

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

937 *Resolución de 23 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Meco, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por Ricardo Cabanas Trejo, Notario del Ilustre Colegio de Madrid, contra la nota de calificación del Registrador de la propiedad de Meco, Don Alejandro Forero San Martín por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Fuenlabrada Don Ricardo Cabanas Trejo, se pactó la posibilidad de ejecución judicial de la hipoteca a través del procedimiento de ejecución directa regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin pactarse el procedimiento de ejecución extrajudicial ante notario. Se tasó la finca hipotecada a efectos de subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria en el 75 por ciento del valor de tasación.

II

Presentada la escritura en el Registro de Meco, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «FUNDAMENTOS DE DERECHO: El artículo 18 de la Ley Hipotecaria dispone que los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. Precisan el ámbito de la calificación registral para el supuesto que nos ocupa, los artículos 12 (Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora, en caso de calificación registral favorable de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización) y 258.2 (El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación). Teniendo en cuenta lo expuesto, se observan los siguientes defectos: I.–Impeditivos de la inscripción del documento: Haberse tasado la finca a efectos de subasta en una cantidad inferior al valor de tasación que consta en el pertinente certificado. La necesidad de fijar un valor de tasación a efectos del ejercicio de la acción hipotecaria por el procedimiento de ejecución directa resulta del art. 682 LEC, cuyo apartado 2.1.º exige que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (redacción actual dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio). No obstante, a este respecto debe tenerse igualmente en cuenta lo dispuesto en el

art. 129.2 a) LH, que también exige, para el procedimiento de venta extrajudicial, que se fije un valor en que se tasa la finca, valor que queda sujeto al cumplimiento de dos requisitos: que no puede ser inferior en ningún caso al valor señalado en la tasación realizada de conformidad con la normativa reguladora del mercado hipotecario, ni ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa (redacción actual dada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo). La doctrina trata de resolver la discordancia evidente entre ambos preceptos con las siguientes interpretaciones: 1.–Cada procedimiento se somete a sus propios requisitos para el ejercicio de la acción hipotecaria, lo que permite pactar un valor de subasta distinto para cada uno de ellos, y en el caso del procedimiento de ejecución directa, inferior al del valor de tasación que resulte del certificado, con el mínimo del setenta y cinco por ciento. Esta interpretación se encuentra con el obstáculo de dar una explicación coherente a la frase «ni ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa» del art. 129. 2.–La necesidad de que el valor de tasación a efectos de subasta sea como mínimo el valor de tasación del mercado hipotecario es requisito sólo exigible cuando se pactan conjuntamente ambos procedimientos, en cuyo caso la aplicación del art. 129 LH obliga a tener en consideración el valor que recoge su apartado 2 a), aplicable por extensión al procedimiento de ejecución directa por la frase «ni ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa». La consecuencia de esta interpretación es que, pactándose únicamente el procedimiento de ejecución directa (como sucede en este caso), la fijación del valor del bien a efectos de subasta queda sujeta de manera exclusiva al porcentaje que determina el art. 682 LEC. Esta interpretación permite al acreedor, mediante la elección de uno o ambos procedimientos, modular los requisitos de subasta y adjudicación de la finca (por cuanto las cantidades del remate o adjudicación de la finca serían distintos si se toman como base valores diferentes -arts. 670 y 671 LEC-), contra el evidente carácter imperativo de las normas que regulan esta materia y el criterio del legislador al respecto, como luego se dirá. 3.–La nueva redacción del art. 129.2 a) LH ha modificado tácitamente el art. 682 LEC, de suerte que, para ambos procedimientos se exige que el valor de tasación para la subasta no sea inferior en ningún a la tasación realizada conforme a la normativa reguladora del mercado hipotecario. Esta interpretación se puede sustentar en los siguientes apartados (art. 3 CC): a) El tenor literal del art. 129.2 a), "no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa", lo que evidencia la intención del legislador de sujetar ambos procedimientos al mismo criterio de fijación del valor de tasación a efectos de subasta. b) Los antecedentes legislativos. El art. 129 LH, en su redacción originaria, 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 ciento treinta y uno de esta Ley, 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". A continuación, el art. 130 exigía la determinación de un precio en que los interesados tasaban la finca para servir de tipo en la subasta. Por su parte, el art. 234 RH también exigía la determinación del precio, el cual no podía ser distinto del fijado para el procedimiento judicial sumario. Esta situación se mantiene intacta hasta la entrada en vigor de la actual LEC, que aspira a ser la ley procesal común (apartado V de su Exposición de motivos) y, en cuanto a la ejecución forzosa, presenta una regulación unitaria, clara y completa, se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria (apartado XVII). Por ello, se trasladan los requisitos para el ejercicio del ahora llamado procedimiento de ejecución directa de la LH a la LEC, y más concretamente a su art. 682, que sigue exigiendo que en la escritura se determine un precio en que los interesados tasan la finca. En resumen, desde la entrada en vigor de la LH hasta la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, las partes podían fijar libremente el precio para la subasta, con el único límite de

que debía ser idéntico para ambos procedimientos. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, modifica los arts. 682 LEC y 129 LH en los siguientes términos, por lo que aquí interesa: Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario -art. 682.2.1.º-. El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario -art. 129.2 a)-. Insiste en el mismo camino de la reforma anterior la operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, que da una nueva redacción a ambos preceptos: Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario -art.682.2.1.º-. El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario -art. 129.2 a)-. Por tanto, desde la reforma por la Ley 1/2013 se limita la libertad de las partes para fijar el precio para subasta, pero, en todo caso, se mantiene la exigencia de que dicho precio sea idéntico para ambos procedimientos. Por último, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, modifica el art. 129 LH, pero deja intacto el artículo 682 LEC, de donde resulta la discordancia señalada, que no puede servir de sustento para entender que la voluntad del legislador ha sido, con la reforma, la de truncar una trayectoria mantenida durante décadas sobre la identidad del valor de tasación para ambos procedimientos, máxime cuando el artículo 129 utiliza la misma expresión antes y después de la Ley 5/2019, es decir: "no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa". Esta divergencia sólo obedece a un descuido del legislador, fácilmente subsanable con una interpretación integradora del art. 682 LEC en el criterio tradicional con la aplicación de la expresión señalada. Otra interpretación iría contra la finalidad perseguida por la Ley 5/2019, pues, como resalta la Resolución de 8 de noviembre de 2019, todas las reformas que se han introducido en los últimos años en la legislación procesal e hipotecaria española (en especial, las recogidas en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y en la Ley 5/2019, de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario) van en la línea de conseguir un mayor equilibrio en la posición de las partes en el procedimiento de ejecución hipotecaria, siendo uno de los modos para alcanzar ese objetivo que el valor de tasación se ajuste al valor real. c) Por la remisión que el art. 129.2 d) LH hace a la LEC, al disponer que los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si los tipos de subasta y las condiciones para la venta extrajudicial han de ser los mismos que los previstos para el procedimiento de ejecución directa, resulta evidente que el legislador ha querido también que el valor a efectos de subasta sea idéntico para ambos procedimientos, ya que, de no ser así, tales condiciones serían diferentes. d) La realidad social en que estas normas han de ser aplicadas. La primera vez que en la legislación hipotecaria se exige que el valor de tasación a efectos de subasta responda a una cantidad mínima es a raíz de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en cuyo Preámbulo, que comienza haciendo referencia a las circunstancias excepcionales motivadas por la crisis económica y financiera, se dice lo siguiente: "Se introducen determinadas mejoras en el procedimiento de subasta, estableciéndose que el valor de tasación a efectos de la misma no podrá ser inferior

al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Anteriormente no existía ningún límite para el tipo de subasta. Además, en caso de que la subasta concluyera sin postor alguno, se incrementan los porcentajes de adjudicación del bien. En concreto, se elevaría del 60 por cien hasta un máximo del 70 por cien, siempre para los supuestos de vivienda habitual". Cabe traer aquí los argumentos de la Resolución de 29 de octubre de 2013, que reconoce que, antes de la reforma de 2013, la falta de rigor y objetividad en la determinación del precio de subasta, podía producir desfases en relación al valor real de la finca hipotecada, con perjuicio del deudor, como por ejemplo en los supuestos en que el precio en que se tasa la finca para subasta se hace coincidir con el importe del capital del préstamo o con la suma de las responsabilidades garantizadas y estos importes se sitúan claramente por debajo del valor real de la finca. La misma Resolución señala que la elevación de los porcentajes de adjudicación de la finca establecidos por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, o por la Ley 1/2013, de nada servirían, si la base sobre la que esos porcentajes se aplican carece de toda correlación con el valor real del bien hipotecado y subastado. Y añade lo siguiente: «Frente a este riesgo de descapitalización del deudor generado por la citada laguna, sale al paso la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, al imponer ahora para toda hipoteca (destinada o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios), como requisito legal para poder ejercitar la acción real hipotecaria por la vía del procedimiento de ejecución directa o de la venta extrajudicial, la doble condición de que la finca haya sido previamente tasada conforme a la Ley reguladora del mercado hipotecario y que el valor de tasación a los efectos de la subasta no sea inferior al setenta y cinco por ciento de la realizada conforme a la citada legislación [...] Como subraya el Preámbulo de la citada Ley 1/2013, anteriormente no existía ningún límite para el tipo de subasta, pudiendo fijarse en cifras muy inferiores al valor real del bien. Con la nueva regulación se evita que se puedan dar situaciones como las que originaron los litigios que dieron lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2003 en la que, con arreglo al marco legal entonces vigente, descartó la existencia de enriquecimiento injusto compensable incluso cuando la divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación sea notable, «ni siquiera en un supuesto en que se reconoció que el precio del remate a favor de la entidad concedente fue irrisorio y absolutamente desproporcionado». Resultado que, amplificado en su dimensión real y cuantitativa por la actual situación económica, repugna a la conciencia social, y será evitado en lo sucesivo por obra del legislador de la Ley 1/2013, de 14 de mayo». Esta misma línea es la que sigue la Ley 5/2019, de 15 de marzo, en cuyo Preámbulo, apartado II, se dice que, al objeto de la recuperación de la confianza de los prestatarios, se introducen previsiones cuya finalidad es la de potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes. Y es por ello que la reforma del art. 129 LH aumenta el valor mínimo elevándolo al cien por cien, pues qué mejor modo de conseguir ese equilibrio que el valor fijado a efectos de subasta coincida con el real. Así, la Resolución de 4 de junio de 2014 señala que la finalidad de equiparación entre valor de finca-precio de tasación pretende evitar, para el acreedor, que un tipo excesivamente elevado dificulte la realización del bien, y para el deudor, que un tipo excesivamente bajo deje la deuda perseguida en parte insatisfecha con mantenimiento de la acción de responsabilidad personal del acreedor por la diferencia. Por lo tanto, a la vista de lo expuesto, y teniendo en cuenta que el art. 2 CC establece la derogación tácita de las normas anteriores por otras posteriores que, sobre la misma materia, sean incompatibles, debe llegarse a la conclusión de que el precio que se fije a efectos de subasta ha de ser como mínimo el que resulte de la tasación, tanto para el procedimiento de venta extrajudicial como para el de ejecución directa, y aunque únicamente se pacte el ejercicio de este último, como sucede en este caso. II.—Impeditivos de la inscripción de las siguientes cláusulas: Cláusulas financieras: segunda, desde "el pago se realizará en Banco Bilbao Vizcaya" hasta el final; sexta, párrafos primero y dos últimos; cláusula no financiera cuarta, apartados e) y g); y cláusulas adicionales; por carecer de trascendencia real, dado que ni son cláusulas

financieras ni contribuyen a perfilar el contenido de la obligación garantizada. Resolución: He resuelto suspender la inscripción del documento que precede por el defecto que se indica en el apartado I de los anteriores fundamentos de derecho, y denegar la inscripción de las estipulaciones a que se refiere su apartado II por los motivos en él expresados. Esta calificación puede ser (...) Meco, el Registrador. Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Alejandro Forero San Martín registrador/a de Registro Propiedad de Meco a día dieciocho de septiembre del año dos mil veinte.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Ricardo Cabanas Trejo, Notario del Ilustre Colegio de Madrid, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 24 de septiembre de 2020, en base a los siguientes argumentos: De gran interés resultan los argumentos ofrecidos por el Registrador de la Propiedad –RP–, pero la letra de la Ley de Enjuiciamiento Civil es tozuda (art. 682.2. 1.º) y deja poco margen a tanta especulación. En la ejecución judicial por el procedimiento especial subsiste la horquilla del 25% a la hora de ajustar el tipo de subasta al valor de tasación, cosa que no ocurre en la venta extrajudicial, donde dicho o tipo no podrá ser inferior al de tasación. Por qué razón las Cortes Generales optaron por incorporar esa distinción, resulta difícil de saber, pero está claro que una enmienda se aceptó (nº 200 del Grupo Parlamentario Ciudadanos del Congreso), y la otra no (nº 201 del mismo GP). Lamentablemente, la motivación de ambas enmiendas solo dice "mejora técnica", y aunque en la sesión de la Comisión del Congreso el portavoz del GP Ciudadanos se mostró muy ufano por que se hubiera aprobado su enmienda referida al tipo de subasta, para nada se refiere a la dualidad de procedimientos, ni justifica la diferencia resultante (p. 5 del Diario de Sesiones n.º 682 de 11/12/2018). Por tanto, el legislador no ha cambiado la LEC en este punto, simplemente porque no ha querido, y tuvo tiempo para hacerlo y recuperar la armonía durante la tramitación en el Senado, donde las cosas, sin embargo, se dejaron igual que habían salido del Congreso. En tal sentido, todas las razones materiales y de tutela que el RP alega en su recurso, ya fueron tenidas en cuenta por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuando se marcó esa franja del 75 %, y no hay razón para pensar que ahora el legislador abomina de una medida que entonces reputó protectora, y que no ha querido derogar, por más que la modifique en el ámbito específico de la venta extrajudicial ante notario. Con ello, además, el legislador tampoco trunca la exigencia tradicional de que la tasación sea idéntica en ambos expedientes, pues sigue vigente el art. 129.2.a) Ley Hipotecaria, que no ha sido derogado. Por tanto, si el acreedor quiere disponer de ambos sistemas, no tendrá más remedio que fijar el –único– tipo de subasta al alza, de conformidad con la regla más exigente de la LH. Ahora bien, si renuncia al procedimiento extrajudicial, podrá acogerse a la norma propia de la LEC. Tampoco ha de sorprender tanto la diferencial pues son expedientes de muy distinta naturaleza, hasta el extremo de que el notarial no se presenta como una ejecución, sino como un procedimiento de venta extrajudicial, lo que puede justificar un menor margen de maniobra en la fijación del tipo. No olvidemos el singular empeño puesto en eludir su catalogación como proceso –Res. de 18/09/2013– y, en su lugar, presentarlo como el despliegue reglado de un consentimiento previamente prestado por el hipotecante para la venta de la finca y la realización de su valor (Res. de 21/09/2018, de 26/07/2018), distinción que se deja ver en otras muchas ocasiones (por razón del vencimiento –Res. de 24/03/2014–, de la obligación garantizada, del requerimiento –Res. de 18/02/2016 y de 17/10/2013–, de la inscripción previa del ejecutante a la hora de expedir la certificación de dominio y cargas – Res. de 19/03/2013, de 08/10/2013–). Podrá parecer un prurito conceptualista, pero se debe tener en cuenta que sobre este sistema sigue pesando la sospecha de inconstitucionalidad por pretendida contravención del principio de tutela judicial efectiva, de ahí que se insista tanto en marcar ciertas diferencias con la ejecución judicial, aunque sea en un plano formal. Pues bien, el tipo de subasta, en el diseño legal, constituye una

diferencia más, que solo decae cuando se pretende incorporar el pacto de venta extrajudicial, pues, entonces, por la exigencia de unicidad del tipo, el expediente judicial pierde esa opción. Sobre esta base, el acreedor en el presente caso ha optado por prescindir de la venta extrajudicial, para hacer uso de la posibilidad que ha creído le ofrece la vigente LEC para fijar un tipo de subasta algo por debajo del valor de tasación, pero en el procedimiento judicial. Es una creencia legítima, con amparo en la letra la ley, y sobre esta base ha formalizado e inscrito numerosas hipotecas en toda España. Por ese motivo conviene salir al paso del alegato final del RP sobre una pretendida derogación tácita de la norma procesal al amparo del art. 2.2 Código Civil. En la derogación tácita no existe una identificación directa y explícita del objeto derogado por parte de la norma posterior derogatoria, sino que se produce por la pura incompatibilidad entre la norma posterior y la norma anterior. Por eso su objeto no es el texto normativo o disposición, sino la norma en sentido estricto, y ello porque la incompatibilidad es una categoría lógica que no puede predicarse de significantes, sino de significados. De ahí que la derogación tácita necesite ser verificada en cada caso a través de un proceso interpretativo, con ocasión de su aplicación, pues en realidad resuelve una antinomia entre normas simultáneamente vigentes mediante la observancia del criterio cronológico. Por esto es presupuesto que ambas normas regulen una misma materia, pues solo así se puede sustituir el mandato de una norma por el de la otra (STS de 31/10/1996 ref. 46/1993: "su estimación exige la concurrencia de requisitos de igualdad de materia en ambas leyes, identidad de destinatarios y de contradicción e incompatibilidad entre los fines de ambas normas"). Esta situación no concurre en nuestro caso, pues la pretendida norma derogatoria (LH) es una norma especial, mientras que la norma supuestamente derogada es una norma de ámbito más general y distinto (LEC). El resultado no sería entonces que una norma reemplazara a la otra, sino que la norma especial termine modificando el contenido de la norma general. Ciertamente, es posible la derogación implícita o por absorción, la cual tiene lugar cuando una norma regula con pretensiones de globalidad una materia parcialmente normada con anterioridad, pero entonces se opera desde lo general a lo particular, no al revés, como pretende ahora el RP. Es decir, tendría algo más de sentido la interpretación que sostiene el RP si el cambio se hubiera hecho en la LEC, y no en la LH, nunca a la inversa (aun así, como señala la Res. de 04/06/2005, la ley general tampoco deroga necesariamente la ley especial contraria, toda vez que la existencia de una excepción no es incompatible con la de una regla general). Este ejercicio de extrema prudencia es el que aplica la DGRN/DGSJFP, como resulta de su Res de 05/07/2013: "para admitir la 'voluntad abrogandi' de la nueva disposición respecto a otra anterior, se precisan los siguientes requisitos: 1º identidad de los destinatarios de sus mandatos; 2º igualdad de materia entre ambas normas; y 3º contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos. Por ello no resulta fácil inducir la derogación de preceptos legales. Las Leyes, como base de seguridad jurídica, están dotadas de cierta 'vis inertica' pues su desaparición por v/a meramente implícita dejaría en la incertidumbre numerosas situaciones jurídicas. En este sentido... no resulta técnicamente correcto hablar de derogación en los casos en que se lleva a cabo una modificación del Derecho preexistente que se refiere sólo al ámbito de los supuestos de hecho o de las consecuencias de derecho de la normativa que se dice derogada, en sus aspectos temporales, materiales o personales, pues en los aspectos no reformados la norma se debe entender en vigor'. Por si lo anterior fuera poco, no compete a notarios y registradores ponerse a proclamar la derogación tácita de una norma legal por supuesta incompatibilidad con otra ley posterior. Como muy bien recordó la Res. de 19/10/2017: "para concluir, y abordando un plano teórico la cuestión que se plantea en el recurso respecto de la derogación tácita de las normas de rango inferior a la ley, es admitida que ésta puede ser apreciada y declarada por cualquier órgano administrativo o jurisdiccional que haya de aplicadas (aunque también este principio tiene excepciones). Ahora bien, también hay acuerdo general en entender que la apreciación de la existencia de derogación tácita de normas con rango legal es materia propiamente jurisdiccional; y éste sería hipotéticamente el supuesto del presente recurso, pues el Reglamento de

desarrollo vendría a ser ejecución, vía habilitación al Gobierno por parte del Legislativo, de la disposición final segunda de la Ley 8/1975, (derivando así una norma legal), por lo que el supuesto conflicto se produciría entre normas del mismo rango de ley, y en este punto ni notarios ni registradores estarían habilitados para resolverlo». Por todo ello, lo que el RP sugiere, lisa y llanamente, es una interpretación "correctora" del Derecho pretendidamente defectuoso, en su variante de interpretación modificativa, la que opera bajo al presupuesto de que la ley dice una cosa diferente de lo que quería decir (*lex aliud dixit quam voluit*). Pero si el legislador es racional, y este es un postulado del que no podemos prescindir alegremente. tampoco está permitido despachar cualquier duda por la vía de una interpretatio abrogans, pues antes se habrá de constatar que la contradicción interna del sistema legal resulta insalvable por cualquier otro medio (STS de 29/09/2010 rec. 683/2007: "la derogación tácita no se ha producido, dado que la incompatibilidad no existe, sino que se supera mediante una interpretación adecuada"; SAP de Cádiz (6) de 06/03/2019 ref. 14/2019: "la contradicción e incompatibilidad entre los fines propuestos ha de ser absoluta, y no bastaría que ambas leyes trataran de la misma materia si sus disposiciones pudieran conciliarse"). En esclarecedoras palabras de MESSINEO, "es estricto deber del intérprete, antes de acudir a la interpretación abrogan/e, intentar otra vía para que la norma jurídica tenga sentido, pues hay un derecho a la existencia que no puede ser negado a la norma en manera alguna". Pero en nuestro caso ralla esa antinomia legal, pues no se trata de supuestos idénticos, hay diferencias entre ambos sistemas que pueden justificar esa discrepancia, con independencia de lo que reflejen los Diarios de Sesiones, aunque en nuestro caso, realmente digan bastante poco, por no decir nada. Pero la menos legis está por encima de la mens legislatoris, y debemos suponer que el legislador siempre tiene alguna razón para actuar de un modo, y no de otro, aunque no acierte a explicitarlo con claridad en el proceso de gestación de la norma. El intérprete es libre de entender que esas razones - quizá- no sean muy convincentes, pero no significa que dejen de ser atendibles, y por eso no pueden sin más ser desconocidas. Al contrario, y esto es fundamental, debemos suponer que esas razones son las tenidas en cuenta por el legislador para establecer una regulación dispar. Esto, o entender que el legislador simplemente es irracional, que sus Señorías, sus no pocos asesores y el cuerpo técnico de las Cortes Generales, no se percataron de un error tan garrafal como éste, y en una materia socialmente tan sensible como la hipotecaria. Quizá sea así, desgraciadamente tenemos muchos ejemplos de ello, pero decirlo son palabras mayores, palabras que solo le corresponde decir a la Dirección General ante la que se interpone este recurso, y me atrevería a decir que tampoco a este Centro Directivo, pues es cometido estrictamente jurisdiccional. De momento, como humilde notario a pie de calle, no puedo impedir que a la escritura se incorpore un pacto que simplemente aplica una norma legal que no ha sido modificada por aquel en quien reside la soberanía para hacerlo, el Parlamento español, ni cuya derogación ha sido proclamada de manera rotunda por quienes tienen la competencia para ello, los Tribunales de Justicia. Por eso, si realmente todo se limita a un error del legislador, quien debe resolverlo es el mismo legislador, que en tiempos de legislación motorizada como los que estamos viviendo tiene oportunidades de sobras para hacerlo. Que lo haga, para el futuro. Solo así se ofrecen garantías a quien ha confiado en la clara letra de la Ley para optar por un pacto, renunciando a otro. Pero hacerlo mediante una interpretación correctora de la norma, necesariamente retrospectiva, y a instancia de un órgano administrativo como un RP, supone una gravísima quiebra de la seguridad jurídica, en particular respecto de las hipotecas que ese acreedor ya tuviera inscritas, pues equivale a consagrar la ilegalidad de los tipos de subasta en su momento pactados, privando al acreedor de la posibilidad de acudir a la ejecución especial por ausencia de un pacto esencial. A estas alturas, después de lo que ha sucedido con numerosas cláusulas inscritas que, sin mayores contemplaciones, han sido fulminadas por los tribunales (el ejemplo más claro, la de vencimiento anticipado), conviene ser prudente a la hora de insinuar interpretaciones creativas, que no van a limitar sus efectos al asunto concreto que ahora nos traemos entre manos.

IV

El registrador emitió informe el día 1 de octubre de 2020, mantuvo la nota de calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 129 de la Ley Hipotecaria, artículos 681 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y resoluciones de este Centro Directivo de 22 de enero y 24 de marzo de 2014; 17 de julio y 7 de octubre de 2015; 8 de mayo y 8 de noviembre de 2019.

1. Se debate en el presente recurso si habiéndose pactado en una escritura de préstamo hipotecario la posibilidad de ejecución judicial de la hipoteca a través del procedimiento de ejecución directa regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin pactarse el procedimiento de venta extrajudicial ante notario, puede tasarse la finca hipotecada a efectos de subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria en el 75 por ciento del valor de tasación.

El registrador entiende que art. 129.2 a) LH exige, para el procedimiento de venta extrajudicial, que se fije un valor en que se tasa la finca, valor que queda sujeto al cumplimiento de dos requisitos: que no puede ser inferior en ningún caso al valor señalado en la tasación realizada de conformidad con la normativa reguladora del mercado hipotecario, ni ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa (redacción actual dada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo). Por lo que debe entenderse que se ha modificado tácitamente el artículo 682 LEC, de suerte que, para ambos procedimientos se exige que el valor de tasación para la subasta no sea inferior en ningún a la tasación realizada conforme a la normativa reguladora del mercado hipotecario.

El notario recurrente entiende que el legislador pudiendo hacerlo no ha unificado el régimen de la fijación del valor de subasta en ambos procedimientos, que no ha habido por tanto derogación tácita y que por tanto en la ejecución judicial por el procedimiento especial subsiste la horquilla del 25% a la hora de ajustar el tipo de subasta al valor de tasación, cosa que no ocurre en la venta extrajudicial, donde dicho o tipo no podrá ser inferior al de tasación.

2. Esta Dirección General en las Resoluciones de 22 de enero y 24 de marzo de 2014 y 7 de octubre de 2015, y 8 de mayo de 2019 entre otras, ya destacó el carácter imperativo de los requisitos establecidos por los artículos 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la Ley Hipotecaria, entre ellos la tasación ECO realizada por entidad homologada de la finca hipotecada con cumplimiento de su normativa específica, cualquiera que sea la entidad o persona deudora; y la exigencia de que el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolle de acuerdo con los pronunciamientos registrales dado el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca (artículo 130 de la Ley Hipotecaria).

A este respecto, todas las reformas que se han introducido en los últimos años en la legislación procesal e hipotecaria española van en la línea de conseguir un mayor equilibrio en la posición de las partes en el procedimiento de ejecución hipotecaria, y una progresiva equiparación entre el tipo para la subasta y el valor real de la finca en el momento de la concesión del préstamo, valor que se manifiesta en la tasación de la misma llevada a cabo por entidad homologada.

Así, en un principio, la exigencia de tasación del inmueble hipotecado establecida en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, tenía como objeto prioritario garantizar el cumplimiento de los límites impuestos al importe de los créditos hipotecarios que puedan servir de garantía a las emisiones de cédulas o bonos hipotecarios (artículo 2 de la Orden ECO 805/2003), lo que servía de protección frente a la sobretasación a los inversores en el mercado hipotecario.

Posteriormente, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, a esa

finalidad inicial añadió, para toda hipoteca ya se destine o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, el amparo a los usuarios de los servicios financieros del peligro de la infravaloración del bien dado en garantía, situación que en los ciclos económicos de crisis y de contracción de la demanda inmobiliaria puede llegar a traducirse en un quebranto patrimonial relevante para el deudor ejecutado, sobre todo teniendo en cuenta que tanto las posturas mínimas admisibles en la subasta, como la posible adjudicación de la finca al acreedor, en los casos de subasta desierta por falta de licitadores, se determinan por un valor resultante de la aplicación de ciertos porcentajes (70% o 50%, según se trata de vivienda habitual o no) sobre el valor de tasación para subasta fijado en la escritura de constitución (artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cual puede llevar, si la tasación fue baja, a que el precio del remate o de la adjudicación al acreedor sea muy inferior al valor objetivo de la finca.

En esa actual situación legislativa, las resoluciones antes citadas señalaban que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial incluidos en las escrituras de constitución de hipoteca, resulta imprescindible que se acredite al registrador, a través de la certificación oficial pertinente, la tasación realizada conforme a lo previsto en la ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, para que éste pueda comprobar que el tipo de subasta no es inferior al 75% del valor de dicha tasación. Su infracción implicaría la nulidad de la estipulación correspondiente, lo que la inhabilita para su acceso al Registro de la Propiedad y, por tanto, para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales, de conformidad con el artículo 130 de la Ley Hipotecaria.

Finalmente, la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en su disposición final primera ha modificado el apartado 2.a) del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que respecto de la venta extrajudicial establece que el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo a la subasta «en ningún caso podrá ser inferior al valor señalado en la tasación», dando un paso más en esa equiparación.

De todo ello se desprende que la normativa vigente establece dos normas imperativas:

a) Por un lado, la normativa reguladora del mercado hipotecario establece ciertas limitaciones, en el sentido de que el importe del préstamo no debe superar un determinado porcentaje (60-80-95%) del valor de tasación del bien, y si la tasación se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución el tipo de subasta será, como mínimo, el importe de la tasación para subasta. No obstante, estas limitaciones no se exigen necesariamente para la constitución de cualquier hipoteca, sino únicamente para que constituida una hipoteca que se ajuste a las mismas (y sin que el cumplimiento de tales limitaciones tenga necesariamente reflejo en la escritura ni en la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad) sea posible la emisión de bonos o cédulas hipotecarias respaldadas por ella.

b) El artículo 129 de la Ley Hipotecaria impone la limitación de que la tasación de la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinta de la que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior –tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019– del 100% del valor de tasación (realizada ésta conforme a la Ley 2/1981).

3. La Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modificó tanto el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, como el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil elevando a rango legal la exigencia del artículo 234 del Reglamento Hipotecario, que ya desde su inicial redacción por Real Decreto de 14 de febrero de 1947, exigía que el valor para subasta no podía ser distinto del que, en su caso, se hubiera fijado para el procedimiento judicial sumario (hoy procedimiento de ejecución directa). Además, añade un segundo inciso a la anterior exigencia legal: «... ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor». Al mismo tiempo, como se ha dicho, modifica también el

artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de exigir que el valor de subasta sea al menos el 75 por ciento de la tasación.

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en el sentido, en lo que aquí interesa, de que el valor en que los interesados tasan la finca para subasta no podrá en ningún caso ser inferior al valor señalado para la tasación. Por el contrario, no se modifica el artículo 682 de la LEC por lo que se mantiene que el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación.

Ante esta posible disparidad entre lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y lo ordenado por el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han sido diversas las opiniones doctrinales.

Esta Dirección General atendiendo a la evolución legislativa, estima que la interpretación más coherente es la de entender que el artículo 129 de la Ley Hipotecaria (en su redacción dada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario) ha modificado el criterio del artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de ser siempre exigible en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados que el valor en el que los interesados tasan los bienes hipotecados a efectos de subasta no pueda ser en ningún caso inferior al 100% del valor de la tasación.

Admitir lo contrario supondría aceptar una interpretación extraña en la que dependiendo de que el procedimiento de ejecución directa acompañe o no al de ejecución extrajudicial, el valor de tasación del bien sería distinto; así, si se pactaran ambos procedimientos de ejecución, el judicial directo y la venta extrajudicial, la tasación en los dos procedimientos no podría ser diferente ni inferior al 100% del valor de tasación; y sin embargo, de pactarse únicamente el procedimiento de ejecución directa el valor por el que se iniciara la subasta no podría ser inferior al 75 por cien del valor de tasación.

A lo anterior debe añadirse, como argumento complementario en el presente expediente (pero no determinante, toda vez que –de no admitir esta solución– la contradicción de valoración normativa existiría tanto en el caso de consumidores como en el de no consumidores), que el artículo 51 de la Constitución española dispone que «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos», y conforme al artículo 5 de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos», por lo que la interpretación expuesta es la más coherente en casos en los que, como en el presente, estamos en presencia de un consumidor

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 23 de diciembre de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.