137)
RDGRN de 26 de octubre de 1973 (*RJ* 5138)

RDGRN de 2 de septiembre de 1983 (*RJ* 7012)
RDGRN de 27 de enero de 1986 (*RJ* 1002)
RDGRN de 13 de junio de 1986 (*RJ* 3842)
RDGRN de 20 de mayo de 1987 (*RJ* 3926)
RDGRN de 5 de junio de 1987 (*RJ* 4835)
RDGRN de 17 de noviembre de 1989 (*RJ* 7935)
RDGRN de 16 de marzo de 1990 (*RJ* 2301)
RDGRN de 23 de diciembre de 1990 (*RJ* 10497)
RDGRN de 14 de enero de 1991 (*RJ* 588)
RDGRN de 24 de abril de 1992 (*RJ* 3374)
RDGRN de 8 de noviembre de 1993 (*RJ* 9114)
RDGRN de 27 de octubre de 1994 (*RJ* 10729)
RDGRN de 21 de febrero de 1995 (*RJ* 1735)
RDGRN de 22 de junio de 1995 (*RJ* 5329)
RDGRN de 12 de julio de 1996 (*RJ* 5613)
RDGRN de 16 de julio de 1996 (*RJ* 5614)
RDGRN de 18 de diciembre de 1996 (*RJ* 9384)
RDGRN de 30 de enero de 1998 (*RJ* 5220)
RDGRN de 2 de febrero de 1998 (*RJ* 5221)
RDGRN de 11 de febrero de 1998 (*RJ* 1112)
RDGRN de 18 de julio de 1998 (*RJ* 5984)
RDGRN de 24 de julio de 1998 (*RJ* 5979)
RDGRN de 17 de agosto de 1998 (*RJ* 7116)
RDGRN de 20 de octubre de 1998 (*RJ* 8152)
RDGRN de 6 de noviembre de 1999 (*RJ* 7781)
RDGRN de 3 de mayo de 2000 (*RJ* 5829)
RDGRN de 20 de mayo de 2000 (*RJ* 5848)
RDGRN de 12 de junio de 2000 (*RJ* 7334)
RDGRN de 13 de junio de 2000 (*RJ* 7335)
RDGRN de 14 de junio de 2000 (*RJ* 7336)
RDGRN de 16 de junio de 2000 (*RJ* 7339)
RDGRN de 17 de junio de 2000 (*RJ* 7338)

RDGRN de 4 de julio de 2000 (*RJ* 5856)
RDGRN de 5 de julio de 2000 (*RJ* 5857)
RDGRN de 6 de julio de 2000 (*RJ* 5858)
RDGRN de 7 de julio de 2000 (*RJ* 5859)
RDGRN de 10 de julio de 2000 (*RJ* 5860)
RDGRN de 11 de julio de 2000 (*RJ* 5861)
RDGRN de 12 de julio de 2000 (*RJ* 5862)
RDGRN de 17 de julio de 2000 (*RJ* 5865)
RDGRN de 20 de julio de 2000 (*RJ* 5868)
RDGRN de 4 de noviembre de 2000 (*RJ* 10240)
RDGRN de 22 de marzo de 2001 (*RJ* 2188)
RDGRN de 10 de julio de 2001 (*RJ* 5910)
RDGRN de 8 de junio de 2002 (*RJ* 8989)
RDGRN de 19 de septiembre de 2003 (*RJ* 6335)

OTRAS RESOLUCIONES

Auto JPI de Palma de Mallorca de 19 de septiembre de 2001 (*Aranz.Civ.* 1799)
Auto JPI de Madrid de 26 de octubre de 2001 (*Aranz.Civ.* 1800)