

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

IALES
de
ECHO

**LA VENTA EXTRAJUDICIAL DE INMUEBLES
HIPOTECADOS: ¿POSIBLE APLICACIÓN DEL
ARTÍCULO 641 LEC?**

ROSER CASANOVA MARTÍ

Universidad Rovira i Virgili

Resumen

Una de las vías para reclamar las deudas garantizadas con un préstamo hipotecario es la prevista en el artículo 129.1 b) de la Ley Hipotecaria, que reconoce la venta extrajudicial ante notario. El legislador ha establecido la subasta como mecanismo único para la realización de los bienes en este procedimiento. Sin embargo, la venta notarial a través de subasta no funciona en la práctica. Ante esta realidad, el presente estudio tiene por finalidad analizar si es posible aplicar las fórmulas alternativas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la realización forzosa de los bienes y, en particular, la realización por una persona o entidad especializada, prevista en su artículo 641.

Palabras clave: acción hipotecaria, venta extrajudicial, subasta, notario, realización por persona o entidad especializada

“Extrajudicial sale of mortgaged property: is the application of article 641 LEC possible?”

Abstract

One of the ways to claim the debts guaranteed by a mortgage loan is provided in article 129.1 b) of the Mortgage Law, which recognizes the extrajudicial sale before a notary. The legislator has established the auction as the only mechanism for the realization of the assets in this procedure. However, notary selling through auction does not work in practice. Given this reality, the aim of this paper is to analyze whether it is possible to apply the alternative formulas provided for in the Civil Procedure Law for the forced realization of the assets and, in particular, the realization by a specialized person or entity, provided in its article 641.

Keywords: mortgage action, extrajudicial sale, auction, public notary, realization by person or specialized entity

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿CÓMO PUEDE EJERCITARSE LA ACCIÓN HIPOTECARIA? III. ESPECIAL ATENCIÓN A LA VENTA EXTRAJUDICIAL. 1. Regulación. 2. Requisitos. 2.1. Previo pacto de las partes en la escritura de constitución de la hipoteca. 2.2. Solo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada. 2.3. Cuantía inicialmente determinada. 2.4. Valor de tasación. 2.5. Hacer constar si es vivienda habitual o no. IV. PROCEDIMIENTO. V. DISFUNCIONALIDAD DE LA SUBASTA COMO FORMA DE REALIZACIÓN DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL. VI. APLICACIÓN DE FÓRMULAS ALTERNATIVAS A LA SUBASTA NOTARIAL: LA VENTA POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA. 1. Regulación y concepto. 2. Su aplicación a la venta extrajudicial ante notario. 3. Aplicabilidad práctica. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

La acción para reclamar la deuda hipotecaria impagada puede ejercitarse tanto judicial como extrajudicialmente. Sin embargo, la gran mayoría de estas reclamaciones se articulan por la vía judicial¹, saturándola. Por este motivo, cuando las entidades bancarias acuden a los órganos judiciales para reclamar su crédito se encuentran con la lentitud del sistema, en general y, en particular, del propio proceso de ejecución hipotecaria. Esta circunstancia explica que algunas entidades de crédito opten por la vía extrajudicial ante notario porque ofrece mayor agilidad al estar menos congestionada². Este mecanismo habilita al notario para realizar forzosamente los bienes a través del portal de subastas de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado³ (en adelante, BOE) –del mismo modo que sucede en el ámbito judicial a través del Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ)–.

A pesar de la mayor agilidad de la vía notarial, ésta tampoco satisface los intereses de quienes ejercitan esta modalidad de acción hipotecaria. Ello es, en buena medida, debido al hecho de que se haya apostado por la subasta como mecanismo de realización para que

¹ En 2020 el total de subastas judiciales fue de 12.756 mientras que el número de subastas notariales ascendió a 548, lo que tan solo representa un 4,3%.

(<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Actividad-Portal-Subastas-judiciales-electronicas/>, fecha de consulta: 14 de abril de 2021).

² Sobre la agilidad de la venta extrajudicial se pronuncian los propios responsables de su desarrollo, entre los que destacamos a GOMÁ LANZÓN, F., “El procedimiento extrajudicial notarial de venta de bien hipotecado: informe de situación”, *Cuadernos de derecho y comercio*, nº extraordinario, 2014, p. 19, quien, ya en su momento, señaló que “La duración media de una ejecución judicial se puede situar entre 18 y 24 meses” y el procedimiento notarial “puede durar tres y cuatro meses, quizá hasta seis y siete, aproximadamente, en casos más complejos”. Igualmente, en esta línea se pronunció NAVAS OLÓRIZ, J. I., “Venta extrajudicial de bienes hipotecados”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, nº 1, 2014, p. 121, indicando que la venta extrajudicial “empieza a ser considerada como una alternativa de ejecución más rápida y barata que la judicial”.

³ <https://subastas.boe.es/> (fecha de consulta: 14 de abril de 2021).

el notario lleve a cabo la venta extrajudicial del bien (art. 129.2.d de la Ley Hipotecaria⁴, en adelante, LH), lo que ha significado que la mayoría de los casos finalicen con la adjudicación de la finca al banco por una cantidad muy inferior a la de su valor de tasación⁵. Esto es indicativo, inicialmente, de que el mecanismo de realización por el que ha optado el legislador en este caso no funciona.

Por este motivo, en el presente trabajo pretendemos examinar si es posible extrapolar las vías alternativas de realización forzosa previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶ (en adelante, LEC) al proceso de venta extrajudicial ante notario.

II. ¿CÓMO PUEDE EJERCITARSE LA ACCIÓN HIPOTECARIA?

El ejercicio de la acción hipotecaria es una de las cuestiones que se ve afectada por la entrada en vigor de la LEC que a través de su disposición final novena reforma la LH y, con ella, su artículo 129. Esta norma establece una doble vía para ejercitar la acción hipotecaria: la judicial y la extrajudicial.

Por un lado, la vía judicial posibilita ejercitarla directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V, dedicado a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados (arts. 681 a 698 LEC)⁷.

La vía extrajudicial, por su parte, es un supuesto de acción directa de la acción hipotecaria⁸ que faculta la venta del bien hipotecado ante notario, conforme al artículo 1.858 del Código Civil⁹, siempre que esta opción se hubiera pactado en la escritura de

⁴ BOE núm. 58 de 27 de febrero de 1946.

⁵ Cfr. SAP Barcelona (13ª), 24 mayo 2018 [ECLI:ES:APB:2018:3030], f.j. 2º.

⁶ BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000.

⁷ Para un análisis más amplio del proceso de ejecución hipotecaria, que excede de nuestro objeto de estudio, vid. ADAN DOMENECH, F., *La ejecución hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 2009.

⁸ GARCÍA VILA, J. A., “La venta extrajudicial del bien hipotecado tras la Ley 1/2013”, *La Notaria*, nº 2, 2013, p. 20.

⁹ Aunque el legislador expresamente remite al art. 1.858 CC para fundamentar la venta extrajudicial, la lectura de este precepto nos lleva a considerar que es asimismo fundamento de la vía judicial, pues en relación con los contratos de prenda e hipoteca el art. 1.858 CC dispone que “vencida la obligación principal puedan ser enajenadas la cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor”.

constitución de la hipoteca y solo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.

Y, de estas dos posibilidades, nuestro objeto de estudio se centra en la venta extrajudicial del inmueble hipotecado.

III. ESPECIAL ATENCIÓN A LA VENTA EXTRAJUDICIAL

1. Regulación

La redacción original del artículo 129 LH (aplicable hasta la entrada en vigor de la LEC del año 2000) ya permitía esta doble vía para ejercer la acción hipotecaria. En particular, respecto de la extrajudicial, se establecía que en la escritura de constitución de la hipoteca pudiera pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva dicha acción hipotecaria¹⁰.

Sin embargo, la utilización del término “procedimiento ejecutivo extrajudicial” en este precepto generaba dudas respecto de su constitucionalidad por la posible invasión de la función jurisdiccional “haciendo ejecutar lo juzgado” del artículo 117.3 de la Constitución Española (en adelante, CE), reservada en exclusiva a juzgados y tribunales. En este contexto, el Tribunal Supremo¹¹ determinó que “la función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial”, a lo que el Tribunal Constitucional añadió: “que la titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la constitución les ha conferido en su artículo 117.3”¹².

Siendo esto así, aclara el Tribunal Supremo¹³ que “la función notarial [...] no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución”. Es por este

¹⁰ El tenor literal de esta norma establecía que “[...] 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”.

¹¹ STS (1ª) 4 mayo 1998 (RJ 1998\3464), f.j. 7º.

¹² STC 28 octubre 1987 (RTC 1987\167), f. j. 2º.

¹³ STS (1ª) 4 mayo 1998 (RJ 1998\3464), f.j. 7º.

motivo que la STS de 4 de mayo de 1998 declaró inaplicable, al caso concreto, el párrafo segundo del artículo 129 LH así como los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario (en adelante, RH), por oposición a los arts. 24.1 y 117.3 CE. Y ello de conformidad con la disposición derogatoria tercera de la CE, al tratarse de una norma preconstitucional.

No obstante, no podemos obviar que otras sentencias del propio Tribunal Supremo habían admitido la constitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial. Muestra de ello es su sentencia de 16 de octubre de 1995, al considerar que este procedimiento no vulnera “el artículo 117 de la Constitución, que atribuye exclusivamente a los Juzgados y Tribunales la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, porque el objeto de este procedimiento es ejecutar ante Notario un derecho de hipoteca de origen contractual, no una resolución judicial, extrajudicialidad del procedimiento que se encuentra reconocido, previo acuerdo de las partes, en el párrafo 2º del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, lo que impide que pueda entenderse que existe infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, al ser válida la tramitación ante Notario derivada de pacto expreso”¹⁴.

Las dudas sobre la inconstitucionalidad de este precepto¹⁵ explican que en el año 2000 el legislador aprovechase para modificar el antiguo procedimiento ejecutivo extrajudicial a través de la disposición final novena de la LEC, pasándolo a denominar “venta extrajudicial del bien hipotecado”¹⁶. Con esta modificación terminológica finaliza la problemática en torno a la constitucionalidad del artículo 129 LH¹⁷, tal y como expresamente ha reconocido el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de mayo de

¹⁴ STS (3ª) 16 octubre 1995 (RJ 1995\7064), f.j. 5º.

¹⁵ Esta problemática ha sido abordada por la Resolución DGRN 13 febrero 2004, f.d. 2º (RJ 2004\2125) y, en el ámbito de la doctrina científica, por ADAN DOMENECH, F., “La venta extrajudicial de la hipoteca”, en *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente* (dirs. IZQUIERDO, PICÓ Y ADAN), 2ª edición, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp.750 a 752, quien ha examinado los argumentos relativos a la constitucionalidad e inconstitucionalidad de la venta extrajudicial.

¹⁶ Sobre la naturaleza jurídica de la venta extrajudicial vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago: una propuesta de reforma legislativa”, 2018, pp. 22 a 24 (http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/059-01GUILLERMO_CERDEIRA.pdf fecha de consulta: 14 de abril de 2021).

¹⁷ *Ibidem*, pp. 749 a 750. Sobre la modificación terminológica introducida a través de la Disposición Final 9ª LEC, vid. también SABATÉ SABATER, J. M., *La venta judicial de inmuebles*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2017, p. 360.

2017¹⁸, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se refiere a este tipo de procesos extrajudiciales sin poner en duda la validez ni la constitucionalidad del artículo 129 LH¹⁹.

Ahora bien, no es hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social²⁰, que esta vía extrajudicial de realización forzosa de bienes hipotecados experimenta un avance cualitativo al fortalecer el régimen de venta extrajudicial de bienes hipotecados en la LH²¹, a través del desarrollo de la venta extrajudicial ante notario en un nuevo punto segundo. Si bien, con posterioridad –2015 y 2019²²– han tenido lugar otras dos reformas de menor entidad en el apartado segundo del artículo 129 LH²³.

Sin embargo, la regulación actual de la venta extrajudicial ante notario prevista en el artículo 129 LH, de indudable aplicación preferente, no es unitaria, pues el propio precepto remite a otros cuerpos normativos para su complementación.

Así, por un lado, remite al RH²⁴ para “la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de

¹⁸ STS (1ª) 23 mayo 2017 (ECLI:ES:TS:20172017), f.j. 1º.

¹⁹ STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89). Asimismo se refiere la STS (1ª) 14 julio 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3412), f.j. 1º.

²⁰ BOE núm. 116 de 15 de mayo de 2013. Esta ley fue dictada para acoger en el ordenamiento jurídico español los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 sobre adecuación de nuestro marco hipotecario a la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas [SAP Barcelona (13ª), 24 mayo 2018 (ECLI: APB:2018:5030), f.j. 2º].

²¹ Vid. el Preámbulo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En esta línea, vid. también NAVAS OLÓRIZ, J. I., “Venta...”, cit., p. 121; y GARCÍA VILA, J. A., “La venta...”, cit., p. 20.

²² La disposición final 3ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, da una nueva redacción a las letras a) y f) del art. 129.2 LH (BOE 167, de 14 de julio de 2015); por su parte, la disposición final 1ª de la Ley 5/2019, de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, modifica el apartado 2.a) del art. 129 LH (BOE núm. 65, de 13 de marzo de 2019).

²³ En este marco, traemos a colación la STS (1ª) 23 mayo 2017 (ECLI:ES:TS:20172017), f.j. 1º que destaca que “el ejercicio del *ius distrahendi* mediante dicho procedimiento de venta extrajudicial deba estar sometido a estrictos controles de legalidad con la finalidad de equilibrar todos los intereses en juego: los del acreedor, los del propietario y los eventuales de terceros. El mantenimiento del procedimiento de venta extrajudicial y la regulación tendente a lograr ese equilibrio de intereses se infiere de la legislación recaída posteriormente sobre la materia: Real Decreto-ley 6/2012; Ley 1/2013, de 14 de mayo; Ley 19/2015, de 13 de julio, y Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria que da una nueva regulación a la venta extrajudicial de bienes hipotecados sin desplazamiento de posesión, y así lo reconoce como opinión de autoridad la resolución de la DGRN de 25 de febrero de 2014”. En la misma línea cfr. SAP Alicante (5ª) 12 diciembre 2018 (ECLI: ES: APA: 2018:2534), f.j. 3º.

²⁴ BOE núm. 106, de 16 de abril de 1947.

derechos o cargas posteriores, así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación” (art. 129.2 e) LH).

Por otro lado, establece la aplicación directa de la LEC en determinados supuestos, como es el caso del artículo 129.2 d) LH según el cual “los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil”; el del artículo 129.2 f) LH en los casos en los que “cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales”, debiéndose sustanciar la cuestión sobre dicho carácter abusivo “por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”; o el del artículo 129.2 h) *in fine* LH, en atención al cual “en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Además, el párrafo primero del artículo 129.2 h) LH establece la subsidiariedad de la propia LEC para todo lo no regulado en la Ley y el Reglamento Hipotecario. E incluso, en virtud del artículo 72.1 de la Ley del Notariado²⁵ (en adelante, LN), son de aplicación supletoria los artículos 72 a 75 LN en todo aquello que no contradigan la regulación especial, esto es, la legislación hipotecaria.

Esta disparidad normativa evidencia una regulación de la venta extrajudicial fragmentada creando inseguridad jurídica y, en consecuencia, complicando su aplicación práctica²⁶.

2. Requisitos

La acción hipotecaria a través de la venta extrajudicial ante notario prevista en el artículo 129.1 LH, y posteriormente desarrollada en el punto segundo de este mismo precepto

²⁵ La Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, en su art. 72.1. concretamente establece que: “Las subastas que se hicieren ante Notario en cumplimiento de una disposición legal se regirán por las normas que respectivamente las establezcan y, en su defecto, por las del presente Capítulo”.

²⁶ Alerta asimismo de esta disparidad normativa ADAN DOMENECH, F., “La venta..., cit., p. 750, al indicar que: “El problema radica en la falta de una reforma legislativa global, realizando el legislador reformas parciales, que dificulta una coherencia interna de nuestro ordenamiento jurídico, y mientras tal circunstancia exista seguirán vigentes las dudas sobre la constitucionalidad de la venta extrajudicial, creando inseguridad jurídica y contradicciones terminológicas en relación a la denominación de una misma institución”. A mayor abundamiento vid. MICÓ GINER, J., *Hipotecas y venta extrajudicial de inmuebles hipotecados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 273 a 330.

legal, no es libremente ejercitable por quien pretenda recuperar su crédito, sino que para que ello suceda es necesario que se cumplan los requisitos que pasamos seguidamente a analizar.

2.1. Previo pacto de las partes en la escritura de constitución de la hipoteca

El legislador hipotecario, en el artículo 129.1 b) LH, exige que para ejercitar la acción hipotecaria ante notario las partes pacten, en el momento de constituir el préstamo hipotecario, la inclusión de una cláusula donde expresamente prevean acudir a la vía extrajudicial en caso de incumplimiento de la obligación garantizada²⁷. Se trata, en términos de la SAP de Barcelona, de 24 de mayo de 2018, “del desarrollo de un pacto consentido en escritura pública de venta anticipada de la finca para el caso de impago de la obligación garantizada (enajenación de la garantía en caso de impago)”²⁸.

De no ser así, el acreedor solo podrá ejercitar dicha acción hipotecaria por la vía judicial prevista en el artículo 129.1 a) LH.

En relación con este primer requisito se suscitan dos cuestiones que merecen nuestra atención: la primera concierne a la posible abusividad de la cláusula del préstamo hipotecario en la que conste el pacto entre las partes, y la segunda hace referencia a la estipulación del pacto en una cláusula separada.

En cuanto a la primera cuestión, nos planteamos si la cláusula en la que las partes acuerden acudir a la venta extrajudicial en caso de incumplimiento –y más aún si la propuesta viene de la entidad de crédito– puede tildarse de abusiva. Al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto, en su sentencia de 10 de septiembre de 2014, que una cláusula que permita al profesional que contrata con el consumidor acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva²⁹. En consecuencia, la

²⁷ GARCÍA VILA, J. A., “La venta...”, cit., p. 20, matiza que “en sentido estricto, sin embargo, se trata de una escritura que contiene el pacto de constitución de derecho real de hipoteca, por cuanto este, en tanto no se modifique el Código Civil, nace (tanto *inter partes* como frente a terceros) con la inscripción en el Registro de la Propiedad”.

²⁸ SAP Barcelona (13º) 24 mayo 2018 (ECLI:APB:2018:5030), f.j. 2º.

²⁹ STJUE (3º) 10 septiembre 2014 (TJCE 2014, 308) (asunto C-34/13).

cláusula en la que las partes pacten la posibilidad de acudir a la vía extrajudicial no puede considerarse abusiva, y así mismo lo ha confirmado el Tribunal Supremo³⁰.

En segundo lugar, los arts. 129.2 b) LH y 234.2 RH, exigen que la cláusula por la que los otorgantes del préstamo hipotecario pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial conste separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura. En opinión de GARCÍA VILA “este carácter separado de la estipulación no es una mera formalidad, sino que atiende a los principios de la legislación de defensa de los consumidores”³¹. Ello significa, siguiendo la literalidad de la SAP de Barcelona, de 24 de mayo de 2018³², que “en la escritura de constitución de la hipoteca, se tendrá que haber estipulado, de forma clara y separada del resto de cláusulas la sujeción de los otorgantes a este procedimiento”.

Aclarados los anteriores extremos, un ejemplo de cláusula de sujeción a la venta extrajudicial sería el siguiente:

Cláusula.- VENTA EXTRAJUDICIAL. Conforme a lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria la ENTIDAD en caso de incumplimiento de la obligación garantizada por concepto de capital e intereses en los importes o cuotas mínimos reflejados en la siguiente cláusula de estas Condiciones Generales, declarando la entidad vencido de forma anticipada este préstamo, podrá optar la entidad por la venta extrajudicial de la/s finca/s hipotecada/s por medio de Notario, conforme al artículo 1.858 del Código Civil y con las formalidades establecidas en la Ley y el Reglamento Hipotecario y, en su caso, en la Ley de Enjuiciamiento Civil. A tal efecto, se señala como valor de la/s finca/s hipotecada/s, para caso de subasta, el recogido en el/los Certificado/s de Tasación realizado/s conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que se unen a la presente escritura. Las partes señalan como domicilio para la práctica de notificaciones y requerimientos el indicado en las Condiciones Particulares de este contrato. La entidad designa como mandataria para que represente en el otorgamiento de la escritura de venta extrajudicial, a cualquiera de sus

³⁰ Vid. por todas las STS (1ª) 14 julio 2016, f.j. 1º. A la legalidad de la cláusula de venta extrajudicial también se ha referido ADAN DOMENECH, F., “La venta...”, cit., pp.752 a 753.

³¹ GARCÍA VILA, J. A., “La venta...”, cit., p. 21.

³² SAP Barcelona (13º) 24 mayo 2018 (ECLI:APB:2018:5030), f.j. 2º.

apoderados con facultades para realizar ese tipo de actos. En cuanto a la/s finca/s hipotecada/s, en lo que se refiere a si tiene/n o no carácter de vivienda habitual, las partes se remiten a lo indicado en el Expositivo y en las Condiciones Particulares de esta escritura.

Finalmente, el artículo 129 LH es claro al establecer como requisito de procedibilidad la necesidad de que conste en el préstamo hipotecario, en cláusula separada, la sujeción a la venta extrajudicial. Pero nada indica sobre su carácter vinculante. A falta de respuesta legal expresa, ¿puede la entidad de crédito, llegado el momento, acudir igualmente a la vía judicial? En la medida que ni en la LH ni en el RH se estipula que la cláusula de pacto de venta extrajudicial sea vinculante entendemos que la respuesta debe ser afirmativa. Así, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada la entidad de crédito podrá optar, indistintamente, por la ejecución hipotecaria o la venta extrajudicial para reclamar su crédito.

2.2. Solo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada

Una importante novedad que aporta la entrada en vigor de la Ley 1/2013 respecto de la redacción anterior del artículo 129 LH –que habilitaba el acceso a la venta extrajudicial para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada, sin límites– es la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial del bien hipotecado solo para reclamar el pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, quedando al margen de este procedimiento las demás causas de vencimiento anticipado (art. 129.1 b) LH). Sobre esta cuestión, ADAN DOMENECH, considera que la consecuencia de ello es que quedan “eliminadas de la venta extrajudicial las hipotecas que garanticen obligaciones de hacer o de no hacer”³³. Así lo ha hecho constar expresamente la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) en su resolución de 13 de diciembre de 2018³⁴.

³³ ADAN DOMENECH, F., “La venta...”, cit., p. 755.

³⁴ (BOE núm. 3, de 3 de enero de 2019). En este mismo sentido se pronuncia la SAP Barcelona (13º), 24 mayo 2018 (ECLI:APB:2018:5030), f.j. 2º al establecer que la venta extrajudicial “solo cabe por impago de capital o de intereses; las demás causas de vencimiento anticipado no dan entrada a este procedimiento”. A este requisito también se ha referido NAVAS OLÓRIZ, J. I., como una de las mejoras para los consumidores hipotecarios que introdujo la Ley 1/2013, en “Venta...”, cit., p. 124.

2.3. Cuantía inicialmente determinada

La venta extrajudicial encuentra una nueva limitación en los arts. 129.2 c) LH y 235 RH pues solo será de aplicación a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114 LH³⁵.

Siguiendo la literalidad de la LH, el precepto antes citado ha querido puntualizar respecto de los casos en los que el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital, la necesidad de acompañar a la solicitud de venta extrajudicial tanto el documento donde consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, así como el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

Finalmente, la norma da respuesta a aquellos supuestos en los que se hubieran pactado intereses variables. En particular, para estos casos se precisa que junto a la solicitud de venta extrajudicial se presente el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

Siguiendo a ADAN DOMENECH “la aplicación taxativa de esta norma implicaría que la venta extrajudicial solo sería apta para los casos de préstamo, pero no para las hipótesis de hipoteca de máximo o de cuenta corriente, pues de permitirse se incumplirían las directrices establecidas en el artículo 129 LH. Es por ello que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se produce una limitación de los supuestos que permiten acudir a la venta extrajudicial del bien hipotecado”³⁶.

³⁵ LIÉBANA ORTIZ, J. R. y SANTOS DEL VALLE, L. F., *Las subastas electrónicas (judiciales, notariales y administrativas)*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 282, puntualizan que “dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes del 15 de mayo de 2013, que se devenguen con posterioridad en dicha fecha, así como los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos”. Por su parte, partiendo de que la redacción del art. 129.2 c) LH agrava la limitación del ámbito de aplicación de la venta extrajudicial, ADAN DOMENECH, F., “La venta...”, cit., p. 756.

³⁶ ADAN DOMENECH, F., “La venta...”, cit., p. 756.

2.4. Valor de tasación

Otro de los requisitos a considerar es el valor de tasación del inmueble hipotecado, que es el que se tendrá en cuenta como tipo en la subasta. En concreto, el artículo 129.2 a) LH³⁷ establece, de un lado, que dicha tasación se haga por parte de los interesados si bien condicionada a que respete el tipo de la subasta fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa. En el mismo sentido se regula en el artículo 234.1.1 RH. Por otro lado, este precepto normativo trata de garantizar un valor mínimo de tasación exigiendo que, en ningún caso, éste sea inferior al valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario³⁸.

2.5. Hacer constar si es vivienda habitual o no

Por imperativo del artículo 129.2 b) LH, en la escritura de préstamo hipotecario deberá asimismo señalarse, de manera expresa, el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda. Este matiz es importante porque las consecuencias variarán en función de la calificación que reciba dicha vivienda³⁹, pues la atribución de carácter habitual ofrece una mayor protección al consumidor⁴⁰. Además esta norma establece una presunción *iuris tantum* en atención a la cual se presumirá el carácter habitual de la vivienda al tiempo de realizarse la venta extrajudicial del inmueble siempre y cuando se hubiera hecho constar en la escritura de constitución, salvo prueba en contrario⁴¹.

³⁷ El apartado 1 a) del art. 129 LH ha sido modificado en distintas ocasiones, concretamente, por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil; y por la Ley 5/2019, de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

³⁸ BOE núm. 90 de 15 de abril de 1981.

³⁹ SAP Barcelona (13º) 24 mayo 2018 (ECLI:APB:2018:5030), f.j. 2º.

⁴⁰ En concreto, como señala ADAN DOMENECH, F., “la mayor protección del deudor viene dada por medidas paliativas o no tan gravosas respecto de su situación económica y la mayor protección ante una posible venta del bien”, en “La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 6, 2017, p. 100.

⁴¹ En relación con la ejecución judicial de inmuebles, lo prevé en idénticos términos el art. 21.3 LH. Así, “en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución”.

IV. PROCEDIMIENTO

Inicialmente debemos tener en cuenta la existencia de dos partes diferenciadas en el procedimiento de venta extrajudicial: una primera parte, que se destina a los trámites previos a la subasta⁴², y una segunda dedicada a su desarrollo hasta la adjudicación del bien⁴³. Respecto de cada una de estas fases la SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2018 ha concretado que en la primera “el Banco inicia el procedimiento y se practican los requerimientos y notificaciones a deudores y demás interesados”, y en la segunda fase es donde “se procede a la subasta previamente anunciada del inmueble, la cual en la mayoría de los casos finaliza con la adjudicación de la finca”⁴⁴. En particular, es de nuestro interés centrarnos en el momento de realización forzosa del bien, por exceder del objeto de nuestro estudio los aspectos que no conciernen estrictamente a la subasta.

Para ello debemos partir del análisis conjunto de los apartados d), e) y g) del artículo 129.2 LH del cual resulta que, además del propio texto de la LH, debe acudir también al RH y a la LEC para determinar cómo debe articularse la subasta notarial, lo que ya de entrada genera confusión.

En primer lugar, el artículo 129.2 d) LH dispone que la venta extrajudicial se realice a través de una única subasta electrónica que tendrá lugar en el portal de subastas del BOE. Si bien pudiera parecer que esta nueva forma de realizar la subasta llega con la Ley 19/2015⁴⁵, por la que se introduce la renovada subasta judicial electrónica –en vigor desde enero de 2016– ello no es así, pues con carácter previo, se introdujo en la LH para las subastas notariales a través de la Ley 1/2013 con la finalidad de dotar de mayor publicidad y transparencia a estas subastas⁴⁶.

⁴² Sobre los trámites esenciales previos a la subasta (requerimiento de pago, notificaciones y comparecencias), ver ampliamente MARÍN CALERO, C., *La ejecución extrajudicial de la hipoteca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 147 a 198.

⁴³ Sobre el desarrollo de la subasta, vid. ADAN DOMENECH, F., “La venta...”, cit., pp. 772 a 779; y MARÍN CALERO, C., *La ejecución...*, cit., pp. 199 a 240.

⁴⁴ SAP Barcelona (13º) 24 mayo 2018 (ECLI:APB:2018:5030), f.j. 2º. A esta distinción también se refiere Gomá Lanzón, F., “El procedimiento...”, cit., pp. 197 a 222.

⁴⁵ Las subastas electrónicas fueron introducidas por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015).

⁴⁶ En este punto el apartado III del Preámbulo de la Ley 19/2015 destaca que “La Ley 1/2013, de 14 de mayo, modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria entre otros aspectos, para introducir la forma electrónica única para la subasta notarial derivada de la venta forzosa extrajudicial que tal artículo regula. Sin perjuicio de que esta Ley ha hecho necesario introducir determinados ajustes en ese artículo, de lo que

En segundo lugar, deberá estarse a lo dispuesto en el RH para el desarrollo del procedimiento de subasta, por remisión expresa del artículo 129.2 e) LH. Sin embargo, en este punto detectamos que el RH no se ha adaptado a la renovada subasta electrónica⁴⁷. En nuestra opinión, es del todo inadmisibles que el legislador de 2013 no aprovechara la oportunidad de actualizar dicha norma reglamentaria⁴⁸, siendo muestra de ello el apartado primero del artículo 236-g RH, que sigue estableciendo la celebración presencial de las subastas en la notaría; o el punto tercero del artículo 236-h RH, que admite la posibilidad de realizar posturas por escrito en pliego cerrado, acompañando el justificante del depósito previo, a lo que añade que “los pliegos se conservarán cerrados por el Notario y serán abiertos al comienzo del acto de licitación, no admitiéndose ya posturas verbales inferiores a la mayor de aquéllas”.

Para entender cómo debe interpretarse esta incongruencia normativa, la Resolución de la DGRN de 25 de febrero de 2014⁴⁹ ha considerado que “respecto de aquellos extremos del procedimiento de venta extrajudicial cuya determinación se remite al Reglamento Hipotecario –art. 129.2.e) de la Ley Hipotecaria–, debe entenderse que la regulación reglamentaria actualmente vigente, mientras no sea objeto de la correspondiente modificación, deberá ser aplicada en tanto en cuanto no sea contrario a la Ley 1/2013 o a la Ley de Enjuiciamiento Civil, e interpretada de conformidad con los principios del procedimiento regulado por las mismas, teniendo en cuenta además la aplicación supletoria de la Ley rrituaria en lo no previsto específicamente”.

En consecuencia, será de aplicación el RH solo en todo aquello que no contradiga la LH y la LEC.

En tercer lugar, llama la atención que la LH no se remita exclusivamente al RH para el desarrollo del procedimiento de subasta, sino que para determinados aspectos acuda a la

se ocupa la disposición final tercera, no parece lógico que la forma electrónica se reserve para las subastas notariales y no se aplique a las subastas judiciales derivadas de procedimientos de ejecución”.

⁴⁷ En cambio, ello sí ha sucedido en la Ley del Notariado, cuyos arts. 72 y ss. han sido adaptados a las reglas de la subasta electrónica, por la disposición final 11.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio (BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015).

⁴⁸ En la misma línea, ADAN DOMENECH, F., “La venta extrajudicial... cit., p. 91, también critica que la actualización de la LH en relación con la subasta electrónica no se haya efectuado en el RH.

⁴⁹ BOE núm. 80, de 2 de abril de 2014.

LEC. Así, por ejemplo, el artículo 129.2.d) *in fine* LH, dispone que los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la LEC.

Por último, una vez concluido el procedimiento, establece el artículo 129.2 g) LH la expedición, por parte del Notario, de la certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos –principal, intereses y costas–, remitiéndose, de nuevo, para ello a la LEC, en concreto, a las reglas de imputación contenidas en su artículo 654.3.

V. DISFUNCIONALIDAD DE LA SUBASTA COMO FORMA DE REALIZACIÓN DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL

Como ya hemos avanzado en el punto precedente del presente trabajo, la vía para llevar a cabo la realización forzosa de los bienes ante notario es la subasta que, como indica el artículo 129.2 d) LH, deberá realizarse electrónicamente a través del Portal de Subastas del BOE. Así, a diferencia de lo que sucede en el ámbito judicial, que prevé tres mecanismos alternativos para la realización forzosa de los bienes, cuales son el convenio de realización, la realización por persona o entidad especializada y la subasta judicial (art. 636.2 LEC), para la venta extrajudicial el legislador ha optado únicamente por la subasta.

Ante esta realidad, nos proponemos analizar, a través de un estudio de campo, la utilidad práctica de la subasta notarial como mecanismo de realización forzosa de los bienes. Para ello, acudimos a los datos que constan en el Portal Subastas del BOE⁵⁰ y a la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial⁵¹.

Si bien es cierto que la reforma de 2013 introdujo, por primera vez –incluso antes que en la vía judicial–, el carácter electrónico de la subasta ante notario, la creación del portal de subastas electrónicas del BOE no se produce hasta 2015. Es por este motivo que no encontramos subastas notariales electrónicas anteriores a esta fecha. Siendo esto así, nuestro estudio toma como año de inicio el 2015 y se extiende hasta 2019, pues dada la

⁵⁰ <https://subastas.boe.es/> (fecha de consulta: 14 de abril de 2021).

⁵¹ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Actividad-Portal-Subastas-judiciales-electronicas/> (fecha de consulta: 14 de abril de 2021).

situación extraordinaria generada por la COVID-19 no podemos tomar en consideración los datos de 2020 por su falta de representatividad.

Inicialmente nos fijamos en la evolución del número de subastas notariales habidas en el período indicado, para con posterioridad hacer un análisis específico de la tipología de bienes y de los resultados alcanzados para valorar el éxito de esta institución jurídica.

Subastas notariales⁵²	Número año 2015	Número año 2016	Número año 2017	Número año 2018	Número año 2019
Total	15	458	673	894	953

En primer lugar, debemos destacar que el número de subastas notariales del último año es de 953. Si comparamos esta cifra con el total de subastas judiciales de 2019 (18.063) observamos que las notariales solo representan un 5,01%. Ello evidencia el poco uso de la venta extrajudicial, siendo preferible para el acreedor utilizar la vía judicial para realizar forzosamente los bienes. A pesar de ello, no podemos negar que la venta extrajudicial es una opción a la que se recurre cada vez más, pues desde que entró en pleno funcionamiento la subasta notarial electrónica (2016) prácticamente se han duplicado los casos (48.1%).

En concreto, en términos generales podemos afirmar que el crecimiento de las subastas notariales es constante, siendo el incremento que se produce de unas 200 por año. Sin embargo, ello no se cumple en 2015 y 2019. En 2015 –año en que entró en funcionamiento el Portal de Subastas del BOE– porque los primeros datos que constan son de finales de año (mayoritariamente de diciembre), lo que comporta que solo podamos contabilizar la convocatoria de 15 subastas. Y, en 2019, por el hecho de que se frena el crecimiento considerablemente, incrementándose solo en 59 los casos respecto de 2018.

⁵² Cuadro de elaboración propia.

En segundo lugar, pasamos a analizar la tipología de bienes objeto de subasta.

Tipología de bienes⁵³	Número año 2015	Número año 2016	Número año 2017	Número año 2018	Número año 2019
Inmuebles	11	351	559	790	834
Muebles	4	107	114	104	119

De los datos que se presentan en la tabla podemos observar que, en todos los años analizados, la gran mayoría de bienes (85%) son inmuebles. Ello nos permite justificar que la venta extrajudicial se utiliza principalmente para la enajenación de bienes inmuebles. Respecto del 15% restante, que pertenece a bienes muebles, debemos destacar que se trata esencialmente de valores, acciones y participaciones, aunque también encontramos vehículos, maquinaria y obras de arte, entre otros.

Finalmente, nos proponemos examinar los resultados alcanzados con la subasta notarial para valorar su éxito.

Estado subasta notarial⁵⁴	Número año 2015	Número año 2016	Número año 2017	Número año 2018	Número año 2019
Total	15	458	673	894	953
Sin puja	9 (60%)	261 (56.99%)	439 (65.23%)	547 (61.19%)	664 (69.67%)
Con puja	1 (6.67%)	126 (27.51%)	174 (25.85%)	283 (31.66%)	234 (24.55%)

⁵³ Cuadro de elaboración propia.

⁵⁴ Cuadro de elaboración propia.

Canceladas	5 (33.33%)	71 (15.50%)	60 (8.92%)	64 (7.16%)	54 (5.67%)
Suspendidas	0	0	0	0	1 (0.10%)

Para valorar la eficacia de la venta extrajudicial debemos fijarnos en el estado de la subasta que se convoca en el Portal de Subastas del BOE, pudiendo éste responder a alguna de las siguientes variedades: finalizadas por la autoridad gestora (sin puja), concluida en el Portal Subastas (con puja), canceladas o suspendidas.

Del análisis específico de los años objeto de estudio nos fijamos, por un lado, en las subastas que se encuentran finalizadas por la autoridad gestora (sin puja) por ser éstas las que mayor porcentaje ocupan respecto del total. En concreto, el 64% de las subastas notariales quedan desiertas, lo que pone de relieve que esta vía de realización forzosa no permite alcanzar la solución esperada. A mayor abundamiento, es de destacar que en 2019 se experimenta un aumento considerable de este porcentaje siendo muy cercano al 70%, lo que lo sitúa en el más elevado de los años analizados. Cabrá observar si en los próximos años esta tendencia al alza se mantiene.

Por otro lado, debemos analizar las subastas que han concluido en el Portal de Subastas, esto es, aquéllas que han recibido puja. En particular, las subastas que se encuentran en este estado ascienden al 27.33%. Sin embargo, del examen exhaustivo de los datos que nos proporciona el Portal del BOE, detectamos que no todas éstas tienen la suficiente puja para que se produzca la adjudicación del bien, sin alcanzar, en algunos casos, la oferta mínima para cubrir la deuda. En consecuencia, no puede considerarse que todas las subastas concluidas con puja finalizan favorablemente o, lo que es lo mismo, el hecho de computar como subasta con puja no es garantía de éxito.

Por último, llama la atención el número de subastas canceladas (254), representando un 8.48% del total de subastas convocadas en los años examinados.

Tras el estudio de campo realizado, podemos afirmar que más del 70% de las subastas notariales fracasan, bien porque no hay pujas –en la mayoría de los casos–, porque habiendo puja no se cubre la deuda o porque se cancelan. Siendo esto así, llegamos a la conclusión que la vía de realización forzosa por la que opta el legislador hipotecario no funciona⁵⁵.

1. Regulación y concepto

Ante la disfuncionalidad de la subasta se hace necesario analizar si las otras vías de apremio previstas en la LEC en sede de ejecución judicial, esto es, el convenio de realización del artículo 640 LEC y la venta por persona o entidad especializada del artículo 641 LEC, pueden aplicarse a la venta extrajudicial ante notario.

De estas dos opciones que nos ofrece la legislación procesal nos fijamos en la segunda porque a fecha de hoy tenemos constancia que funciona en la práctica, pese a su escasa aplicación⁵⁶.

La venta por persona o entidad especializada es un mecanismo de apremio que, a diferencia de la subasta judicial –que gestiona exclusivamente el LAJ desde su convocatoria hasta la adjudicación del bien–, permite la entrada en el proceso de un experto conocedor del mercado donde se comercializa el bien objeto de venta para que sea éste quien se encargue de su enajenación. Para ello, es necesario que este experto

⁵⁵ En parámetros parecidos se comporta la subasta judicial tal y como se refleja en el estudio de CERRATO GURI, E., “De la subasta judicial a la realización por persona o entidad especializada: un viaje sin retorno”, *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 1, 2017, pp. 441-467.

⁵⁶ Sobre esta alternativa a la subasta judicial destacamos los trabajos de CERRATO GURI, E.: “De la subasta judicial...”, ob. cit., pp. 441-467; “¿Por qué no funciona la ejecución civil privada? Propuestas de mejora”, en *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal* (dir. RAMOS MÉNDEZ), Atelier, Barcelona, 2014, pp. 205 a 210; “Estudio del art. 641 LEC: motivos de su inaplicación práctica”, en *Realismo jurídico y experiencia procesal* (dir. SERRA DOMINGUEZ), Atelier, Barcelona, 2009, pp. 339-349; “Soluciones para lograr la aplicación práctica del art. 641 LEC”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 3-4, 2009, pp. 139 a 148; *La ejecución civil privada: realización por persona o entidad especializada: estudio del artículo 641 de la LEC*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2008; “La ejecución civil por persona o entidad especializada desde la experiencia del modelo inglés”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 1-2, 2007, pp. 229 a 249.

Asimismo, vid., TORIBIOS FUENTES, F.; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y SABATÉ SABATER, J. M., *El apremio*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 349-357; CASANOVA MARTÍ, R. y CERRATO GURI, E., “¿Es posible una realización forzosa eficaz en el proceso de ejecución hipotecaria?”, en *Los contratos de crédito inmobiliario* (dirs. ALBIEZ Y MORENO-TORRES), Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 509 a 518; MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “La vía del artículo 641 LEC para la realización de la ejecución por persona o entidad especializada”, en *Práctica de Tribunales*, Nº 132, Wolters Kluwer, 2018, pp. 3 a 13; y, SABATÉ SABATER, J. M., *La venta...*, cit., pp. 32 a 35.

cuenta con la designación del LAJ (a petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutante) y posteriormente preste una caución (salvo que se trate de una entidad pública o de un colegio de procuradores).

Otra particularidad es que la persona o entidad especializada dispondrá de un plazo de seis meses para la venta del bien que, en su caso, y siempre y cuando presente la correspondiente justificación al LAJ –y si éste lo autoriza– podrá prorrogarse por otros seis meses más (art. 641.5 LEC).

Además, cabrá estar a la naturaleza mueble o inmueble del bien, pues para los bienes inmuebles el párrafo tercero del artículo 641.3 LEC establece dos condicionantes: en primer lugar, prevé la celebración de una comparecencia previa a la designación de la persona o entidad especializada a la que serán convocadas las partes y los posibles interesados, y en la que se determinarán las condiciones en las que deberá llevarse a cabo la venta del bien; y en segundo lugar, que el precio mínimo de venta sea el 70% del valor otorgado al inmueble de acuerdo con lo establecido en el artículo 666 LEC.

Para finalizar, debe indicarse que es el LAJ quien debe controlar la legalidad y transparencia de la intervención de la persona o entidad especializada, pues en último término es a éste a quien corresponde aprobar la operación y dictar el decreto de adjudicación (art. 642.2 LEC).

2. Su aplicación a la venta extrajudicial ante notario

En el presente epígrafe pretendemos estudiar si una figura que opera en sede de ejecución judicial, como es la venta por persona o entidad especializada, es extrapolable al procedimiento de venta extrajudicial ante notario.

Inicialmente, la respuesta debería ser negativa porque no hay ninguna norma que expresamente así lo regule en la legislación hipotecaria. De hecho, el artículo 129.2. d) LH solo prevé que la venta se realice mediante una única subasta, y los artículos 234 a 236.o RH, que regulan específicamente el procedimiento de venta extrajudicial, se centran también exclusivamente en la subasta. Tampoco en ninguna de estas normas se prevé la aplicación del artículo 641 LEC.

A pesar de ello, la LH reconoce en su artículo 129.2 h), la aplicación supletoria de la LEC en lo que no se regule en la LH y en el RH. Sobre la supletoriedad de la LEC recuerda GARCÍA VILA que “la venta extrajudicial está enormemente influida por la Ley de Enjuiciamiento Civil. En algunos supuestos la Ley 1/2013 llama directamente a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en otros, permite el desarrollo reglamentario, y, finalmente –art. 129.2, letra h)–, establece el carácter supletorio de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de lo establecido en la Ley Hipotecaria y en el Reglamento Hipotecario (este carácter supletorio excluye la necesidad de la analogía)”⁵⁷. En consecuencia, la LEC tendrá siempre carácter supletorio para todo aquello que no esté explícitamente previsto para la venta extrajudicial en la legislación hipotecaria. Por ello, entendemos que la genérica redacción de esta norma nos avala para acudir a la regulación del apremio judicial previsto en la LEC, pudiéndose, además de la subasta, aplicar las otras alternativas de realización forzosa previstas en el artículo 636 LEC y, en particular, la venta por persona o entidad especializada del artículo 641 LEC. Además, “las normas reglamentarias de desarrollo de un texto legal no pueden, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidas en la misma Ley (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1967 y 6 de julio de 1972)”⁵⁸. En esta línea, MARÍN CALERO considera que “en la venta extrajudicial es posible sustituir por otro el procedimiento de ejecución ordinario (venta directa, encomendada a un tercero, en condiciones mínimas prefijadas), así como utilizar una modalidad de subasta diferente”, aunque reconoce que “algunas protecciones legales son irrenunciables para el deudor”. Igualmente, cuando habla de la ley aplicable a la ejecución extrajudicial de la hipoteca incluye la aplicabilidad de los arts. 640 y 641 LEC, reguladores del convenio de realización y de la realización por persona o entidad especializada, dos vías de realización forzosa alternativas a la subasta judicial⁵⁹.

A mayor abundamiento, esta opción no está prohibida ni en la Ley ni en el Reglamento Hipotecario. De hecho, expresamente admitida también está en la ejecución hipotecaria,

⁵⁷ Vid. GARCÍA VILA, J. A., “La venta...”, cit., p. 23.

⁵⁸ Resolución DGRN 25 febrero 2014, f.d. 4º (BOE núm. 80, de 2 de abril de 2014).

⁵⁹ MARÍN CALERO, C., *La ejecución...*, cit., pp. 21 a 23.

tal y como reconoce el artículo 691.6 LEC⁶⁰; e incluso en los expedientes de subastas voluntarias del artículo 110.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV)⁶¹.

Respecto de la ejecución hipotecaria, el artículo 691.6 LEC admite expresamente la realización por persona o entidad especializada. Ello significa que llegado el momento de enajenar el bien hipotecado, en lugar de acudir a la subasta judicial, el acreedor (normalmente una entidad de crédito) podrá solicitar al LAJ que ésta se haga a través de una persona o entidad especializada, incluso cuando no contase con el consentimiento del ejecutado⁶².

Por su parte, la LJV también prevé en su articulado esta posibilidad para los expedientes de subasta voluntaria. Será posible acudir a estos expedientes cuando el interesado pretenda que la enajenación de los bienes se lleve a cabo fuera de un procedimiento de apremio. En estos casos, la fórmula habitual de enajenación será a través de subasta (art. 108 en conexión con el art. 111 LJV), que se llevará a cabo de forma electrónica en el portal subastas del BOE bajo la responsabilidad del LAJ, siendo en consecuencia de aplicación lo previsto en la LEC a este respecto (art. 111.4 LJV). Sin embargo, el artículo 110.3 LJV admite expresamente también que el interesado pueda solicitar al LAJ que la venta del bien se haga por persona o entidad especializada. De estimarla procedente, el LAJ la podrá acordar con sujeción a lo establecido en el artículo 641 LEC.

En cambio, esto no se ha previsto para los expedientes de subasta notarial⁶³, introducidos por la disposición final undécima de la LJV, en los artículos 72 a 76 LN. Entendemos que

⁶⁰ “En los procesos de ejecución a que se refiere este Capítulo podrán utilizarse también la realización mediante convenio y la realización por medio de persona o entidad especializada reguladas en las Secciones 3.ª y 4.ª del Capítulo IV del presente Título”.

⁶¹ “En la solicitud podrá pedirse al Secretario Judicial que acuerde la venta del bien o derecho por persona o entidad especializada. De estimarse procedente, el Secretario judicial acordará dicha venta con sujeción a lo establecido en el art. 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto sea compatible con las disposiciones de este Título”.

⁶² Asimismo, MARÍN CALERO, C., *La ejecución...*, cit., pp. 21 a 23 destaca que el art. 691.6 LEC reconoce expresamente la utilización de estas fórmulas alternativas a la subasta judicial en sede de ejecución hipotecaria.

⁶³ Téngase en cuenta en este punto que los actos de jurisdicción voluntaria se distribuyen entre diferentes operadores jurídicos. Según el apartado X Preámbulo de la LJV: “El criterio que se sigue es, por razones de sistemática legislativa, el de extraer de su articulado la regulación de todos aquellos expedientes cuya tramitación se mantiene fuera de la Administración de Justicia, con la consecuencia de que tan solo se regularán en su seno los actos de la competencia del Juez o del Secretario judicial. Por su lado, los expedientes encargados a Notarios y a Registradores se regulan respectivamente en la legislación notarial e hipotecaria. A tal efecto, las disposiciones finales de la presente Ley introducen las modificaciones

la no inclusión de la posibilidad de vender el bien objeto de este expediente a través de una persona o entidad especializada en la LN es un olvido del legislador. Por ello, sería altamente recomendable una reforma de la LN en este sentido. Además, en esta línea, sería deseable que también se incorporara esta posibilidad en una futura reforma del RH proveyéndola asimismo para la venta extrajudicial ante notario⁶⁴.

3. Aplicabilidad práctica

Al margen de que se produzca una reforma legislativa, entendemos que con la actual regulación es del todo viable aplicar el artículo 641 LEC en el ámbito de la venta extrajudicial ante notario. Los principales puntos a tener en cuenta para aplicar la venta por persona o entidad especializada son los que a continuación detallamos.

En primer lugar, tal y como prevé la genérica regulación del artículo 234 RH, es condición *sine qua non* que conste en la escritura de constitución de préstamo hipotecario que los otorgantes quedan sujetos al procedimiento de venta extrajudicial.

En segundo lugar, de conformidad con el artículo 236 a) RH, para dar inicio a este procedimiento es preciso dirigir un requerimiento al notario en el que se expresen “las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de la reclamación en el momento del requerimiento, especificando el importe de cada uno de los conceptos”.

En nuestra opinión, éste sería el momento idóneo para comunicar la voluntad de optar por la vía del artículo 641 LEC para vender el bien, pues es el notario quien debe resolver sobre su pertinencia.

En tercer lugar, en caso de ser admitida la venta por persona o entidad especializada por parte del notario se seguirán los cauces del artículo 641 LEC, por lo que el notario deberá:

correspondientes de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, para incorporar la tramitación procedimental de los expedientes que se les encomiendan”.

⁶⁴ El legislador también podría aprovechar esta reforma para incorporar la subasta electrónica al RH.

aprobar la designación e intervención del especialista para la venta del bien, así como determinar la correspondiente caución cuando proceda; al tratarse de bienes inmuebles, deberá convocar a las partes y a todos los posibles interesados a una comparecencia para aprobar los extremos de la venta (que en todo caso deberán respetar los mínimos legales del artículo 641.3 LEC, excepto acuerdo expreso de las partes); también deberá controlar la legalidad y transparencia de la operación, siendo necesario para ello que el especialista designado rinda cuentas ante el notario quien, en última instancia, deberá aprobar la operación. En definitiva, el notario asume todas las funciones que en la vía judicial desarrolla el LAJ.

VII. CONCLUSIONES

La venta extrajudicial es una de las dos vías previstas por el legislador en el artículo 129.1 LH para ejercitar la acción hipotecaria. Sin embargo, este mecanismo extrajudicial para realizar los bienes se encuentra regulado de manera fragmentada, dispar y deficiente en la Ley Hipotecaria, el Reglamento Hipotecario, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley del Notariado, lo que genera, cuanto menos, inseguridad jurídica. A todo ello, debe añadirse que el Reglamento Hipotecario, que es el que regula el procedimiento de venta a través de subasta, está desfasado y no asume la importante reforma de 2013 que moderniza la tradicional subasta notarial convirtiéndola en electrónica y trasladándola de la notaría al Portal de Subastas del BOE.

El legislador hipotecario solo prevé la subasta como forma de realización de los bienes hipotecados en la venta extrajudicial ante notario, dejando al margen los otros mecanismos de apremio previstos en el artículo 636 LEC. No obstante, la práctica demuestra que más del 70% de las subastas notariales fracasan, lo que hace necesario plantearse la aplicación de otras fórmulas alternativas para la realización de los bienes cuando se opte por su venta extrajudicial.

Una vez realizado el presente estudio llegamos a la conclusión de que el artículo 641 LEC es de aplicación a la venta extrajudicial ante notario. Ello se justifica por la supletoriedad de la LEC en todo lo que la legislación hipotecaria no regule expresamente para la venta extrajudicial –art. 129.2 h) LH–. Siendo esto así, ante la ausencia de regulación de mecanismos alternativos a la subasta en la legislación hipotecaria es obvio que podremos

acudir a los que sí regula explícitamente la propia LEC, y en particular a la realización por persona o entidad especializada. Refuerza este argumento, que la venta a través del artículo 641 LEC sí haya sido admitida en la ejecución hipotecaria (art. 691.6 LEC) y en las subastas judiciales voluntarias (art. 110.3 LJV). Por todo ello, la no regulación de la venta por especialista en la legislación hipotecaria debe atribuirse simplemente a un olvido del legislador.

Por todo ello, con la vigente regulación hipotecaria se puede acudir a la realización por persona o entidad especializada del artículo 641 LEC, sustituyendo la subasta, en la venta extrajudicial ante notario, si bien su aplicación dependerá de la voluntad del notario y, en última instancia, del registrador en cada caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

ADAN DOMENECH, F., “La venta extrajudicial de la hipoteca”, *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente* (dirs. IZQUIERDO, PICÓ Y ADAN), 2ª edición, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

ADAN DOMENECH, F., “La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 6, 2017, pp. 83-134.

ADAN DOMENECH, F., *La ejecución hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 2009.

CASANOVA MARTÍ, R. y CERRATO GURI, E., “¿Es posible una realización forzosa eficaz en el proceso de ejecución hipotecaria?”, *Los contratos de crédito inmobiliario* (dirs. ALBIEZ Y MORENO-TORRES), Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 509 a 518.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago: una propuesta de reforma legislativa”, 2018, disponible en: http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/059-01-GUILLERMO_CERDEIRA.pdf

CERRATO GURI, E., “De la subasta judicial a la realización por persona o entidad especializada: un viaje sin retorno”, *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 1, 2017, pp. 441 a 467.

CERRATO GURI, E., “¿Por qué no funciona la ejecución civil privada? Propuestas de mejora”, *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal* (dir. RAMOS MÉNDEZ), Atelier, Barcelona, 2014, pp. 205 a 210.

CERRATO GURI, E., “Estudio del art. 641 LEC: motivos de su inaplicación práctica”, *Realismo jurídico y experiencia procesal* (dir. SERRA DOMINGUEZ), Atelier, Barcelona, 2009, pp. 339 a 349.

CERRATO GURI, E., “Soluciones para lograr la aplicación práctica del art. 641 LEC”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 3-4, 2009, pp. 139 a 148.

CERRATO GURI, E., *La ejecución civil privada: realización por persona o entidad especializada: estudio del artículo 641 de la LEC*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2008.

CERRATO GURI, E., “La ejecución civil por persona o entidad especializada desde la experiencia del modelo inglés”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 1-2, 2007, pp. 229 a 249.

GARCÍA VILA, J. A., “La venta extrajudicial del bien hipotecado tras la Ley 1/2013”, *La Notaria*, nº 2, 2013, pp. 20 a 27.

GOMÁ LANZÓN, F., “El procedimiento extrajudicial notarial de venta de bien hipotecado: informe de situación”, *Cuadernos de derecho y comercio*, nº extraordinario, 2014, pp. 197 a 222.

LIÉBANA ORTIZ, J. R. y SANTOS DEL VALLE, L. F., *Las subastas electrónicas (judiciales, notariales y administrativas)*, Aranzadi, Navarra, 2016.

MARÍN CALERO, C., *La ejecución extrajudicial de la hipoteca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “La vía del artículo 641 LEC para la realización de la ejecución por persona o entidad especializada”, en *Práctica de Tribunales*, Nº 132, Wolters Kluwer, 2018, (LA LEY 3777/2018).

MICÓ GINER, J., *Hipotecas y venta extrajudicial de inmuebles hipotecados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NAVAS OLÓRIZ, J. I., “Venta extrajudicial de bienes hipotecados”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, nº 1, 2014, pp. 121 a 130.

SABATÉ SABATER, J. M., *La venta judicial de inmuebles*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2017.

TORIBIOS FUENTES, F.; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y SABATÉ SABATER, J. M., *El apremio*, Aranzadi, Navarra, 2019.

JURISPRUDENCIA

SAP Alicante (5ª), 12 diciembre 2018, ponente Sra. D. María Teresa Serra Abarca (ECLI: ES: APA: 2018:2534), f.j. 3º.

SAP Barcelona (13ª), 24 mayo 2018, ponente Sr. D. Juan Bautista Cremades Morant [ECLI:ES:APB:2018:3030], f.j. 2º.

STS (1ª) 23 mayo 2017, ponente Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz (ECLI:ES:TS:20172017), f.j. 1º.

STS (1ª) 14 julio 2016, ponente Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI:ES:TS:2016:3412), f.j. 1º.

STJUE (3ª) 10 septiembre 2014, ponente E. Levits (TJCE 2014, 308) (asunto C-34/13).

STJUE (1ª) 14 marzo de 2013, ponente A. Tizzano (TJCE 2013, 89) (asunto C-415/11).

STS (1ª) 4 mayo 1998, ponente Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 1998\3464), f.j. 7º.

STS (3ª) 16 octubre 1995 (RJ 1995\7064), ponente Excmo. Sr. Manuel Goded Miranda, f.j. 5º.

STC 28 octubre 1987, ponente Don Jesús Leguina Villa (RTC 1987\167), f. j. 2º.