

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

- 1568** *Resolución de 10 de enero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Santa Fe n.º 1, por la que se deniega la inscripción de una escritura de venta extrajudicial de finca hipotecada.*

En el recurso interpuesto por don José Miguel González Ardid, Notario de Santa Fe, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Santa Fe número 1, don Joaquín Delgado Ramos, por la que se deniega la inscripción de una escritura de venta extrajudicial de finca hipotecada.

Hechos**I**

Por el notario recurrente se autorizó, en fecha 18 de junio de 2012, escritura pública de compraventa extrajudicial de hipoteca por la que la representante de «Banco Español de Crédito, S.A.» actuando en representación del titular dominical de determinada finca y como representante de la entidad actuante, tras exponer que la finca estaba gravada con hipoteca constituida a favor de la entidad actuante y que se han llevado a cabo los trámites previstos en el ordenamiento jurídico, vende la finca a «Banco Español de Crédito, S.A.» por el importe de adjudicación solicitando del registrador de la Propiedad la inscripción del dominio a favor del banco y la cancelación de los asientos posteriores que existan en el Registro.

Del contenido del Registro resulta que el dominio de la finca está inscrito a nombre de la persona en cuyo nombre se actúa, que la finca está hipotecada a favor de «Banco Español de Crédito, S.A.» en virtud de la inscripción decimotercera ampliada por la decimoquinta y la decimosexta y que con posterioridad a esta hipoteca contenida en las inscripciones citadas consta anotado un embargo letra B a favor de «Finconsum, E.F.C., S.A.», en fecha 29 de abril de 2010. En la inscripción decimotercera de constitución de hipoteca consta lo siguiente: «Venta extrajudicial. Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 de su reglamento, las partes además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar lo siguiente...».

II

Presentada la referida documentación en Registro de la Propiedad de Santa Fe número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación: "Registro de la Propiedad de Santa Fe n.º 1. Nota de calificación registral del documento con entrada número: 879/2012. Fecha de calificación: 12/09/2012. Datos del documento calificado: Autorizado por José Miguel González Ardid. Fecha: 18/06/2012 n.º de protocolo: 940/2012 Datos de su presentación registral: N.º de entrada: 879 Asiento/Diario: 707/168 de fecha 11/09/2012. Asunto: Compra en ejecución extrajudicial de hipoteca. Cancelación de cargas. Texto del asiento de presentación: A las doce horas y diez minutos, Diagonal Gest, S.L. presenta, por mensajería, primera copia de escritura otorgada en Santa Fé el día dieciocho de Junio del año dos mil doce, número de protocolo 940/2012 del Notario don José Miguel González Ardid, por la que Banco Español de Crédito, S.A., compra en procedimiento extrajudicial la finca número 6844 del término municipal de Santa Fe. Se pide además la cancelación de la propia hipoteca que se ejecuta y la de las cargas posteriores. Hechos:

El documento citado fue presentado en el Libro Diario de este Registro de la Propiedad en la fecha y bajo el asiento indicados. Fundamentos jurídicos: Calificado el mismo por el registrador que suscribe, conforme al art. 18 de la Ley Hipotecaria, se han advertido defectos, como consta a continuación: Defectos observados en la calificación: 1.º Hipoteca: “Ejecución” extrajudicial: Legalmente no puede afectar a terceros: El pacto de “venta extrajudicial del bien hipotecado”, regulado en el art. 129 de la ley hipotecaria, en lo que pretenda tener de efectos inter partes, ha sido reiteradamente declarado inconstitucional por el Tribunal Supremo. Pero no existe hasta la fecha igual declaración efectuada por el Tribunal Constitucional respecto de la nueva redacción del art. 129, ya postconstitucional. En consecuencia, el nuevo art. 129, aunque bien pueda merecer los mismos reproches de inconstitucionalidad que le achaca el Tribunal Supremo la calificación registral ha de aplicar tal norma vigente en sus propios términos, por lo que registralmente procedería la inscripción de la compraventa extrajudicial del bien hipotecado. Pero en lo que el procedimiento seguido pretenda tener de efectos frente a terceros, en concreto, la pretensión de cancelar asientos de cargas a favor de terceros (al margen de su casi segura inconstitucionalidad) carece de cobertura y amparo legal por los motivos que se expresan a continuación (defecto éste que sí es obligado señalar en la calificación registral). Defecto insubsanable. Observaciones: dado que la inscripción parcial de la compraventa y la cancelación de la hipoteca “ejecutada”, pero sin lograr la cancelar las cargas de terceros, puede no interesar al comprador, el registrador ha resuelto no practicar asiento alguno, salvo que expresamente y por escrito el comprador, a la vista de la presente calificación registral, solicite la inscripción parcial de la compra a su favor y, en su caso, la cancelación por confusión de derechos de la hipoteca inscrita a su favor. Motivación jurídica por la cual el pacto de venta extrajudicial regulado en el art. 129 de Ley Hipotecaria, y del que se ha hecho uso, sólo puede tener efectos inter partes pero no permite cancelar derechos registrales de terceros: El antiguo 129 de la Ley Hipotecaria hablaba de “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”. Este procedimiento ha sido reiteradamente declarado derogado por inconstitucional por el Tribunal Supremo [sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 4 de mayo de 1998, que declaró la inaplicación por derogación del párrafo 2.º del art. 129 de la Ley Hipotecaria, al ser norma opuesta a la Constitución y la de los arts. 234 a 236-o, ambos inclusive del Reglamento Hipotecario, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa. Además, existen otras sentencias del Tribunal Supremo concordantes con la anterior, que fijan la misma doctrina consolidada: las de 30 de enero y 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2007, 14 de julio de 2008]. El nuevo y vigente art. 129, según redacción dada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, se limita a hablar de que “en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al art. 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario”. Los partidarios de interpretar que con la nueva redacción legal postconstitucional ha resucitado el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria argumentan que la nueva regulación echa por tierra la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la norma preconstitucional, y que las diferencias de redacción entre ambos preceptos, el antiguo y el nuevo, son simples imprecisiones lingüísticas, o supuestos de “prestidigitación verbal”, pero que en fondo, sean cuales sean las nuevas palabras que emplea el nuevo artículo, en realidad ha de leerse y entenderse como una reproducción y confirmación esencial del anterior art. 129. Sin embargo, a juicio de quien suscribe, resulta evidente todo lo contrario: Que no se trata de un simple baile de palabras para querer decir en esencia lo mismo, sino de la deliberada introducción de cambios esencialísimos: lo que el nuevo art. 129 hace, con precisión quirúrgica, es, precisamente, extirpar y eliminar lo que resultaba más flagrantemente inconstitucional en la redacción anterior: A saber: – suprime expresamente que se trate de un “procedimiento ejecutivo extrajudicial”. – suprime

expresamente que se trate de “hacer efectiva la acción hipotecaria”. – suprime expresamente que sea aplicable “aún en el caso de que existan terceros”. – su remisión al Reglamento hipotecario ya no se refiere a los “trámites del procedimiento”, sino a “las formalidades de la venta extrajudicial”. O dicho con otras palabras, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dentro de ella, la nueva redacción que introdujo para el art. 129 de la Ley Hipotecaria confirma la desaparición, de nuestro ordenamiento jurídico, del anómalo “procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”, y se limita a conceder al acreedor hipotecario, mediante pacto expreso con el hipotecante, la simple posibilidad (que el Código Civil no quiso concederle, pues la reservó sólo para el acreedor pignoraticio en el art. 1.872), de proceder por subasta ante Notario a la enajenación del bien objeto de la hipoteca. La gran pregunta es si esa enajenación por subasta ante Notario sólo tiene efectos limitados a las partes que formalizaron el contrato de hipoteca, o puede tener efectos para terceros que no fueron parte en dicho contrato. En concreto, y a los fines que más interesan, estudiar si puede o no llegar incluso a producir la cancelación de las inscripciones o anotaciones registrales a favor de terceros practicadas con posterioridad a la inscripción del derecho real de hipoteca. Se trata, por tanto, de decidir si el art. 129, al hablar del pacto de venta extrajudicial se está refiriendo simplemente al desenvolvimiento del contrato de hipoteca (inter partes) o ante la ejecución por vía notarial de la acción real hipotecaria (erga omnes). A mi juicio es claro que la regulación de la venta extrajudicial en el art. 129 de la Ley Hipotecaria sólo se refiere a la relación interna entre las partes que otorgaron el contrato de hipoteca, y no a la ejecución de la acción real hipotecaria frente a terceros, sobre todo por los siguientes motivos o argumentos que paso a enunciar: Argumento 1.º: Interpretación gramatical y sistemática El artículo distingue y contrapone con total claridad lo que es el ejercicio de la acción hipotecaria (al decir que “La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V”), de lo que es el simple pacto para la venta extrajudicial (en cuyo caso, como hemos visto, no habla ya para nada, a diferencia del antiguo art. 129, de “ejecución”, ni de “acción hipotecaria”, ni de que surta efectos “aún en el caso de que existan terceros”. Y esa clara diferenciación no sólo resulta evidente en dicho precepto, sino en todo nuestro sistema legal relativo a esta materia, perfectamente congruente e integrado, conforme a la cual, tanto en la Ley Hipotecaria (arts. 104 y siguientes) como de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 681 y ss.), cuando se habla de ejecución de la acción hipotecaria, y de afectar a derechos de terceros, siempre, siempre, se está refiriendo exclusivamente al concreto procedimiento judicial regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Argumento 2.º: Fundamentación de la norma. El art. 129 de la Ley Hipotecaria se remite, como fundamento del pacto de venta extrajudicial, no al artículo 1876 del Código Civil (que regula la acción hipotecaria al decir que “La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”), sino al art. 1858, que sólo se refiere al contrato de prenda o al de hipoteca, al decir que “Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor”. Argumento 3.º: Falta de amparo legal a los supuestos efectos frente a terceros. Es de destacar que la única alusión clara a la posibilidad de que esa venta extrajudicial pueda afectar a derechos registrados de terceros no se contiene en la ley (pues el legislador se ha preocupado y ocupado en derogarla expresamente) sino en el reglamento hipotecario. El artículo 236-I del Reglamento Hipotecario, según redacción dada por el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, decía que “La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella”. Pero la hipotética aplicación de esa regla reglamentaria choca con un considerable número de obstáculos: a. En principio, según proclamación del Tribunal Supremo, la norma reglamentaria ni siquiera está vigente, pues al entenderse derogada la ley que le daba amparo, quedó derogado su

desarrollo reglamentario, y además viciado de nulidad por vulneración del principio de reserva de ley. b. Aunque en hipótesis se estimara que esa regla reglamentaria estuviera formalmente vigente, el nuevo art. 129 de la Ley Hipotecaria, al haber derogado expresamente la previsión legal en tal sentido, se supone que ha derogado la análoga previsión reglamentaria, a la cual, además, no se remite en modo alguno, ni de modo expreso o individualizado, ni siquiera de modo genérico, pues, recordemos, la remisión es simplemente a las “formalidades de la venta extrajudicial”, y no a sus posibles efectos para terceros. c. Y si a los pretendidos efectos frente a terceros del pacto de sumisión a la venta extrajudicial del bien hipotecado le intentamos buscar algún amparo legal en otros preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, no sólo resulta que no encontramos un solo artículo legal en el que apoyarnos, sino, al contrario, multitud de preceptos, que no son anecdóticos, sino que formulan auténticos principios generales del derecho, que excluyen expresamente que un pacto entre las partes pueda tener el efecto de cancelar derechos reales anotados o inscritos registralmente a favor de terceros. En particular, cabe citar: – El art. 1.257 del Código Civil, según el cual los pactos o contratos “sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos”. – El artículo 1 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual “Los asientos del Registro [...] están bajo la salvaguardia de los Tribunales”. – O el art. 82 de la misma ley, más claro aún, según el cual “Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos”. – Y de modo más genérico, pero contundente, cabe citar los preceptos y principios constitucionales que garantizan la tutela judicial efectiva y prohíben la indefensión. Argumento 4.º: Analogía con otras formas de garantía real. También encontramos argumentos (en contra de los posibles efectos frente a terceros del pacto de venta extrajudicial del bien hipotecado) en otras formas de garantía real inscribibles en el registro de la propiedad y que presentan cierta analogía con la hipoteca, como es el caso de la condición resolutoria en garantía del precio aplazado. Sabemos que un comprador que no puede o no quiere pagar al contado la totalidad del precio de la compra, puede obtener financiación ajena y un aplazamiento o fraccionamiento de los pagos de dos formas: o le financia el propio vendedor concediéndole un aplazamiento de pago, o le financia un tercero concediéndole un préstamo para pagar al vendedor. En el primer caso, el vendedor que concede el aplazamiento de pago, suele garantizar registralmente su derecho de cobro mediante condición resolutoria sobre el bien transmitido. En el segundo caso, el tercero prestamista suele garantizar registralmente su derecho de cobro mediante hipoteca. Pues bien: tanto la doctrina (incluida la DGRN) como la jurisprudencia tienen muy claro, y de forma unánime, que, cuando hay terceros registrales, para ejecutar con efectos erga omnes el pacto inscrito que establece la condición resolutoria y poder obtener la cancelación registral de los asientos favorables a los terceros no basta la simple actuación privada, ni siquiera la intervención notarial, sino que se requiere el ejercicio de acciones judiciales, dirigiendo la demanda contra todos los titulares registrales de derechos cuya cancelación se pretende, con la única excepción de aquellos cuyo derecho haya sido inscrito o anotado con posterioridad a la anotación de la demanda del procedimiento en el que se ejercita la propia condición resolutoria 2. Y resultaría paradójico e injustificado interpretar el art. 129 de la Ley Hipotecaria de manera forzada, contraria tanto a su letra, como a su espíritu y al resto del ordenamiento, para llegar a concluir que lo que nuestro ordenamiento no le permite al vendedor (adquirir la propiedad de un inmueble y cancelar derechos inscritos de terceros sin haberlos demandado judicialmente), sí se lo vaya a permitir a un prestamista o acreedor hipotecario. Los principios constitucionales de tutela efectiva y no indefensión de terceros son los mismos en ambos casos, por lo que idéntica debe ser la conclusión práctica en ambos casos. (Baste recordar aquí la doctrina contenida en la RDRN de 15 de noviembre de 2005. DGRN. BOE de 11 de enero de 2006: Supuesto de hecho: En el Registro figura inscrita compraventa con condición resolutoria en garantía del precio aplazado; a continuación

figuran practicadas varias anotaciones de embargo contra el comprador, pero anteriores a la anotación preventiva de demanda de resolución. Se presenta ahora la sentencia firme acordando la resolución y mandamiento recaído en su ejecución, ordenando la reinscripción a favor del vendedor y la cancelación de las cargas posteriores, pero sin que se hubiera citado a los titulares de dichas anotaciones. La Dirección, confirmando la calificación del Registrador, entiende que si bien la inscripción de la condición resolutoria explícita es necesaria para conferirle eficacia real y evitar la aparición de terceros protegidos por el art. 34 L.H., ello no significa que la sentencia declarativa de la resolución permita la cancelación de asientos posteriores, sin que al menos hayan sido citados sus titulares en el procedimiento; ya que hay que tener en cuenta: a) que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes, b) que la rectificación de los asientos exige el consentimiento de sus titulares por sentencia firme dictada en procedimientos entablados contra ellos, c) la exigencia constitucional de la protección jurisdiccional de sus derechos, d) que son anotaciones anteriores a la anotación preventiva de demanda y, e) que sus titulares deben ser traídos al procedimiento para alegar lo que a su derecho convenga en cuanto a ser cumplidos los presupuestos de la resolución (devolución de cantidades etc.). Argumento 5.º: Aun sin efectos frente a terceros, el art. 129 tiene importancia. En la interpretación que aquí se defiende, el pacto inscrito de venta extrajudicial del bien hipotecado que permite el art. 129 de la Ley Hipotecaria sólo puede tener efectos entre las partes. Frente a ello, los partidarios del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria posiblemente argumentarían que esa interpretación dejaría inoperante el art. 129 al que pretende interpretar, pues para esos limitados efectos no haría falta mención de su posibilidad en un texto legal expreso. Sin embargo, a mi juicio, el art. 129 de la Ley Hipotecaria, aún interpretado como yo lo hago, no es en absoluto superfluo o innecesario, pues está permitiendo y amparando unos cualificados efectos inter partes que no serían posibles por estar expresamente prohibidos por otras normas generales. ¿Y cuáles son esos importantes efectos inter partes? Fundamentalmente, los que resulta de la remisión legal a las “formalidades de la venta extrajudicial ante notario” reguladas en el reglamento hipotecario. Es decir: a. que el acreedor pueda por sí mismo promover la disposición o enajenación del bien hipotecado. b. que si no hay postores se lo pueda adjudicar o apropiarse. c. que la escritura pública de transmisión la pueda otorgar por sí sólo el acreedor en el doble concepto de comprador y de representante del vendedor. d. que ese poder de representación conferido por el hipotecante pueda considerarse irrevocable. Si no fuera por la existencia del art. 129 de la Ley Hipotecaria, como norma especial y posterior al Código Civil, y basada en la conjunción del pacto entre partes, la inscripción registral, y la intervención notarial en el procedimiento de venta extrajudicial: - el efecto “a” pudiera resultar contrario al art. 1.859 del Código Civil cuando prohíbe al acreedor “disponer del bien hipotecado”. - el efecto “b” resultaría evidentemente contrario al mismo artículo, que prohíbe expresamente al acreedor “apropiarse de la cosa dada en hipoteca”. - el efecto “c” resultaría contrario al art. 1.459 del Código Civil, que prohíbe expresamente a los mandatarios o apoderados “adquirir los bienes de cuya enajenación estuvieren encargados” así como la prohibición general de la autocontratación o conflicto de intereses. - y el efecto “d”, sobre irrevocabilidad del poder, resultaría prohibido por el art. 1.732 del Código Civil, conforme al cual todo mandato o poder “se acaba por su revocación”. Conclusiones. De todo lo argumentado hasta ahora, se pueden extraer las siguientes conclusiones: Primera conclusión. Actualmente no existe en nuestro ordenamiento jurídico, por no permitirlo ni la Constitución ni las leyes, un supuesto procedimiento extrajudicial de ejecución de la acción hipotecaria con virtualidad de producir la cancelación registral de derechos de terceros. El que había en el antiguo art. 129 de la LH, fue expresamente derogado por la Ley de enjuiciamiento civil. Segunda conclusión. Sólo tienen amparo legal claro (aunque la constitucionalidad de dicha ley resulte no sólo muy cuestionable sino negada tajantemente por el Tribunal Supremo), aquellos extremos de los artículos del Reglamento Hipotecario (234 a 236) que se refieran a las “formalidades de la venta extrajudicial” y a los efectos de la misma entre las partes que pactaron tal posibilidad. Y en cambio serán inaplicables los que aludan a efectos

vinculantes o perjudiciales para terceros registrales que no fueron parte en dicho pacto, ni lo sean en un procedimiento judicial, por falta de amparo legal específico, y por ser contrarios a las citadas normas legales expresas y a normas y principios constitucionales. Tercera conclusión. Incluso limitado a los simples efectos inter partes, el pacto de posible venta extrajudicial, cuando venga predispuesto como condición general de la contratación, entre un predisponente (entidad financiera) y un consumidor, tiene serios riesgos (sic) de ser considerado no sólo inconstitucional como dice el Tribunal Supremo, sino ilegal por abusivo y por tanto nulo, por producir una merma de los derechos y garantías que el consumidor tendría de no mediar tal pacto. Fundamentalmente, por el menoscabo jurídico e indefensión que le puede ocasionar tramitarse no ante la autoridad judicial, sino ante un notario, y por el menoscabo económico que le puede ocasionar la facultad concedida a los postores de la subasta o al acreedor de apropiarse del bien hipotecado por un valor inferior al que se le permite en el procedimiento judicial. Un ejemplo claro de esa potencial merma económica comparativa que el procedimiento extrajudicial puede llegar a suponer para el ejecutado frente a las garantías del procedimiento judicial se aprecia en el hecho de que en aquél, el art. 236.g.6 del Reglamento Hipotecario prevé tres posibles subastas sucesivas, de las cuales, la tercera subasta, si hubieran quedado desiertas las dos anteriores, se celebrará, sin sujeción a tipo. Por tanto, el propietario del inmueble podría perfectamente verse expropiado del mismo por un euro (o por un céntimo), sin ninguna previsión legal que pudiera moderar un resultado tan injusto. En cambio, en la ejecución judicial, el art. 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la única subasta, prevé expresamente una facultad moderadora del secretario, al decir que “se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por ciento del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el Secretario judicial responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. En este último caso, contra el decreto que apruebe el remate cabe recurso directo de revisión ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución”. Por otra parte, el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil para garantizar que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizara por un precio nunca inferior al 60 por ciento del valor de tasación. Todo ello, como proclama la exposición de motivos de dicha norma, “con el fin de evitar el despojo del deudor”. Esta norma protectora del deudor (aún sabiendo que, poco tiempo después, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, limitó inexplicablemente su aplicación a los supuestos en que el bien ejecutado sea la vivienda habitual), al referirse sólo al procedimiento judicial, agrandaba aún más los reproches que merecía el ya de por sí cuestionadísimo procedimiento extrajudicial de ejecución, a la vez que, sin pretenderlo, tuvo el efecto pernicioso de que las entidades financieras, con una frecuencia nunca antes vista en la práctica, decidieron encauzar la ejecución de sus hipotecas por el procedimiento notarial en el que la posición jurídica y económica del deudor ejecutado es sin duda más débil. Y se producía así el paradójico y a mi juicio vergonzoso espectáculo, de que cuanto más claramente se evidenciaba la probable inconstitucionalidad, la ilegalidad, y la injusticia del procedimiento extrajudicial, más se utilizaba en la práctica por la conveniencia de las entidades financieras. Llegados a este punto crítico, se acumulaban hasta lo indecible los reproches jurídicos en contra de la existencia y validez del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, fundamentalmente por los cuatro motivos reseñados: – Dudas sobre su vigencia. – Dudas sobre su constitucionalidad. – Dudas sobre su legalidad. – Injusticia material, agravio comparativo y carácter abusivo al permitir el “despojo del deudor”. Se podía decir con cierto humor negro, que, desde el

punto de vista jurídico, ese procedimiento estaba clínicamente muerto, o al menos en coma profundo, y sin embargo se le veía deambular como un zombi viviente que se movía a sus anchas por las notarías y por los registros de la propiedad, pero, eso sí, eludiendo encontrarse con un juez exterminador que lo habría fulminado definitivamente. Y llega el día 9 de marzo de 2012, viernes, para más señas. Ese mismo día se produce una curiosa coincidencia: En la Universidad de Almería, se celebra una jornada monográfica sobre el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, en la que dos prestigiosos notarios analizan sus antecedentes y su regulación vigente concreta, y tras ellos, quien suscribe centra su intervención en cuestionar la legitimidad del citado procedimiento por los datos y los motivos que se han expuesto más arriba a la vista de la legislación vigente hasta hoy. Pero a la vez, en Madrid, el Consejo de Ministros, según presagiaban todos los rumores, parece que va a aprobar un nuevo Decreto-ley que puede introducir modificaciones normativas en la materia. Con esa expectación e incertidumbre, concluye la jornada. Al día siguiente, sábado 10 de marzo, el BOE publica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Su exposición de motivos anuncia que “En materia procesal se procede a simplificar y aclarar el procedimiento de ejecución extrajudicial previendo una subasta única y un importe mínimo de adjudicación”. Y efectivamente, aunque sólo para el caso en que el bien subastado sea la vivienda habitual del deudor, fija como límite mínimo para la adjudicación al mejor postor “que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por cien del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad reclamada por todos los conceptos”. Y añade que “si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60 por cien del valor de tasación”. Con ello se decide, y con acierto, aplicar también por ley a la subasta notarial el principio que inspiró el Real Decreto-ley 8/2011 (relativo sólo al procedimiento judicial) de evitar “el despojo del deudor”. Pero, de rebote, y quizá sin pretenderlo, el pretendido y cuestionado “procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria” recibe así una transfusión de sangre “in extremis” o un nuevo aliento, que permita a sus partidarios sostener con júbilo “que ha vuelto a resucitar” y además, con energía renovada. A primera vista, parecería que han desaparecido de un plumazo los problemas que afectaban a la validez de este procedimiento. Podrían citarse como argumentos en favor de esta interpretación los siguientes: a. la nueva norma legal, al modificarlo parcialmente, confirma la existencia y vigencia del procedimiento que modifica. b. en algún precepto parece que recupera la denominación que derogó la Ley de Enjuiciamiento Civil de “procedimiento de ejecución extrajudicial”. c. menciona los arts. “234 a 236-o” del Reglamento Hipotecario, que lo desarrollan, entre los cuales está el párrafo que contempla que la escritura de venta servirá para obtener la cancelación de todos los asientos posteriores a la hipoteca del bien que se subasta. Pero también es cierto que el Real Decreto-ley no es nada claro sobre la cuestión que nos preocupa (precisamente porque ni se la plantea, ni la aborda, ni la resuelve): por una parte, sigue hablando de simple “venta extrajudicial”, en su disposición final tercera, y en cambio habla de “ejecución extrajudicial” en su artículo 12. Con ello, sólo se demuestra que también el redactor material del texto de este Decreto-ley, probablemente por las mismas razones de urgencia que lo motivan, incurre en la inercia irreflexiva de dar por supuesto que ambas cosas son una misma cosa, cuando no lo son. O de pensar que las palabras no importan. Por todo ello, considero que la nueva norma, cuya finalidad, según su propia exposición de motivos no era abordar esta cuestión (los posibles efectos frente a terceros) sino simplemente prever una “subasta única y un importe mínimo de adjudicación” no consigue eliminar del debate jurídico, salvo para los que prefieran no seguir debatiendo, las tres cuestiones espinosas: 1. La cuestión “menor”: en lo que se refiere a la posición jurídica y económica del deudor hipotecante, sigue existiendo en el procedimiento notarial el agravio comparativo de que cuando lo subastado no sea la vivienda habitual, sigue sin establecerse, ni un mínimo cuantitativo para la expropiación del deudor, ni una facultad moderadora atendiendo a la equidad como la que prevé el art. 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “a la vista de las circunstancias del caso”. Y que por ello mismo,

cualquier tribunal puede considerar nulo por abusivo la imposición del pacto de sujeción a este procedimiento contenido en las condiciones generales de las entidades financieras.

2. La cuestión “mayor”: decidir si este procedimiento (que no es una facultad que la ley conceda al titular del derecho de hipoteca, sino sólo la consecuencia de un concreto pacto contractual), puede o no afectar a los terceros que no fueron parte en ese pacto sobre la venta extrajudicial del bien hipotecado (fundamentalmente el tercero registral adquirente del bien ya hipotecado, o los terceros registrales titulares de derechos sobre el mismo). Los datos, actualizados tras la nueva norma, que tenemos para resolver esta cuestión, son, en esencia, los siguientes: a. Los artículos del reglamento hipotecario siguen diciendo que sí tiene efectos frente a terceros. b. El art. 129 no dice que tenga efectos frente a terceros. Al contrario, derogó expresamente la redacción anterior que sí lo decía, y no se remite a todo el procedimiento reglamentario, sino sólo a las “formalidades de la venta ante notario”. c. El Real Decreto-ley 6/2012, en su artículo 12, comienza hablando de “La ejecución extrajudicial de bienes hipotecados, regulada en el art. 129 de la Ley Hipotecaria y sujeta al procedimiento previsto en los arts. 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario se someterá a...” d. Pero desde el punto de vista de la interpretación gramatical, es claro esa expresión que acabo de transcribir no tiene propósito normativo ni innovador, sino de mera cita, al enunciar cuál es el sujeto de una frase en la que el predicado es lo que contiene una innovación normativa, la cual sólo se refiere al caso de la vivienda habitual “del deudor”. e. A la misma conclusión aboca la disposición final tercera, en la que el Real Decreto-ley, más respetuoso y congruente con el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, habla simplemente de “procedimiento de venta extrajudicial” y no de “ejecución extrajudicial de bienes hipotecados”. Por tanto, el citado Real Decreto-ley, como claramente se deduce tanto de su título, como de su exposición de motivos, como de su articulado, sólo tiene por finalidad mejorar la posición del deudor cuando lo que se vaya a subastar sea su vivienda habitual, y sólo con la finalidad de simplificar el procedimiento estableciendo una única subasta, y fijando un precio mínimo de adjudicación. Pero no ha pretendido modificar, ni lo ha hecho, lo que dispone el art. 129 de la Ley Hipotecaria, ni ha querido incluir lo que dicho artículo excluyó (los efectos frente a terceros), sino que se limita a modificar unos aspectos concretos del reglamento hipotecario. Posiblemente el redactor del texto de este Decreto-ley, además de incurrir por precipitación en muchas otras incongruencias menores (éstas sí rápidamente detectadas por los intérpretes), haya sido también víctima de la generalizada “alucinación colectiva” o “ilusionismo jurídico” consistente en leer el art. 129 de la ley hipotecaria creyendo ver en él lo que no dice (“procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”) y no ver lo que realmente dice.

3. Y queda también abierto el debate sobre la cuestión “suprema”, recurrente: la probable inconstitucionalidad del supuesto procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. El primer requisito que se debe exigir a cualquier disposición normativa, no es que sea constitucional, ni que sea legal, ni que sea acertada o justa, sino que sea clara. Y una vez que sea clara, pasaremos a enjuiciar los demás aspectos. En lo que se refiere a los efectos entre las partes que pactaron la sumisión al procedimiento de venta extrajudicial, la norma legal es clara, pero el Tribunal Supremo dice también con claridad que semejante previsión legal es inconstitucional. Fundamentalmente porque, según el Alto Tribunal, nuestra Constitución no permite que “con el mero acuerdo de las partes, quede excluida la intervención judicial en un procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional”. Y en lo que se refiere a los hipotéticos efectos de ese procedimiento extrajudicial frente a terceros registrales, la ley de enjuiciamiento civil, elaborada de forma reflexiva y pausada, fue clarísima al derogar tal efecto. El nuevo Decreto Ley, elaborado con la urgencia que justifica tal figura, no modifica ninguna norma legal, sino sólo aspectos reglamentarios, y no es nada claro sobre esta cuestión, pues, como dijimos, ni se la plantea, ni la aborda, ni la resuelve. Y si alguien interpreta que, aún sin pretenderlo, sí que la resuelve de “rebote” o “por casualidad” en sentido afirmativo a los supuestos efectos del pacto frente a terceros registrales, tendría la seguridad de que los argumentos que el Tribunal Supremo enuncia repetidamente sobre la inconstitucionalidad de los efectos entre las partes que

suscribieron tal pacto, tendrían más fuerza y solidez si cabe en lo que se refiera a la pretensión de hacerlos extensibles tales efectos a terceros registrales. Por tanto, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como una ley claramente contraria a la Constitución hay que aplicarla hasta que el Tribunal Constitucional la anule (razón por la cual la calificación registral aceptaría la inscripción de la compraventa) una ley (Decreto-ley en este caso) confusa hay que interpretarla y aplicarla de manera conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (razón por la cual, la calificación registral deniega la cancelación de las cargas inscritas a favor de terceros). Y ambos mandatos explicitados por la jurisprudencia constitucional no sólo incumben a los órganos judiciales, sino a todos los poderes y autoridades públicas, y entre ellas, cómo no, los notarios y registradores (entre ellos el autor de esta calificación) y a su común centro directivo.

2.º Hipoteca: Ejecución extrajudicial: notificación a terceros fuera del territorio competencia del notario: Con carácter subsidiario, para el hipotético caso de que defecto anterior fuera revocado en vía de recurso, se formula el siguiente: En cuanto a la notificación a los titulares de cargas posteriores el artículo 236-d-4 exige que tales notificaciones se efectúen en los domicilios que consten en el registro de la propiedad y en la forma prevenida por la legislación notarial. En el presente caso, el titular de una anotación de embargo es Finconsum E.F.C., S.A., con domicilio en Barcelona, por lo que resultaría que, conforme a la legislación notarial a que se remite el artículo 236-d-2, el notario de Santa Fe no es competente territorialmente para efectuar notificaciones fuera de su distrito (art. 3 del Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944). Y la mera remisión de documentos por correo no es, según el propio reglamento notarial, una acta notarial de notificación en la que el notificado tiene determinados derechos, incluido el de contestar en la misma acta (artículos 202 a 206 de dicho reglamento notarial) sino un acta distinta, de simple envío de documentos por correo, regulada en el artículo 201, que no puede ser utilizada para la remisión de la cédula notarial de notificación fuera del distrito, y que no da derecho al destinatario a contestar en la misma acta, y sobre todo, que no tiene los efectos legales de una notificación notarial. En el BOE de 29/3/2012 se publicó resolución de la DGRN de 27/2/2012 que confirma el criterio que se acaba de exponer. Como dice tal resolución “El Reglamento Notarial regula como supuestos diferentes las actas de remisión de documentos por correo (artículo 201) y las actas notariales de notificación y requerimiento (artículo 202), admitiendo en estas últimas su diligencia, bien de forma personal, bien mediante el envío postal de la cédula, copia o carta mediante correo certificado con aviso de recibo. Las actas de remisión de documentos por correo, se acredita el simple hecho del envío de cartas u otros documentos por correo ordinario, procedimiento telemático, telefax o cualquier otro medio idóneo puede hacerse constar mediante acta, que acredita el contenido de la carta o documento, y según el medio utilizado la fecha de su entrega, o su remisión por procedimiento técnico adecuado y, en su caso, la expedición del correspondiente resguardo de imposición como certificado, entrega o remisión, así como la recepción por el notario del aviso de recibo, o del documento o comunicación de recepción (artículo 201 del Reglamento Notarial). En este tipo de actas el notario da fe del simple hecho del envío, en los términos vistos, no confiriendo derecho a contestar en la misma acta y a costa del requirente (artículo 201.4 del Reglamento Notarial); y no hay problemas de competencia territorial, siempre que la oficina receptora, del servicio postal, esté dentro de la jurisdicción notarial, pudiendo dirigirse el envío a cualquier destino, en España o en el extranjero. Pero, y esto es lo más relevante, estas actas no producen una verdadera notificación o requerimiento notarial.” Y, por otra parte, añade que “las actas de notificación, (...) no pueden realizarse por el notario fuera de su jurisdicción, ni siquiera mediante remisión de la diligencia, por correo certificado”. Por tanto, tratándose las notificaciones expresados y defectuosamente cumplimentados, de trámites esenciales del procedimiento (máxime en la medida en que son las únicas garantías procedimentales que se conceden a titulares registrales de derechos que están bajo la salvaguardia de los tribunales y que ahora se pretenden afectar y cancelar en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria), se deniega la cancelación de las cargas posteriores, por

infracción de los referidos trámites esenciales dispuestos en el Reglamento Hipotecario. El defecto se califica como insubsanable, en el sentido registral del término. 3.º-: 4.º-: Acuerdo: en consecuencia, procede denegar la inscripción por los motivos expresados. Prórroga del asiento de presentación: Conforme al art. 323 de la Ley Hipotecaria, se entenderá prorrogado el asiento de presentación por plazo de sesenta días contado conforme a dicho precepto. Contra la presente (...) Fdo: Joaquín Delgado Ramos. Registrador de la Propiedad de Santa Fe n.º 1 (firma ilegible)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don José Miguel González Ardid, notario de Santa Fe, interpone recurso en virtud de escrito, de fecha 15 de octubre de 2012, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que el registrador se extralimita en el ejercicio de su función y debe limitarse a la aplicación del derecho vigente constituido por el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria y los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario que ninguna sentencia ha declarado inconstitucionales, pues las citadas por el registrador son todas referidas al precepto preconstitucional, pero no a su redacción actual post constitucional; Que el pacto de venta extrajudicial ante notario impide el ejercicio arbitrario del derecho y no excluye que las partes acudan ante los tribunales si lo estiman preciso; Que no existe violación de reserva de Ley, pues la venta extrajudicial está perfectamente incardinada en el ordenamiento procediendo el ejercicio por el acreedor del «ius distrahendi» del titular dominical, bien por autorización expresa de la Ley (artículo 84 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) bien por negocio entre las partes (prenda e hipoteca). En este contexto, la venta forzosa constituye un mero desenvolvimiento de la eficacia de la hipoteca y deriva de un pacto inscrito y bajo la salvaguardia de los tribunales que no implica renuncia a la salvaguardia judicial; Que existen numerosos ejemplos de eficacia frente a terceros de los procedimientos de ejecución extrajudiciales (artículos 1.872 del Código Civil; 129.2 de la Ley Hipotecaria; 234 del Reglamento Hipotecario; 94 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento; 34 del Real Decreto 6/2004, de 29 de octubre, de ordenación y supervisión del seguro privado; 84 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; 569-20 del Código Civil de Cataluña; 263 de la Ley 36/2011, de procedimiento laboral; Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos; y artículo 31 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico); Que, en cuanto a la segunda cuestión, se notificó al titular del asiento posterior mediante oficio dirigido por carta con acuse de recibo y, además, se hicieron las notificaciones genéricas previstas en el artículo 236 del Reglamento Hipotecario; Que el artículo 206 del Reglamento Notarial establece que cuando la norma específica establezca una regulación concreta se estará a ella y no a las propias del Reglamento, y el artículo 236 introduce variantes a la regulación del Reglamento Notarial, por lo que éste no es de aplicación; y, Que se ha notificado mediante exhorto al acreedor, acompañándose nueva acta de notificación, por lo que debe entenderse subsanado el defecto señalado.

IV

El registrador emitió informe el día 19 de octubre de 2012, elevando el expediente a este Centro Directivo y ratificándose en su calificación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 348, 1.857, 1.858, 1.872, 1.876, 1.880 y 1.884 del Código Civil; 1, 12, 18, 40, 82, 104, 129, 130, 132 y 326 de la Ley Hipotecaria; 234 a 236 del Reglamento Hipotecario; 12.2 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre; las Sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2007 y 20 de abril

de 2009; las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1995, 26 de febrero de 2001 y 30 de diciembre de 2002; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 1912, 12 de noviembre de 1913, 3 de julio de 1920, 1 de julio de 1930, 24 de marzo de 1986, 11 de febrero, 5 de septiembre y 29 de diciembre de 1998, 26 de febrero de 2000, 28 de mayo de 2001, 13 de febrero de 2004, 19 de julio y 1 y 20 de octubre de 2010, 23 de julio de 2011 y 30 de enero, 27 de febrero, 5 de marzo, 13 de abril, 13 y 17 de septiembre (sistema notarial) de 2012.

1. Dos son las cuestiones que se debaten en este expediente derivado de la presentación en el Registro de la Propiedad de una escritura pública de venta extrajudicial por ejercicio del pacto contenido en hipoteca: en primer lugar, si el ejercicio extrajudicial de la enajenación derivada del derecho de hipoteca puede provocar la cancelación en el Registro de la Propiedad de los asientos posteriores al de la propia hipoteca; y, segundo, si la notificación llevada a cabo por el notario mediante remisión por correo certificado al titular de una carga posterior en un domicilio que se encuentra fuera de su ámbito territorial de competencia pero dentro de territorio nacional es o no ajustada a Derecho.

Es preciso reiterar, antes de entrar en el estudio de las cuestiones planteadas, que el objeto del recurso lo constituye la calificación del registrador y, en consecuencia, no pueden tenerse en cuenta cuestiones distintas de las planteadas en la nota ni tomarse en consideración documentos no presentados en tiempo y forma, tal y como recoge el artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

2. Respecto de la primera cuestión, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca. La atribución del «ius vendendi» al acreedor no es un elemento añadido o circunstancial sino que integra el contenido esencial de su derecho (Resolución de 13 de abril de 2012).

Esta misma doctrina, amparada sólidamente en el derecho positivo, pone de manifiesto que el ejercicio de esa facultad consustancial del derecho del acreedor no puede ser llevada a cabo por su titular de forma unilateral dada la proscripción en nuestro derecho del pacto comisorio (artículos 1.858 y 1.884 del Código Civil) por lo que es preciso que su ejercicio se acomode a los procedimientos legalmente preestablecidos ya sean judiciales o extrajudiciales. Sólo de este modo la actuación del acreedor en ejercicio de su derecho recibe el amparo del ordenamiento jurídico y obtiene el reconocimiento de las consecuencias de él derivadas.

3. La realización del valor del bien hipotecado para su conversión en dinero está sujeta así a estrictos controles de legalidad que tienen como finalidad equilibrar los distintos intereses en juego: los propios del acreedor pero también los del deudor incumplidor, los del propietario de la cosa hipotecada y aquéllos de los eventuales terceros que acrediten derechos sobre el bien. Tan compleja trama de intereses ha sido objeto históricamente de una cuidadosa regulación a fin de que el ejercicio ponderado de las facultades inherentes al derecho real de hipoteca favorezca el crédito territorial mediante la utilización de los bienes inmuebles como respaldo de la actividad económica.

En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede ejercer el «ius distrahendi» inherente a su derecho mediante el ejercicio de la acción directa o de la ordinaria previstas en la norma ritual sujetas al control de jueces y tribunales. De este modo se hace efectiva la responsabilidad del deudor sobre el bien objeto de garantía desembocando en su enajenación forzosa por la vía de apremio.

Junto al ejercicio en el ámbito judicial del «ius distrahendi», nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de su ejercicio extrajudicial cuyo fundamento no es ya el ejercicio coercitivo por el ordenamiento de la responsabilidad del deudor, sino el previo consentimiento que éste presta para que se venda la finca y se realice su valor en caso de incumplimiento. Para garantizar en este ámbito que se respete el equilibrio de intereses a que se ha hecho referencia el ordenamiento exige que el ejercicio extrajudicial se lleve a cabo bajo el control y dirección de un funcionario público, el notario, cuya actuación está fuertemente regulada. Es cierto que el ejercicio extrajudicial ha planteado a nuestras más altas instancias severas dudas de adecuación al orden constitucional (por todas,

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2009) pero no lo es menos que dichas dudas vienen referidas a la regulación anterior a la promulgación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que han quedado disipadas por el amparo legal que la misma le confirió al modificar el contenido del artículo 129 de la Ley Hipotecaria que ahora dice: «La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario».

Como ha afirmado esta Dirección General (vid. Resoluciones de 28 de mayo de 2001 y 13 de febrero de 2004) la habilitación legal para el ejercicio extrajudicial del valor en cambio de un bien es plenamente conforme con nuestra tradición histórica lo que justifica, como se pone de relieve por extenso en las Resoluciones citadas, que esté ampliamente reconocido en numerosos preceptos de nuestro ordenamiento y no sólo en relación a derechos de garantía.

4. Lo que se pone ahora en duda, en relación al derecho real de hipoteca y al ejercicio del «ius distrahendi» por vía extrajudicial, es si su ejercicio puede ser opuesto frente a terceros titulares posteriores.

Pero al igual que el «ius distrahendi» es consustancial al derecho del acreedor, también lo es la facultad de ejercitarlo frente a cualquiera, erga omnes, como ha reiterado la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (vid. «Vistos») al interpretar los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1.876 del Código Civil. La fuerza ofensiva del derecho de hipoteca es consustancial al mismo y no depende del modo concreto en cómo se ejercite siempre que, como ha quedado dicho, sea por uno de los cauces legalmente previstos. Desde esta perspectiva el pacto de venta extrajudicial no añade ni quita nada al derecho real de hipoteca como nada le quita o añade el pacto relativo a la tasación del bien o al domicilio para notificaciones a efectos de ejercitar la acción directa. En ambos casos, lo único que se hace es posibilitar el ejercicio del derecho real por un cauce y por unos trámites predeterminados legalmente.

La inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de hipoteca le dota de pleno reconocimiento legal y provoca que, desde ese momento y salvo señaladísimas excepciones, sean irrelevantes para el acreedor las vicisitudes por las que pueda pasar la finca hipotecada. Si a la inscripción se añaden pactos relativos a su ejercicio, como el de venta extrajudicial, en nada queda alterada la eficacia del derecho inscrito; bien al contrario, se refuerza al poner en conocimiento de terceros que existe la posibilidad de que el derecho se ejercite en esa forma concreta y en su perjuicio. Pretender limitar el pacto de venta extrajudicial a las partes contratantes desdibuja por completo la eficacia del derecho real inscrito que, no se olvide, se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales y degrada la inscripción a un efecto de mera publicidad noticia incompatible con la finalidad y eficacia de nuestro sistema registral (Resolución de 1 de octubre de 2010).

Es cierto que una doctrina centenaria del Centro Directivo (vid. Resoluciones de 27 de febrero de 1912 y 12 de noviembre de 1913) en un principio entendió que ante la falta de regulación legal y pese a considerar válido el pacto, en base al artículo 1872 del Código Civil, su ejercicio no podía implicar la cancelación de asientos posteriores por impedirlo el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Con razón la doctrina más autorizada criticó la doctrina expuesta que, al dejar reducido el pacto de realización a un pacto personal, hacía inútil su inscripción en los libros del Registro. Con posterioridad, el artículo 201 del Reglamento Hipotecario en su redacción dada por el Reglamento de 1915 excluyó expresamente la vía del procedimiento extrajudicial cuando existieran terceros con derechos inscritos con anterioridad a la nota marginal que el mismo contemplaba o cuando en cualquier tiempo hubieran anotado preventivamente la oposición judicial a la venta del inmueble. Sin embargo, la exclusión explícita del ejercicio del derecho por vía extrajudicial en caso de

que resultasen terceros no se basaba en una limitación intrínseca del derecho real, en una limitación de su eficacia ofensiva, ni siquiera en la consideración de que el ejercicio extrajudicial era sustancialmente inadecuado para ello, sino simplemente en la apreciación de política legislativa de que los problemas de preferencia, liquidación y cancelación que podían suscitarse en la realización de la hipoteca desaconsejaban la utilización de la vía extrajudicial (vid. Resolución de 24 de marzo de 1986). Solucionadas las cuestiones técnicas por el Reglamento de 1947 (que desarrolló la previsión del artículo 129 de la Ley Hipotecaria de 1946) desaparecieron los motivos de limitación de ejercicio de la realización extrajudicial bajo dos condicionantes derivados de la circunstancia de que el funcionario actuante carece del imperio judicial: no caben alteraciones paccionadas a los trámites previstos en el ordenamiento y su cumplimiento debe llevarse a cabo de modo riguroso a fin de evitar la lesión de los derechos de las partes implicadas (artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234.1 y 235.2 del Reglamento Hipotecario).

5. No pueden en consecuencia acogerse los motivos expresados en la nota de defectos. Que el segundo inciso del artículo 129 de la Ley Hipotecaria no haga una referencia expresa a la eficacia en relación a terceros del derecho de hipoteca es absolutamente irrelevante pues resulta del resto del articulado la eficacia real del derecho. Dice así la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944: «recogiendo un principio inspirado en el Código civil y con sede en el Reglamento hipotecario, se agrega a la Ley el procedimiento de ejecución extrajudicial para la efectividad de los créditos hipotecarios, aun cuando afecte a tercero, sin perjuicio de que el acreedor, en cualquier caso y si le conviene, pueda utilizar los procedimientos judiciales de ejecución». Si la redacción de 1946 hacía esa expresa alusión era por contraposición a la situación anterior.

Frente a la rotundidad de la vigente regulación legal y de la interpretación que de la misma lleva a cabo el Tribunal Supremo y esta propia Dirección General no puede pretenderse negar el efecto real ofensivo de un derecho inscrito de hipoteca por una mera conjetura sobre el tenor literal de un precepto que se enmarca en una regulación completa. Ciertamente el inciso segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria no hace referencia alguna ni al término acción ni al término ejecución pero lejos de tener la intención excluyente que le atribuye la nota de calificación el precepto no tiene otra que adecuar su contenido al ámbito constitucional infringido conforme a la doctrina del Tribunal Supremo que afirmó la inconstitucionalidad de la redacción anterior a la vigente. Con la redacción actual el legislador puso a salvo la vía de ejercicio extrajudicial del derecho real de hipoteca que la anterior comprometió, precisamente por utilizar una terminología que, a juicio del Alto Tribunal, implicaba una invasión de las competencias constitucionalmente reservadas al Poder Judicial.

De todo lo anterior cabe deducir lo contrario de lo que pretende la nota de defectos: sólo una exclusión explícita justificaría la imposibilidad de ejercitar la venta extrajudicial en caso de existencia de terceros con derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca que se ejercita. La ausencia de dicha exclusión implica la aplicación del régimen de la hipoteca y, en consecuencia, la plena viabilidad del ejercicio de la venta extrajudicial aún cuando existan terceros tal y como autorizan la Ley y el Reglamento Hipotecario.

Por similares motivos es inaceptable entender que al remitirse el artículo 129 de la Ley Hipotecaria al artículo 1.858 del Código Civil está excluyendo la aplicación del régimen general y del resto del articulado tanto del propio Código como de la legislación hipotecaria. Como ha quedado acreditado es consustancial al derecho real de hipoteca inscrito que su ejercicio, por cualquiera de las vías legalmente establecidas, es oponible a tercero (cualquiera que sea su poseedor), hasta el punto de que esta Dirección General ha considerado que el efecto de purga derivado del ejercicio por la vía extrajudicial de la hipoteca y la subsiguiente cancelación de asientos se produce aún cuando no se solicite expresamente (Resolución de 11 de febrero de 1998).

Tampoco es aceptable entender que el efecto ofensivo frente a terceros del pacto de venta extrajudicial inscrito carece de respaldo legal pues como ha reiterado este Centro Directivo es precisamente la inscripción lo que convierte al pacto entre partes en un

elemento del derecho inscrito y, como tal oponible (por todas, Resoluciones de 4 de noviembre de 2002 y 1 de octubre de 2010). Pretender que el pacto inscrito limita su eficacia a las partes que lo establecieron es desconocer el juego de los principios registrales y la propia esencia de la publicidad material que proporciona el Registro, regresando a la situación anterior a 1915. La finalidad del Registro no es publicar pactos que sólo hayan de tener eficacia entre partes sino aquéllos que hayan de perjudicar a terceros (artículo 98 de la Ley Hipotecaria).

Para terminar, si el pacto por el que, en caso de falta de pago del precio se producirá de pleno derecho la resolución de la compraventa a que se refiere el artículo 1.504 del Código Civil, es oponible a tercero con derecho inscrito en el Registro es precisamente porque el propio pacto consta inscrito. Así lo recoge el artículo 11 de la Ley Hipotecaria cuyo efecto ofensivo de purga es incuestionable (artículo 59 y 175.6.ª del Reglamento Hipotecario) y sin que quepa confundir la doctrina de este Centro Directivo sobre la necesidad de que los titulares posteriores tengan salvaguardados sus derechos (en aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva) con la inevitable cancelación de sus inscripciones una vez que se ha garantizado que han disfrutado de la posición legalmente prevista. En sede de ejercicio extrajudicial de hipoteca la salvaguarda de la posición jurídica de los terceros afectados por la eventual purga se consigue con la oportuna notificación a fin de que ejerciten, si lo estiman conveniente, los derechos que el ordenamiento les reconoce (artículo 236 d.1 del Reglamento Hipotecario).

6. Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones planteadas en este expediente el recurso ha de seguir la misma suerte estimatoria que la anterior.

Al igual que ocurre con las transmisiones voluntarias de inmuebles en la transmisión derivada de la venta extrajudicial el ordenamiento toma precauciones para que la transmisión obedezca a una justa causa que salvaguarde los derechos de los interesados exigiendo un conjunto de formalidades cuya cumplimentación se exige al notario. De este modo la presunción de exactitud y veracidad que emana de la inscripción de dominio a favor del titular registral de la finca hipotecada y que está bajo la salvaguardia de los tribunales sólo puede destruirse procediendo a la inscripción a favor de un nuevo titular si el negocio de venta extrajudicial reúne todos los requisitos para provocar la transmisión del dominio derivada del ejercicio del «ius vendendi» por persona distinta del titular registral. De aquí que se exija que sea indubitado el incumplimiento del deudor y que quede acreditado que las partes cuyos intereses están en juego han tenido la oportunidad de intervenir en la forma prevista por el ordenamiento.

El Reglamento Hipotecario establece lo siguiente en su artículo 236 l.2: «En la escritura se harán constar los trámites y diligencias esenciales practicados en cumplimiento de lo establecido en los artículos anteriores y, en particular, que se practicaron las notificaciones prevenidas en los artículos 236 c y 236 d; que el importe de la venta o adjudicación fue igual o inferior al importe total garantizado por la hipoteca y, en caso de haberlo superado, que se consignó el sobrante en la forma prevista en el apartado segundo del artículo 236 k».

Como resulta de la norma, y en lo que interesa a este expediente, tiene la consideración de trámite esencial la notificación a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca (artículo 236 d).

7. La cuestión se traslada por tanto a determinar si la notificación que se ha llevado en el expediente cumple las exigencias previstas en el Reglamento Hipotecario y la respuesta no puede ser más que positiva. Del artículo 236 d.1 del Reglamento Hipotecario resulta que el notario debe notificar a los titulares de cargas, gravámenes y asientos posteriores. A continuación especifica el precepto que la notificación se llevará cabo en la forma prevenida en la legislación notarial y precisamente en los domicilios que figuren en el Registro de la Propiedad. Si los domicilios fueren desconocidos, no resultare posible la notificación por cédula o por correo con acuse de recibo, o si el notario dudase de la efectiva recepción, se procederá a la notificación por medio de anuncios públicos.

De esta regulación se deduce que la notificación a practicar es una auténtica notificación notarial, esto es, elaborada, realizada y controlada por el notario de modo que

la fe pública que resulta de su ministerio cubra los distintos aspectos de la misma. También resulta que la notificación puede llevarse a cabo por medio de entrega personal de cédula o por correo certificado con acuse de recibo.

El Reglamento Notarial por su parte, en su artículo 202, establece que el notario «podrá efectuar las notificaciones y los requerimientos enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo» siempre que de una norma legal no resulte lo contrario. Esta Dirección General ha declarado recientemente (Resoluciones de 30 de enero y 5 de marzo de 2012), en consonancia con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (Sentencias de 2 de julio de 2007 y 20 de abril de 2009), que las notificaciones, si son llevadas a cabo por medio de correo certificado con acuse de recibo y de las mismas no resulta su cumplimentación, no pueden entenderse como realizadas siendo preciso que se acuda al sistema de notificación personal previsto en el propio precepto del Reglamento Notarial. Esta doctrina se justifica porque a falta de entrega efectiva por el servicio de Correos no existe norma alguna que autorice a tener por realizada la diligencia lo que conlleva, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, la necesidad de que el órgano actuante agote los medios puestos a su disposición por el ordenamiento para procurar que la notificación llegue a efectivo conocimiento de su destinatario. Si por el contrario el servicio de Correos hace entrega de la notificación y se pone de manifiesto el acuse de recibo la notificación está cumplimentada y no hace falta acudir a la entrega personal.

8. Consta en el expediente que de la certificación registral emitida de acuerdo a la previsión del artículo 236 b del Reglamento Hipotecario, resulta una anotación de embargo a nombre de una sociedad anónima aunque no su domicilio. Consta igualmente que, averiguado el domicilio social por el notario actuante por consulta al Registro Mercantil, practicó notificación por correo certificado con acuse de recibo, que fue devuelto por la oficina de Correos debidamente cumplimentado resultando la efectiva entrega de la notificación al destinatario.

Dos son los reproches que hace la nota de defectos a la notificación llevada a cabo: el primero, que no se trata de una auténtica notificación notarial sino de una mera remisión de documento por correo (artículo 201 del Reglamento Notarial); y, el segundo, que no es posible hacer la notificación por el notario actuante cuando el destinatario está domiciliado fuera de su ámbito territorial de actuación.

De la regulación y doctrina expuestas anteriormente resulta que el hecho de que el notario realice la notificación, generada por él mismo, por medio de correo certificado no convierte su actuación en una mera remisión de carta u otro documento a que se refiere el artículo 201 del Reglamento Notarial. Del artículo 201 resulta que el acta de mera remisión de carta o documento por correo se refiere a un documento entregado al notario que se limita a dejar constancia en el mismo de su intervención y en el acta de las vicisitudes del envío y, en su caso, recepción. Por contra en el acta de notificación del artículo 202 el notario, en base al contenido del requerimiento que se le hace o a la actuación que deba llevar a cabo, genera el documento o cédula que se entrega al destinatario conteniendo el texto literal de la notificación y con expresa mención de su derecho a contestar y el plazo para hacerlo.

Del expediente resulta que el notario afirma que, en el ámbito de sus actuaciones de venta extrajudicial, llevó a cabo la notificación al titular de la carga posterior y que dicha notificación lo fue a los efectos de intervenir en la subasta o satisfacer la deuda incumplida en la parte asegurada por la hipoteca. No hay base pues para considerar que la actuación notarial no se llevó a cabo en el ámbito propio de la venta extrajudicial y de las notificaciones notariales. Ciertamente la escritura pública objeto de calificación podría haber sido más cuidadosa en su redacción afirmando de forma indubitada que la notificación se hizo mediante remisión de cédula elaborada por el propio notario y con el contenido reglamentariamente previsto. No obstante la calificación tampoco afirma que la omisión de esta circunstancia lleve a considerar que no se trata de una notificación notarial (pues haciendo cuestión de una afirmación, asevera que la actuación notarial ha sido de remisión de documento por correo pero sin explicar de dónde resulta dicha

conclusión) lo que conlleva que tampoco pueda efectuar ese reproche este Centro Directivo (artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

Tampoco puede sostenerse que la notificación por medio del servicio de Correos implique una actuación fuera del ámbito de competencia territorial del notario pues no existe dato alguno que autorice a pensar que la actuación notarial se llevó a cabo por medio de oficina de Correos situada fuera de su demarcación. Téngase en cuenta que el Reglamento Hipotecario sólo exige actuación presencial en el requerimiento de pago al deudor por lo que el notario, si su domicilio está fuera de su ámbito de competencia territorial, tendrá que valerse del auxilio de otro notario territorialmente competente (artículo 236 c.3). Pero fuera de este supuesto y de aquél en que, en la notificación realizada por correo certificado no consta la efectiva entrega al destinatario, la actuación notarial llevada a cabo mediante el uso del servicio de Correos está plenamente amparada en el ordenamiento jurídico. No puede confundirse el supuesto de hecho de este expediente con el que dio lugar a la Resolución de 27 de febrero de 2012 en el que se analizaba la posibilidad de llevar a cabo una notificación sin acuse de recibo y en un país extranjero, circunstancias completamente distintas a las que han dado lugar a la presente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso revocando la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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, 10 de enero de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.