

PROBLEMAS DE LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO NOTARIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA¹

Paula Castaños Castro

Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Málaga

TITLE: *Problems of legality of the notary procedure of mortgage execution*

RESUMEN: El presente trabajo de investigación tiene la finalidad de examinar minuciosamente la legalidad de la venta extrajudicial del bien hipotecado. En primer lugar, se aborda la posible inconstitucionalidad del precepto que contempla este proceso de ejecución, esto es, el art. 129 LH, para llegar a la conclusión de que se trata de un artículo que respeta en todo momento los límites que la Constitución impone; en segundo lugar, y resuelto que nos encontramos ante un procedimiento constitucional, se analiza la posible abusividad de la cláusula que contempla el procedimiento de venta extrajudicial para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.

ABSTRACT: *This research aims to thoroughly examine the legality of the extrajudicial sale of the mortgaged property. Firstly, it addresses the possible unconstitutionality of the provision that contemplates this implementation process, article 129 LH, to come to the conclusion that this is an article that respects at all times the limits that the Constitution imposes. Secondly, as we are facing a constitutional procedure, it is analyzed the possible abusiveness of the clause that contemplates the extrajudicial sale procedure for the case of nonpayment of principal or interest of the guaranteed amount.*

PALABRAS CLAVE: Venta extrajudicial, Notario, cláusulas abusivas, Derecho constitucional, hipoteca.

KEY WORDS: *Extrajudicial sale, Notary, unfair terms, Constitutional right, mortgage.*

SUMARIO: 1 INTRODUCCIÓN 2. LA REGULACIÓN LEGAL DEL PROCEDIMIENTO NOTARIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. 3. EL ACTUAL ARTÍCULO 129 LH: PRESUPUESTO PARA SU APLICACIÓN. 4. DUDAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 129 LH. 4.1. *Argumentos en contra de la constitucionalidad del art. 129 LH.* 4.2. *Argumentos a favor de considerar el art. 129 LH un precepto constitucional.* 4.3. *Nuestra opinión: a favor de la constitucionalidad.* 5. SOBRE

¹ Este artículo se ha realizado en el ámbito del Proyecto I+D del Subprograma estatal de generación del conocimiento, como proyecto de excelencia, titulado «El desarrollo práctico de la tutela legal de los deudores hipotecarios» (DER2013-48813-C2-2-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y del que es investigadora principal M. Luisa Moreno-Torres.

LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA QUE PREVÉ LA POSIBILIDAD DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL BIEN HIPOTECADO. 6. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*. 7. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Tras las numerosas reformas que ha sufrido, el actual artículo 129. 2 LH continúa regulando la venta extrajudicial hipotecaria ante notario, a la que es posible acudir siempre que se den una serie de requisitos específicos que el mismo precepto contiene. Sin embargo, tampoco la nueva redacción del artículo ha impedido que la polémica continúe, y todavía hoy se sigue discutiendo acerca de la constitucionalidad y legalidad de este procedimiento, de forma que ni doctrina ni jurisprudencia comparten una postura unánime.

Si bien muchas cuestiones jurídicas dan origen a interminables debates, no son tantas aquellas sobre las que recae constantemente la sombra de la inconstitucionalidad, y es por ello por lo que creemos necesario estudiar este precepto, analizar pormenorizadamente los argumentos que han llevado a unos y otros a tomar posiciones dispares con respecto a él y aportar alguna solución al respecto.

¿Es la regulación de la venta extrajudicial inconstitucional por infringir, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución o, por el contrario, se trata de un procedimiento totalmente constitucional que no vulnera ni el derecho a la defensa ni tampoco otros derechos reconocidos en la Constitución? ¿Qué dice el Tribunal Constitucional al respecto? Sobre estas y otras cuestiones relacionadas se intentará profundizar en las próximas líneas dado que, pese a que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria ha estado *paralizado* durante varios años y ha sido escasamente utilizado en la práctica, hoy en día parece haber adquirido un protagonismo que nunca tuvo.

2. LA REGULACIÓN LEGAL DEL PROCEDIMIENTO NOTARIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Como se ha dicho, el art. 129 LH, regulador del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria, ha sufrido múltiples reformas desde que se promulgara la Ley Hipotecaria². En su redacción de entonces este precepto tenía dos párrafos y era precisamente el segundo de ellos el que hacía referencia al asunto que nos ocupa. Decía así: «Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento 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». Por su parte, el Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 dedicó a este procedimiento los artículos 234, 235 y 236, que a su vez sufrieron una reforma a través del Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, que introdujo dieciséis nuevos artículos (236-a a 236-o), mediante los que se regulan todos los trámites del procedimiento de forma minuciosa.

Más adelante, será la Disposición Final 9.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la que dará una nueva redacción al art. 129 LH: «La acción

² El punto de partida de este procedimiento se encuentra realmente en un precepto del Código civil de 1889, en concreto el art. 1872, que tiene antecedentes tanto en el Derecho romano como en las Partidas, y según el cual: «el acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito». En cualquier caso, debe señalarse que este artículo se encuentra en un capítulo del Código dedicado a la prenda y no en el capítulo dedicado a las normas generales o comunes a prenda e hipoteca. Por tanto, lo que se plantea es aplicar analógicamente esa facultad al acreedor que tenía como garantía no una prenda sino una hipoteca. Para reforzar esta aplicación analógica se acudió al recurso de la autonomía de la voluntad de las partes, esto es, a introducir un pacto expreso en el título de constitución de la hipoteca mediante el cual se reconocía al acreedor la facultad de proceder a la venta notarial de la finca hipotecada en caso de impago. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: «Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria», en *La venta extrajudicial del bien hipotecado* (Coord. Álvaro Núñez Iglesias), Comares, Granada, 2012. Pp. 43 y ss. Por su parte, el Reglamento Hipotecario de 1915 admitió, en su artículo 201, la procedencia del pacto de ejecución extrajudicial de la hipoteca, según el cual: «para hacer efectiva la acción hipotecaria cuando en la escritura de constitución de hipoteca se hubiese pactado un procedimiento ejecutivo extrajudicial, se observarán las reglas siguientes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1255 del Código civil». Sobre los precedentes de la venta extrajudicial ver también el estudio que realizan ROCA-SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL Y BERNÀ I XIRGO, *Derecho Hipotecario*, tomo X, Bosch, Barcelona, 2009. Pp. 468 y ss.

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 1858 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»³.

Más recientemente, hay que tener en cuenta el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos que, en su artículo 12, modifica la realización del bien inmueble cuando el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor. Asimismo, también ha introducido importantes reformas la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁴ y la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil⁵.

3. EL ACTUAL ARTÍCULO 129 LH: PRESUPUESTO PARA SU APLICACIÓN

Sin duda, es el art. 129 LH un precepto amplio, en el que se consagra el ejercicio de la acción hipotecaria por un doble sistema, judicial y venta extrajudicial. Este último se desarrolla en nuestro ordenamiento jurídico mediante subasta pública ante Notario y posterior otorgamiento de la escritura de adjudicación a favor del mayor postor o el acreedor, otorgada, bien por el deudor personalmente, o por regla general, por medio

³ La Ley de Enjuiciamiento civil introduce importantes novedades. Así, por ejemplo, en ella se sustituyen los términos «procedimiento ejecutivo extrajudicial» por «venta extrajudicial», según la mayor parte de la doctrina con el único fin de alejar cualquier duda de que no se trata de un procedimiento de ejecución. Entre otros, GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: *Venta extrajudicial ante notario del inmueble hipotecado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. P. 67.

⁴ Lejos de acabar con el procedimiento extrajudicial ante Notario, según se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, lo que se pretende es reforzar en la Ley Hipotecaria el régimen de venta extrajudicial, y ello pese a las constantes críticas que lo tachan de inconstitucional por vulnerar, como veremos seguidamente, los artículos 24 y 117 CE, entre otros. Así también, VIELA CASTRANADO, M.: «Las alteraciones normativas en la venta extrajudicial del bien hipotecado. El nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria», en *Vivienda y crisis económica* (Dir. M^ª Teresa Alonso Pérez), Aranzadi, Navarra, 2014. P. 261.

⁵ Las letras a) y f) del art. 129.2 LH se modifican por la disposición final tercera de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

del apoderado, que normalmente será el propio acreedor⁶. Sin embargo, para poder acudir al sistema de venta extrajudicial es necesario que se den una serie de presupuestos que el propio precepto detalla. Así, por ejemplo, el nuevo art. 129 LH permite el ejercicio de la acción hipotecaria solamente «para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada». De igual modo, tal y como señala el art. 129.2 c) LH «la venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114».

No obstante, y pese a que el precepto contempla otros tantos requisitos necesarios para poder aplicar el art. 129.2 LH, de entre todos ellos hay uno que es el que posteriormente nos servirá para definir nuestra postura, y que no es otro que la necesidad de haber pactado en la escritura de constitución de la hipoteca la venta extrajudicial. La norma parece clara («siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca»), pero ¿existe un pacto real entre las partes relativo a tal cuestión? ¿Hay verdadera negociación entre prestamista y prestatario? O, por el contrario ¿hablar de autonomía de la voluntad en esta materia es lo mismo que decir autonomía de la voluntad del acreedor, que es quien introduce unilateralmente esa cláusula en el contrato y se la impone al prestatario, quien no tiene más remedio que aceptarla para que el préstamo le sea concedido?

Dicho esto, y como veremos más adelante, una de las preguntas cuya respuesta lanzará algo de luz al tema que nos ocupa es determinar si realmente el deudor hipotecario autoriza expresamente al constituir la hipoteca a realizar la venta del bien en caso de impago de las cuotas correspondientes. He aquí el *quid* de la cuestión.

4. DUDAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 129 LH

Pese a que la ley 1/2013, de 14 de mayo ha fortalecido en la Ley Hipotecaria el régimen de venta extrajudicial de bienes hipotecados⁷, la sombra de la inconstitucionalidad no

⁶ VIELA CASTRANADO, M., *op. cit.*, p. 265.

⁷ Reforzar este tipo de procedimiento puede deberse principalmente a su utilidad. Que se trata de un procedimiento útil no ofrece lugar a dudas. Quizá porque no están tan sobrecargados de asuntos, los

ha desaparecido, tanto es así que se presentó un recurso de inconstitucionalidad (número 4985-2013), promovido por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados, contra la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuyo Motivo 6º alega la inconstitucionalidad del art. 3.3 de la mencionada ley, por el que se modifica el art. 129 de la Ley Hipotecaria por vulneración de los arts. 14, 24, 51.1 y 117 de la Constitución. Sin embargo, dicho recurso de inconstitucionalidad, resuelto en la STC 213/2016, de 15 de diciembre, establece lo siguiente al respecto: «Otro tanto cabe afirmar respecto al apartado 3 del art. 3, y la disposición adicional cuarta y transitorias primera, segunda y quinta y disposición final primera (en cuanto hacen referencia al procedimiento de venta extrajudicial) de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modifican el art. 129 de la Ley hipotecaria, pues este precepto se ha visto de nuevo redactado por la disposición final tercera de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, cuya entrada en vigor data del 15 de octubre de 2015. De este modo no teniendo la impugnación naturaleza competencial, la modificación de las normas tiene un efecto extintivo del recurso de inconstitucionalidad, debiendo recordarse que “el alcance de dicha modificación resulta absolutamente irrelevante a los efectos del presente recurso” (por todas, STC 223/2012, de 29 de noviembre, FJ 3)»⁸.

Ante tal panorama, y antes de profundizar en los argumentos sostenidos por doctrina y jurisprudencia tanto a favor como en contra de dicho procedimiento, conviene poner de relieve que el Tribunal Constitucional no ha entrado en el fondo del asunto, y que es precisamente por ello por lo que el debate continúa abierto⁹, máxime si tenemos en cuenta que cuando se trata de normas de rango legal postconstitucionales, solamente

notarios suelen ser más ágiles en la tramitación de los expedientes, de forma que el aliciente principal de este procedimiento es su agilidad y rapidez. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., *op. cit.*, pp. 35 y ss.

⁸ Ciertamente dicha ley modifica el art. 129.2 LH, pero solamente aspectos puntuales (letras a y f).

⁹ La STC 41/1981, de 18 de diciembre, establece que el art. 131 LH no vulnera el derecho a la defensa consagrado en el art. 24 CE, pero este artículo hace referencia al procedimiento judicial sumario y no a la venta extrajudicial del art. 129 LH, aunque dicho argumento se haya hecho extensivo a la materia objeto de nuestro estudio en más de una ocasión, y ello principalmente porque el fundamento de derecho quinto *in fine* señala, aludiendo a la venta extrajudicial, lo siguiente: «la ausencia de cognición parece tan esencial a la ejecución hipotecaria, que se halla presente por imperativo legal en la ejecución extrajudicial ante Notario». Por su parte, la sección sexta de la Audiencia Provincial de Valencia elevó al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad 1919/1999, que fue resuelta por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 224/2006, de 6 de julio. Sin embargo, en ella inadmite la cuestión al considerar que «no se somete al conocimiento de este Tribunal una duda razonada sobre la posible inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 129 LH».

el Tribunal Constitucional puede apreciar su posible inconstitucionalidad¹⁰, no siendo viable que un órgano de la jurisdicción ordinaria, aunque sea el Tribunal Supremo, declare la nulidad de un procedimiento por entender que una norma legal es inconstitucional. En tales casos, como mucho, podrá plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, ya que la apreciación de que una norma de rango legal posterior a la Constitución es contraria a la misma compete en exclusiva al Tribunal Constitucional¹¹.

4.1. *Argumentos en contra de la constitucionalidad del art. 129 LH*

Aquellos que se muestran contrarios a la constitucionalidad del procedimiento alegan numerosos motivos, entre ellos, la ausencia de control judicial, la no presencia de abogado y procurador en dicho procedimiento, el hecho de que estuviera regulado reglamentariamente y no legalmente, y un sinnúmero de argumentos que pasamos seguidamente a enumerar de forma concreta, no sin antes señalar que, en la jurisprudencia, es la STS de 4 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3464) la que, con mayor énfasis, se muestra partidaria de la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del art. 129 LH¹².

- Vulneración del art. 117. 3 de la Constitución, según el cual «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento

¹⁰ Si se trata de normas legales preconstitucionales, opera, por el contrario, la disposición derogatoria 3.ª de la Constitución que declara, de modo general, derogadas todas las normas anteriores a la Constitución siempre que la contradigan. Esta derogación por inconstitucionalidad sobrevenida es apreciable por cualquier Juez que conozca del asunto en que pudiera tener aplicación la norma en cuestión, pero con una eficacia limitada a la decisión del pleito en cuestión. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., *op. cit.*, p. 55. Asimismo la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en Resoluciones de 28 de mayo de 2001, 24 de marzo de 2003, 13 de febrero de 2004 y 29 de diciembre de 2005 declaró lo siguiente: «si bien se reconoce a los Jueces y Tribunales la facultad de declarar inaplicable una norma preconstitucional por considerarla derogada por la Constitución, lo cierto es que sólo las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley tienen la virtualidad de expulsar del ordenamiento jurídico dicha norma de modo que no pueda ser aplicada en lo sucesivo».

¹¹ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., *op. cit.*, p. 57.

¹² Se debe poner de manifiesto que en 1998, fecha de la citada sentencia, el art. 129 LH contenía una redacción distinta a la actual.

que las mismas establezcan». Así lo declaró, entre otras, la STS de 4 de mayo de 1998¹³ en la que se sostiene que la ejecución es una función atribuida exclusivamente a la jurisdicción¹⁴. Según la sentencia, la jurisdicción comprende dos manifestaciones: la declarativa, que se conduce por el proceso de declaración, y la ejecutiva, por el proceso de ejecución. Y ambas se desarrollan en el único marco posible del Poder Judicial, el cual se caracteriza por ser un poder independiente, inamovible, responsable y sometido únicamente al imperio de la Ley. Sin embargo, algunos de estos rasgos, que definen con rango constitucional a Jueces y Magistrados, no son predicables de los Notarios, por lo que la función notarial no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional¹⁵. A esto se añade que no debe ponerse en cuestión que el procedimiento de ejecución extrajudicial tiene naturaleza de ejecución, al no cumplir el deudor la obligación de pago voluntariamente, de modo que aquella ejecución forzosa o venta extrajudicial supone coacción sobre el ejecutado¹⁶.

- Vulneración del art. 24 de la Constitución según el cual «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda

¹³ Pueden verse los comentarios a esta Sentencia en GASCÓN INCHAUSTI, F. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1998-1309. Pp. 1157 y ss. La doctrina contenida en la STS de 4 de mayo de 1998 ha sido ratificada en las STS de 30 de enero de 1999; 20 de abril de 1999; 13 de diciembre de 2005; 10 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6486), 14 de julio de 2008 (RJ 2008, 3364) y 25 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3041). Debe indicarse que la totalidad de estas sentencias declaran la nulidad de la venta extrajudicial realizada antes de la entrada en vigor de la LEC, que dio una nueva redacción al artículo 129 de la Ley Hipotecaria. Entre la jurisprudencia menor, sigue el mismo criterio, entre otras, la SAP de las Palmas de 9 de octubre de 2000 (JUR 2001, 108416).

¹⁴ En el Fundamento de Derecho séptimo, dijo el Tribunal Supremo: «La función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los Jueces y Tribunales integrantes del «Poder Judicial» directriz que, además, se asienta, como explica la doctrina científica en una arraigada línea histórica española que, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, no contempla la existencia de órganos de la ejecución autónomos, diferentes del Juez, línea reforzada por el señalado precepto de la Constitución Española y los concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según explicita, además, entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 167/1987, de 28 octubre (RTC 1987\167), al declarar que *la titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117-3*».

¹⁵ MOLINS GARCÍA-ATANC, M. Y ORIA DE RUEDA Y ELÍA, G.A.: «Algunas consideraciones doctrinales sobre el procedimiento extrajudicial hipotecario», en *Actualidad civil*, nº 19-20, noviembre 2012. P. 1691.

¹⁶ Sobre tal cuestión, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: «El principio de legalidad procesal y la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Diario La Ley*, nº 5361, viernes 27 de julio de 2001.

producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia». El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de abril de 1999 dejó sentado que «el citado procedimiento extrajudicial se opone, desde la perspectiva de su legitimidad preconstitucional al art. 24 de la Constitución Española» y, en sentencia de 4 de mayo de 1998, en relación a la posibilidad de acudir a un declarativo posterior, –como argumento que invalidaría la violación del precepto constitucional comentado–, señaló lo siguiente: «el derecho a la jurisdicción (artículo 24), garantiza el libre acceso que no puede ser entorpecido u obstaculizado sino por causa fundada en ley siempre que razonablemente no impida o cercene el ejercicio de este último. Pero, sobre todo, lo que no puede confundirse es el derecho a oponerse a la ejecución por causas limitadas o taxativas que forman parte integrante del derecho de acción en su vertiente pasiva, con el reconocimiento de un derecho, al parecer *ex novo* a plantear un juicio declarativo de oposición que agrava la posición del ejecutado o de los terceros, aún más que en la ejecución judicial de la hipoteca que autoriza el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, dado que en éste las causas de oposición admitidas, tienen mayor amplitud, con lo cual se produce la paradoja de que una ejecución ni siquiera garantizada por su naturaleza jurisdiccional (y, por ello, inconstitucional) resulta más gravosa y perjudicial para el ejecutado que la judicial».

En la doctrina, señalan los partidarios de considerar que el art. 129. 2 LH vulnera este precepto constitucional, que se priva al ciudadano del derecho más básico y esencial, el de acceder a un proceso ordenado bajo la jurisdicción de un Juez o Tribunal y con todas las garantías. El derecho a la tutela judicial efectiva presupone el derecho al proceso, y solamente en él existe¹⁷. «La supresión del proceso, en aquella materia en que por su naturaleza está sujeta al mismo,

¹⁷ Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (STC de 19 de octubre de 1992; 18 de mayo de 1993 y 3 de abril de 1995).

determina ya la indefensión»¹⁸. Para terminar, el recurso de inconstitucionalidad (número 4985-2013), promovido por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados al que antes se ha hecho referencia señala que «el ejercicio de los derechos reconocidos a los consumidores deviene excesivamente difícil para aquellos deudores incursos en un procedimiento de venta extrajudicial, cuya determinación de cláusulas abusivas depende de las consideraciones del Notario, situación incompatible con el art. 24 CE». Además, «la integración del título ejecutivo mediante una determinación unilateral del saldo deudor por la parte acreedora en aquellos casos en que el importe líquido de la deuda no resulta directamente de la escritura de constitución de la hipoteca causa una grave indefensión al no existir cauce de oposición».

Por último, se entiende asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por no estar previsto en el seno del procedimiento de venta extrajudicial que el consumidor pueda solicitar asistencia jurídica gratuita.

- Vulneración del art. 9 de la Constitución española, que consagra el principio de legalidad y jerarquía normativa. Al respecto, la STS de 14 de julio de 2008 pone de manifiesto que las normas que regulan un proceso de ejecución deben respetar el principio de «reserva de ley» que el art. 9 CE, en relación con el art. 117.3 CE, prevé para las normas de competencia y procedimiento. En tal sentido, declara la sentencia que «las normas procesales civiles –y éstas materialmente lo son en cuanto al objeto que regulan– reclaman, formalmente, que consten en leyes (o normas equivalentes), según se desprende de lo establecido en el precepto constitucional que se cita y en el artículo 149.1.6.º, también, de la Constitución Española, de modo que las normas reglamentarias de carácter procesal no pueden aplicarse»¹⁹.

¹⁸ MOLINS GARCÍA-ATANC, M. Y ORIA DE RUEDA Y ELÍA, G.A., *op. cit.*, p. 1966.

¹⁹ Sigue este mismo razonamiento la SAP de Barcelona de 11 de febrero de 2002. En la doctrina comparten esta misma posición MONTERO AROCA, J.: «Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada. La constitucionalidad de algunas tutelas judiciales efectivas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 633, 1996. Pp. 264 y ss. ROBLEDO VILLAR, A.: «La inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (a propósito de la STS, Sala 1ª, de 4 de mayo de 1998 y sus repercusiones en la realización forzosa de bienes)», en *Revista General del Derecho*, 1999. Pp. 3593 y ss.

- Vulneración del art. 14 de la Constitución, según el cual «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Al respecto, señala el recurso de inconstitucionalidad (número 4985-2013), promovido por el Grupo Parlamentario Socialista que «los deudores sobre los que se tramita una ejecución o venta extrajudicial gozan de menos garantías procesales²⁰ frente a aquellos sometidos a un procedimiento judicial, produciéndose una desigualdad ante la aplicación de la ley no justificada o arbitraria [...], con infracción evidente del artículo 14 CE».
- Vulneración del art. 51 de la Constitución, en el que se establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios. Se pone de manifiesto en el recurso de inconstitucionalidad que «la protección a consumidores, para ser efectiva, exige que el Juez pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, restableciendo el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional». (Sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013, apartado 46; caso *Pannon GSM*, apartados 31 y 32, y caso *Banco Español de Crédito*, apartados 42 y 43). Sin embargo, con la regulación actual del art. 129. 2 LH, como se sabe, el Juez no puede apreciar de oficio la abusividad de la cláusula, sino que es el Notario quien, si considera que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible tiene carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento del deudor, del acreedor y en su caso, del avalista e hipotecante no deudor. Solamente si alguno de ellos, sea por iniciativa del Notario o a instancia propia, acredita haber planteado ante el Juez

²⁰ Tal y como sostiene la SAP de las Islas Baleares de 12 de mayo de 2014 (JUR 2014, 169240), «Es un hecho evidente que, entre los cuatro procedimientos regulados en la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), todos ellos expuestos en la escritura pública de constitución del préstamo hipotecario: ordinario, ejecutivo dinerario, ejecución hipotecaria, y venta extrajudicial ante Notario, el último de ellos es el único que precisa de un pacto expreso para que el acreedor pueda acudir al mismo en caso de impago, y de los mismos es el que menos garantías de contradicción presenta para el deudor, tanto en los motivos de la oposición, como en la facultad de su suspensión por alegaciones de posibles cláusulas abusivas, siendo obvio que ambas restricciones son motivadas por la fuerza del título de ejecución motivado en la existencia de una garantía hipotecaria sobre el bien inmueble objeto de ejecución».

competente el carácter abusivo de una cláusula, el Notario suspende la venta extrajudicial.

- Otro argumento, aunque de menor peso, se indica en el Fundamento de Derecho tercero de la STS de 4 de mayo de 1998, en el que se dice que «el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, carece de tradición en España, antes de la promulgación del Código Civil e incluso posteriormente, pues había prevalecido, frente a una concepción de inspiración romana, favorecedora de la venta privada de la cosa pignorada, como facultad del acreedor, la tendencia germánica, recogida en el «Fuero Juzgo», que propiciaba, en todo caso, la ejecución judicial»²¹.

4.2. Argumentos a favor de considerar el art. 129 LH un precepto constitucional

Si bien los razonamientos que se inclinan a considerar el precepto que nos ocupa como inconstitucional no son débiles en absoluto, –máxime si tenemos en cuenta que descansan en un ataque directo a la Constitución–, no son menos convincentes las razones que dan algunos autores²² para demostrar lo contrario: que el art. 129.2 LH es, sin matices, un precepto acorde a la Constitución. En la jurisprudencia, se muestra partidaria de esta postura la SAP de Sevilla de 18 de diciembre de 2000 (AC 2001, 146)²³. Entre los argumentos más poderosos para defender tal posición se encuentran los que siguen:

²¹ En el mismo sentido, continúa el Fundamento de Derecho cuarto señalando que «hoy, en día, resulta difícil de compartir, con una mentalidad jurídica actual, concorde con la evolución científica, y sobre todo social, los argumentos que sirvieron de justificación a la equiparación de la facultad concedida al acreedor prendario, con la establecida, por analogía, para el acreedor hipotecario».

²² Entre otros, son partidarios de su constitucionalidad BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Pp. 446 y ss.; CABALLOL ANGELATS, L.: «Consideraciones sobre la exclusividad de la potestad de ejecutar, con motivo de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, sobre el proceso notarial de realización hipotecaria», en *La Ley*, nº 4823, 22 de junio de 1999; DÍAZ FRAILE, J.M.: «El procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 635, 1996. Pp. 1346 y ss.; DÍAZ MORENO, A.: «El alcance de la doctrina de la Sala 1ª del TS ante el «Procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 3, 1999-2. Pp. 135 y ss. RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «El ejercicio extrajudicial de su *ius distrahendi* por el acreedor hipotecario», en *Revista Jurídica del Notariado*, Julio-septiembre 1997. Pp. 165 y ss.

²³ Así también la SAP de Tarragona de 9 de octubre de 2001 (AC 2002, 840); SAP de Málaga de 17 de febrero de 2005 (AC 2005, 1116) y de 30 de abril de 2012 (AC 2012, 985).

- El art. 117.3 de la Constitución no se vulnera. Para unos porque la ejecución no es una actividad necesariamente jurisdiccional; para otros porque el procedimiento extrajudicial no es un proceso de ejecución. Vayamos por partes. En cuanto a lo primero, señala GASCÓN INCHAUSTI que no es imprescindible que la ejecución esté en manos de los jueces y, en todo caso, para preservar los derechos de los justiciables bastaría con una supervisión genérica de la actividad ejecutiva por parte de los órganos jurisdiccionales, supervisión que se da en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria²⁴. Además, continúa diciendo este autor que si tomamos al pie de la letra el art. 117.3 de la CE, resultaría que el ámbito que constitucionalmente requiere siempre de la jurisdicción es la declaración, y no la ejecución ya que todo *juzgar* corresponde a los Jueces y Tribunales, pero *ejecutar*, sólo lo juzgado²⁵. Con el fin de defender la misma postura, FAJARDO LÓPEZ desarrolla tres ejemplos en los que se demuestra que el monopolio de la ejecución no corresponde, de modo exclusivo, al Poder Judicial: la vía de apremio en materia fiscal, la expropiación forzosa y la ejecución de las garantías prendarias²⁶. Comparte asimismo esta opinión SANTAOLALLA LÓPEZ, para quien tampoco la actividad ejecutiva tiene que corresponder necesariamente a los jueces, de forma que «los particulares son también partícipes en la función jurisdiccional, como lo son en la legislativa y en la ejecutiva»²⁷. Además, sigue señalando este autor que lo que realmente pretende el art. 117.3 CE no es más que dar efectividad al principio de la división de poderes que a su vez, lo que busca es evitar una vuelta al absolutismo por la vía de la acumulación de funciones tan decisivas y heterogéneas en un mismo órgano estatal. «En concreto, la reserva

²⁴ En este sentido, el Reglamento Hipotecario remite, a través del art. 132 LH, al juicio declarativo que corresponda.

²⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, pp. 1165 y ss.

²⁶ «Inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 4, año 2000. Pp. 343 y ss.

²⁷ Así, no solamente el Estado dicta actos legislativos. Sin ir más lejos, el artículo 1091 del Código civil señala que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes [...]». De la misma forma los particulares participan en la función ejecutiva, de modo que los ciudadanos ejecutan las leyes cuando cumplen, por ejemplo, con sus obligaciones tributarias. Por último, también es posible el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los particulares, como ocurre con el arbitraje. «Jurisdicción y ejecución extrajudicial», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 648, 1998. Pp. 1676 y ss.

jurisdiccional opera básicamente frente a los poderes legislativo y ejecutivo y no frente a los particulares»²⁸.

En cuanto a lo segundo, se dice que la venta extrajudicial no implica el ejercicio de ningún acto de coerción por parte del Notario²⁹, siendo consecuencia del pacto entre las partes, de forma que el procedimiento de venta extrajudicial no es un proceso de ejecución³⁰. En este sentido, la Dirección General de los

²⁸ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 1684. Por su parte, la SAP de Tarragona de 9 de octubre de 2001 (AC, 2002, 840), hace referencia en su Fundamento Jurídico tercero a tal cuestión y trae a colación que hay un sector doctrinal que, crítico con la STS de 4 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3464), señala que la Sala Primera hace un entendimiento absoluto del principio de exclusividad, al manifestar que una potestad materialmente jurisdiccional no puede ser en ningún caso atribuida o ejercitada por órganos no judiciales. Sostiene en contra esta doctrina que no está prohibido que órganos no jurisdiccionales ejerzan potestades jurisdiccionales, «pues, lo que el principio constitucional prohíbe, es que ese ejercicio de potestades jurisdiccionales por órganos no judiciales se haga sin que ulteriormente quepa algún tipo de control. Se ponen como ejemplos: el arbitraje, el exequátur o la autotutela administrativa».

²⁹ PÉREZ DAUDÍ, V.: «La defensa del deudor hipotecario en la venta extrajudicial», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 130, abril-junio 2013. P. 93. El notario no realiza ningún acto de coerción, lleva a cabo una actividad no jurisdiccional, por lo que no es incompatible con el art. 117.3 CE. Además, este argumento lo refuerza la propia LEC, al establecer el art. 641 de la misma que «el bien lo realice persona especializada y concedora del mercado en que se compran y venden esos bienes» y que «el bien se enajene por medio de entidad especializada pública o privada». Lo mismo se señala en la SAP de Sevilla de 18 de diciembre de 2000, cuando se dice en el Fundamento Jurídico séptimo lo siguiente: «es precisamente el uso de este elemento coercitivo el que es exclusivo de la potestad jurisdiccional porque en un Estado de Derecho el uso de la coerción corresponde únicamente a los Tribunales en cuanto sólo ellos tienen encomendado el ejercicio de la soberanía para conseguir este fin, y sólo la soberanía habilita para realizar actos de coerción. Estos pueden ser actos de coerción física y jurídica. Los primeros son los que se dirigen a conseguir un objetivo mediante su realización material. Los de coerción jurídica son los que, junto al efecto material de su realización, crean, modifican o extinguen un vínculo jurídico para el ejecutado, sin que el obligado intervenga en su generación (por ejemplo, el auto de adjudicación del bien subastado). Así pues, la exclusividad de la potestad de ejecutar del artículo 117-3 de la CE significa que ningún sujeto privado puede hacer uso de la coerción para obtener la satisfacción de lo debido y que su ejercicio con finalidad ejecutiva es lo que debe considerarse atribuido con carácter exclusivo a los Tribunales». Seguidamente, en el Fundamento Jurídico octavo señala: «el Notario realiza únicamente funciones de fedatario público, pues la escritura de venta se otorgará, en su caso, contando siempre con la participación jurídica del hipotecante».

³⁰ Por su parte, la SAP de Tarragona de 9 de octubre de 2001 (AC, 2002, 840), señala en su Fundamento Jurídico tercero algunas de las razones que esgrime la doctrina para considerar que el procedimiento de venta extrajudicial tiene naturaleza privada. Así, se invoca en defensa de la naturaleza de ejecución privada que: «son normas aceptadas por las partes, ya que se precisa un pacto especial para poder seguirse ese procedimiento; que son normas reguladas por el Gobierno y publicadas en el Boletín Oficial, o sea, que no son normas hechas por el acreedor y en interés del mismo; que están controladas por un Notario, que es el funcionario al que le corresponde por la Ley el control de la legalidad en la jurisdicción voluntaria; que la función del Notario es asegurar el exacto e íntegro cumplimiento de las normas, sin que quepa una interpretación de las mismas, ya que su actividad está reglada, y no puede hacer nada más que seguir los trámites en la forma que consta en el Reglamento; que esos trámites se recogen en un acta, que es una mezcla de notificaciones, presencia y manifestaciones; que es similar al caso de las actas de notoriedad de declaración sobre titularidades sobre las aguas, o de declaraciones de herederos

Registros y del Notariado, en la Resolución 1/2005, de 29 de diciembre (RJ 2006\744) afirma que «se trata de una enajenación extrajudicial del inmueble hipotecado basada en un pacto inscrito cuya validez se presume mientras no recaiga la correspondiente declaración judicial en contrario». En definitiva, «el deudor hipotecario autoriza al constituir la hipoteca a que la venta del bien hipotecado se enajene por tercero en caso de impago de las cuotas correspondientes. Es decir, le autoriza expresamente a realizar la venta del bien para el pago de la deuda»³¹.

- El artículo 24 de la Constitución tampoco se vulnera. Para un amplio sector doctrinal, la ausencia de fase de cognición unida a la no suspensión por una posible oposición judicial no supone una vulneración del derecho fundamental a la defensa judicial. Para sostener tal postura se acude a lo que dice al respecto el Tribunal Constitucional sobre el procedimiento judicial sumario contenido en el art. 131 LH y que presenta, básicamente, las mismas características que el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial, previsto en el art. 129 del

"ab intestato", o que el procedimiento regulado en el artículo 1872 del Código Civil; que los terceros tienen conocimiento de la situación porque figura en el Registro de la Propiedad la nota del Registro de haberse iniciado el expediente; que de hecho, la regulación reglamentaria es muy parecida a la del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y ésta ha sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional, al igual que por la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado también constitucional el Procedimiento Extrajudicial; que la práctica ha demostrado que han funcionado bien (economía de gastos y ahorro de tiempo) los escasos procedimientos que se han hecho; que el volumen de impagados en España es abrumador, sin que puedan los Juzgados solucionarlo por falta de medios, con lo que se están perjudicando el derecho de muchos ciudadanos a ejecutar sus derechos, por lo que cabe preguntarse si los derechos de los deudores son más dignos de protección que los de los acreedores; y que el Notario no juzga; sin que se limite a aplicar las normas, y en el momento en que surge la contención entre las partes, en la forma recogida por el Decreto, cesa su actuación y el procedimiento pasa a los Tribunales».

³¹ PÉREZ DAUDÍ, V., *op. cit.*, p. 94. Siguen el mismo criterio CORRAL GARCÍA, E.: «La constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución de la hipoteca y el nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 40, octubre-diciembre 2001. Pp. 340 y 341; FAJARDO LÓPEZ, L., *op. cit.*, p. 340 y GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, pp. 1167 y ss., quien señala que «el procedimiento extrajudicial tiene su origen en un acuerdo de voluntades [...]. Es posible, no obstante, que, a pesar del consentimiento inicial, el procedimiento hipotecario pueda tener que llevarse a efecto contra la voluntad del deudor que no ha pagado [...]. Pero no es precisa la voluntad del Estado para solventar su resistencia, pues la simple voluntad de las partes ha dispuesto todos los mecanismos para hacer innecesaria esa intervención. Y ello porque [...]: a) el propio deudor ha pactado voluntariamente el recurso a este procedimiento [...] y b) él mismo ha apoderado a otra persona para que, dado el caso, otorgue en su nombre y representación la escritura de venta de la finca en subasta. Por su parte, para GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, la venta extrajudicial por medio de Notario constituye un acto de jurisdicción voluntaria, en los términos del art. 1811 de la LEC de 1881, de modo que el acreedor no ejercita ninguna acción, sino que utiliza el *ius distrahendi* que atribuye al acreedor la facultad de instar la venta del bien gravado, y el Notario se limita a controlar la legalidad de la misma. *op. cit.*, p. 64.

mismo texto legal. Así, la doctrina del Tribunal Constitucional es clara, siendo un buen ejemplo de la misma la STS 158/1997, de 2 de octubre, en sus Fundamentos Jurídicos segundo y tercero³². De modo que, aunque ciertamente se elimina la fase de cognición y es un procedimiento sumario, ambos componentes no hacen tambalear el derecho reconocido en el art. 24 CE, ya que, tal y como señala la sentencia comentada, haciendo alusión a la STC 41/1981 dictada por el Pleno «la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud». «El hecho de que el procedimiento de ejecución sumaria se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte inconstitucional por ser contrario al art. 24 de la Constitución». Al contrario, «lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario, el deudor y el titular de la finca no quedan indefensos ni privados de tutela. La posibilidad de plantear en un juicio posterior las cuestiones excluidas de éste permite afirmar, según aquella doctrina, que no se produce indefensión con alcance constitucional»³³.

En la doctrina, para autores como BLASCO GASCÓ, también debería aplicarse la citada doctrina acerca de la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria al procedimiento extrajudicial, ya que en ambos casos existe la posibilidad de acudir al correspondiente procedimiento

³² En numerosas sentencias abarca el Tribunal Constitucional la problemática jurídico-constitucional del procedimiento judicial sumario, entre ellas, STS 174/1997, de 27 de octubre; 223/1997, de 4 de diciembre; 52/1998, de 3 de marzo y 222/1999, de 29 de noviembre.

³³ Por su parte, la SAP de Sevilla de 18 de diciembre de 2000, señala al respecto lo que sigue: «precisamente por la posibilidad de acudir al juicio declarativo en defensa de los derechos del deudor hipotecario, el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha afirmado que la limitación de controversias y demás particularidades del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria no vulnera el derecho a la defensa que contiene el artículo 24 de la CE (vgr. Sentencia de 30 de junio de 1993 [RTC 1993, 217]) Y la remisión que el artículo 236-o del RH hace a los cinco últimos párrafos del artículo 132 de la LH, en cuanto sean de aplicación, ha de conducirnos a la misma conclusión de que este Procedimiento de ejecución notarial tampoco entorpece ni obstaculiza el derecho de defensa, porque deja libre la vía jurisdiccional para conocer de las reclamaciones que puedan formular el deudor y los terceros poseedores a través del correspondiente juicio declarativo, con lo que no se veda a la exclusiva potestad de los Tribunales el enjuiciamiento de cuantos motivos de oposición tengan los interesados».

declarativo, que proporciona un instrumento de defensa general tanto a las partes como a todos los interesados³⁴. En definitiva, el procedimiento hipotecario ejecutivo notarial puede ser revisado por los tribunales ordinarios en caso de observarse cualquier vicio jurídico, demostrándose así que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución permanece indemne³⁵.

- No existe vulneración del art. 9 de la Constitución. Según el Fundamento Jurídico noveno de la SAP de Sevilla de 18 de diciembre de 2000 «la regulación por vía reglamentaria del procedimiento notarial de realización hipotecaria, entiende la Sala que no vulnera el principio de legalidad. El artículo 117-3 de la CE establece que la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se hará por los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. Pues bien, esta reserva de ley hay que entenderla referida a los procedimientos judiciales a través de los cuales se ejercite la función de juzgar o de ejecutar lo juzgado, pero no a los procedimientos extrajudiciales, como el de ejecución hipotecaria por medio de Notario. Si, como hemos dicho, entendemos compatible con la Constitución la norma legal que permite a las partes que pacten un medio alternativo de ejecución para hacer efectiva la acción hipotecaria, porque no infringe la exclusividad de la potestad jurisdiccional de ejecutar lo juzgado en tanto no contiene actos de coerción que son exclusivos de los órganos jurisdiccionales, el desarrollo y regulación de ese procedimiento extrajudicial puede hacerse por vía reglamentaria sin quebrar ninguna norma constitucional. Y ello porque no se trata de un verdadero proceso de ejecución sino de una forma alternativa convenida por las partes para obtener la satisfacción de lo debido que no contiene el recurso a la coerción, auténtica esencia de la

³⁴ Además, como sigue diciendo este autor, «no se trata de hacer valer el derecho del acreedor hipotecario contra algún derecho fundamental del deudor ejecutado sino de que, salvaguardados los derechos fundamentales del deudor, se respete el derecho a la tutela judicial efectiva de que también goza el acreedor hipotecario». BLASCO GASCÓ, F., *op. cit.*, p. 459. También es de esta opinión, entre otros, ROCA SASTRE, R., en *Derecho Hipotecario. Hipotecas. Ejecución hipotecaria*, Tomo IX, octava Edición, Bosch, Barcelona, 1998. Pp. 481 y ss.

³⁵ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 1681.

ejecución, por lo que no puede considerársele una actuación ejecutiva en sentido estricto»³⁶.

- Tampoco existe vulneración del art. 14 de la Constitución. La razón en la que se basan los partidarios de considerar que tal precepto constitucional no se vulnera es clara: no existe tal desigualdad arbitraria e injustificada, ya que los deudores hipotecarios que se someten al proceso de venta extrajudicial lo hacen, *en principio*, porque así ellos lo han querido, y por ese motivo lo han pactado en la escritura de constitución de la hipoteca³⁷.
- El art. 51 de la Constitución tampoco se infringe. Ciertamente los poderes públicos deben garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, pero puede entenderse garantizada con lo previsto en el art. 129.2 f) LH en el que se señala no solamente que el Notario debe poner en conocimiento del deudor, del acreedor, del avalista y del hipotecante no deudor la posible existencia de una cláusula abusiva, sino que además deberá suspender la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales³⁸.

³⁶ Comparten en la doctrina esta opinión FAJARDO LÓPEZ, L., *op. cit.*, p. 342 y ROCA SASTRE, R., *op. cit.*, pp. 485 y ss.

³⁷ Para MONTERO AROCA se puede entender vulnerado el art. 14 CE pero por otro motivo bien distinto, que nada tiene que ver con que los deudores sobre los que se tramita una ejecución o venta extrajudicial gozan de menos garantías procesales frente a aquellos sometidos a un procedimiento judicial. Así, según este autor, existen títulos contractuales que, al tener fuerza ejecutiva, dan lugar a tutelas judiciales privilegiadas ya que permiten a un documento público acudir directamente al proceso de ejecución sin necesidad de recorrer antes el camino del proceso declarativo como ocurre con otro tipo de créditos. La desigualdad vendría dada, no por la condición personal del acreedor o del deudor ni por la naturaleza del crédito sino por las garantías de autenticidad que ofrece el documento mismo. *op. cit.*, p. 260.

³⁸ Se le atribuye al notario la facultad de poner en conocimiento de los afectados por la ejecución (incluyendo al avalista e hipotecante no deudor) la posible existencia de cláusulas abusivas. Esta regulación está inspirada en la STJUE de 14 de marzo de 2013. El notario no suspende el procedimiento, sino que pone en conocimiento de las partes la existencia de posibles cláusulas abusivas, y son ellas las que deben plantear el correspondiente procedimiento judicial, pidiendo o no la suspensión de la venta extrajudicial. Si finalmente se inicia el proceso de abusividad de dichas cláusulas ante el Juez de primera instancia, el notario si suspenderá el procedimiento. Solamente si la cláusula abusiva no determina la ejecución, el notario podrá proseguir la venta a instancia del acreedor. Concluyendo, sea por iniciativa del notario o a instancia propia, las partes pueden solicitar la suspensión del procedimiento de venta extrajudicial, cuando se acredite al mismo haber planteado el correspondiente procedimiento sobre el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales que constituyan el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible. VIELA CASTRANADO, *op. cit.*, pp. 300 y ss.

- El procedimiento de venta extrajudicial guarda una gran similitud con el arbitraje y nadie duda acerca de la constitucionalidad de éste último. Este argumento debe interpretarse en relación con el art. 117.3 CE y lo que sostienen los que lo proclaman es lo siguiente: si el juzgar y la ejecución de lo juzgado corresponde, de modo exclusivo, al Poder Judicial, la misma inconstitucionalidad hay que reconocer en el arbitraje, ya que decide quien no es Juez, sino árbitro³⁹. Tanto en el caso que se analiza como en el arbitraje basta con un acuerdo inicial de voluntades para que, después, ese acuerdo pueda desplegar sus efectos con independencia de que el demandado pretenda apartarse de esa voluntad inicial⁴⁰.

Aparte de lo dicho hasta ahora, algunos autores también hacen hincapié en que debiera haber unidad de criterio entre las distintas salas del Tribunal Supremo, esto es, debiera existir vinculación de la Sala 1.ª de lo Civil con las doctrinas de otras Salas. De este modo, llama poderosamente la atención que, siendo la *ratio decidendi* la misma en todas las resoluciones, la cuestión de constitucionalidad del procedimiento extrajudicial objeto de la sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil sea distinta de la que fue objeto de las resoluciones de la Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo⁴¹.

³⁹ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 1675.

⁴⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, pp. 1170. Del mismo modo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo de 2001, cuando señala que «si se admite que la actividad de declaración de derechos puede apartarse del ámbito judicial por el convenio de las partes que la someten a arbitraje, con mayor razón hay que predicar la validez de esa exclusión de la jurisdicción cuando los propios interesados acuerdan voluntariamente la realización de un derecho privado como la hipoteca mediante la enajenación del inmueble a través de un procedimiento cuya dirección se encomienda en nuestro ordenamiento a un funcionario público que auténtica hechos y formula juicios de los que, según la norma, deriva la consecuencia jurídica de la adquisición del dominio al rematante y 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». La STS de 4 de mayo de 1998 es contraria a este planteamiento, cuando en su Fundamento Jurídico 4º señala lo que sigue: «el argumento utilizado, en otras ocasiones de subrayar su semejanza con la institución del arbitraje es abiertamente equivocado, dado que, así como la potestad de decidir el Derecho, o sea, de establecer la certeza del derecho puede remitirse, por voluntad de las partes, al juicio de árbitros, la ejecución del laudo es función atribuida, exclusivamente, a la jurisdicción».

⁴¹ Las STS (Sala tercera) de 16 y 23 de octubre de 1995 desestimaron los recursos y declararon la plena constitucionalidad del procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecaria. En la primera de ellas se afirma lo siguiente: «El procedimiento ejecutivo extrajudicial tampoco vulnera el artículo 117 de la Constitución, que atribuye exclusivamente a los Juzgados y Tribunales la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, porque el objeto de este procedimiento es ejecutar ante Notario un derecho de hipoteca de origen contractual, no una resolución judicial, extrajudicialidad del procedimiento que se encuentra reconocida, previo acuerdo de las partes, en el párrafo 2.º del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, lo que impide que pueda entenderse que existe infracción del derecho al Juez ordinario

4.3. Nuestra opinión: a favor de la constitucionalidad

Expuestos los argumentos en uno y otro sentido, conviene en este punto tomar posición y decantarnos por considerar el art. 129.2 LH un precepto constitucional.

A nuestro parecer, se trata de un artículo que respeta en todo momento los límites que la Constitución impone y que no vulnera ninguno de sus preceptos, de modo que, sin perjuicio de volver a traer a colación los argumentos que han llevado a la doctrina a defender la constitucionalidad del art. 129.2, nos ceñiremos en este apartado a resaltar aquello que consideramos más interesante para la defensa de nuestra posición.

En primer lugar, se ha de decir que el peso en el que recae la crítica a la constitucionalidad del precepto se ciñe a la *posible* vulneración de los arts. 24 y 117. 3 CE, aun cuando hay quienes esgrimen argumentos dirigidos a evidenciar la infracción de otros tantos preceptos constitucionales, estos son, el art. 9, 14 y 51 CE. A nuestro parecer, como se ha dicho, no se infringen ninguna de estas normas.

- No se debe considerar infringido el art. 9 CE porque, además de lo que se ha dicho anteriormente, en la actualidad, el vigente art. 129.2 LH es mucho más detallado y completo que en tiempos anteriores y, aunque aún hoy el art. 129.2 e) LH contiene una remisión al desarrollo reglamentario de aspectos sobre todo procedimentales, ese mayor detalle en la ley debe servir para considerar que no se vulnera el principio de legalidad. En definitiva, que el procedimiento se encuentre regulado en normas de carácter reglamentario –algo que puede

predeterminado por la ley, al ser válida la tramitación ante Notario derivada de pacto expreso (en forma análoga a lo que se produce en la institución del arbitraje), quedando en todo caso expedito el juicio declarativo ordinario». Sin embargo, al respecto, la STS de 4 de mayo de 1998 declara, en su Fundamento Jurídico 5º: «No ignoramos que, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y, concretamente, en este Alto Tribunal han recaído resoluciones que aceptan la constitucionalidad y legalidad del procedimiento extrajudicial hipotecario, aunque alguna como el Auto de 4 abril 1995 (RJ 1995\3002), decida la inadmisibilidad por inadecuación de procedimiento, esto es, no entra en el conocimiento de las pretensiones de fondo. No obstante, estas resoluciones que, pertenecen a otro orden jurisdiccional, pese al valor ilustrativo que tienen y que obligan a la ponderación de sus razonamientos, dada su procedencia, no constituyen jurisprudencia para esta Sala de lo Civil, ni, por ello, la vinculan en sus decisiones. Son estas las Sentencias de 16 y 23 octubre 1995 (RJ 1995\7064 y RJ 1995\8123), respectivamente, que, desde luego, responden a la resolución de cuestiones diversas del caso ante esta jurisdicción civil planteado».

entenderse subsanado en la redacción actual del art. 129.2 LH– es un problema secundario que se resolvería con aprobar dichas normas en una ley.

- Las razones que llevan a defender la vulneración del art. 14 CE no nos parecen razones de peso, en el sentido de que la desigualdad se daría si dentro de los procesos de venta extrajudicial se apreciaran particularidades distintas según los sujetos que acuden a él, pero no es el caso, de forma que se debe tratar lo igual de igual manera, pero lo distinto, de manera distinta. Obviamente que el procedimiento de venta judicial no tiene las mismas características ni garantías procesales que el procedimiento de venta extrajudicial, pero es que si las tuviera estaríamos ante el mismo procedimiento. Y lo más importante: la diferencia de trato que se le da al ejecutado dependiendo de si acude a la vía judicial o a la extrajudicial se justifica desde el momento en que la elección de uno u otro procedimiento no corresponde unilateralmente al acreedor ejecutante, sino que descansa en la voluntad del ejecutado. Dado que el art. 129 LH exige que para acudir a la venta extrajudicial haya un pacto, no es correcta la tacha de la desigualdad.
- Por las razones antes expuestas, tampoco nos parece acertado defender la infracción del art. 51 CE: la defensa de los consumidores y usuarios debe quedar garantizada con lo previsto en el art. 129.2 f) LH en el que se señala no solamente que el Notario debe poner en conocimiento del deudor, del acreedor, del avalista y del hipotecante no deudor la posible existencia de una cláusula abusiva, sino que además deberá suspender la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales. El consumidor no está indefenso, pues el precepto lo protege: puede a instancia propia acudir al Juez competente para plantear el carácter abusivo de una cláusula, a la vez que el Notario tiene el deber de informarle de la posible existencia de este tipo de cláusulas, y en ambos casos se suspende la venta extrajudicial.

Por último, y antes de adentrarnos en los dos artículos que sí pueden representar un verdadero obstáculo a la hora de considerar el art. 129.2 LH un precepto constitucional,

solamente hacer una reflexión acerca de otro argumento que esgrime la STS de 4 de mayo de 1998 y que consiste básicamente en poner de manifiesto que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria carece de tradición en España. Quizá veinte años atrás, cuando se dictó la Sentencia aludida, dicho procedimiento jugaba un papel secundario e incluso insignificante, pero hoy en día dicho procedimiento ha resurgido de sus cenizas y, según se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, lo que se pretende es reforzar en la Ley Hipotecaria el régimen de venta extrajudicial. Además, el hecho de que cuente con poco arraigo o desarrollo podría ser, a lo sumo, un argumento para mostrarse en contra de su oportunidad, pero nunca para cuestionar su constitucionalidad o legalidad.

Dicho esto, el mayor problema lo representan los artículos 24 y 117.3 CE, en los cuales se basa principalmente la doctrina, por las razones antes señaladas, para tachar el precepto objeto de análisis de inconstitucional.

- Con respecto a la posible vulneración del art. 24 CE se viene a decir que las causas de oposición que el art. 236 RH permite son aún más limitadas que en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, debiéndose ejercitar todas las demás en el juicio declarativo que corresponda⁴². Ahora bien, ¿es de justicia considerar el art. 129.2 LH como inconstitucional por este motivo? Este razonamiento, a lo más que llegaría es a exigir que fueran más las causas de oposición que se pudieran hacer valer sin necesidad de acudir a un juicio declarativo⁴³; no obstante, y aunque no se aumentaran dichas causas, limitar la contradicción no conlleva indefensión, máxime si se tiene en cuenta la extraordinaria fuerza ejecutiva del título. Como señala la STC de 18 de diciembre de 1981 «la ausencia de cognición es tan esencial a la ejecución hipotecaria que se halla presente en la ejecución extrajudicial ante notario, tan expeditiva como la judicial». Además, se deja libre la vía jurisdiccional, ya que no se restringe la posibilidad de acudir al juicio declarativo que corresponda en defensa de los derechos del deudor hipotecario. A este argumento hay que

⁴² Se debe reconocer que la reforma operada en el RH por el RD 290/1992, de 27 de marzo, restringió las causas de oposición que el deudor puede hacer valer sin necesidad de entablar un proceso declarativo posterior.

⁴³ A idéntica conclusión llega la SAP de Tarragona de 9 de octubre de 2001 (AC 2002, 840).

añadir nuevamente la relevancia del pacto, es decir, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva porque, aunque las causas de oposición son menores, el ejecutado *ha consentido* que sea este el procedimiento que se utilice⁴⁴. Por todo ello, se debe considerar que no se infringe este derecho fundamental⁴⁵.

- En lo que respecta al art. 117.3 CE tampoco creemos que exista vulneración alguna, no porque no nos encontremos ante un proceso de ejecución forzosa, que sí creemos que lo estamos⁴⁶, sino porque, como bien señala algún autor, no puede defenderse una visión absoluta de la potestad de la jurisdicción en su función ejecutiva. Cierto es que la potestad jurisdiccional corresponde a los Jueces y Tribunales, y cierto es también que dicha potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero no es tan cierto que dichas afirmaciones deban hacerse en términos absolutos. Así, una potestad materialmente jurisdiccional puede en algún caso ser atribuida o ser ejercitada por órganos no judiciales. En definitiva, somos partidarios de una concepción relativa del principio de exclusividad, esto es, existe la posibilidad de que órganos no judiciales ejerciten potestades jurisdiccionales, siempre que posteriormente exista algún tipo de control judicial, como ocurre, por ejemplo, en el arbitraje.

A todo lo ya dicho cabe añadir una idea importante: buena parte de los problemas de constitucionalidad que se han atribuido al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria desaparecen desde el momento en que el legislador lo supedita al pacto

⁴⁴ Es lo mismo que ocurre con el convenio arbitral, que tiene como efecto excluir la jurisdicción. Ahora bien, como explica ARIAS LOZANO, las partes no pueden determinar por sí solas cuando deben y cuando no conocer los tribunales, ya que la potestad jurisdiccional se ejerce exclusivamente en todo tipo de procesos según las normas de competencia y procedimiento que las leyes, y no la voluntad de las partes, establecen. «Comentario al artículo 11», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Aranzadi, 2005, p. 104.

⁴⁵ También se ha puesto de manifiesto por parte de algún autor que la vía extrajudicial de ejecución hipotecaria presenta mayores dificultades para acceder, en su caso, al disfrute de los beneficios de justicia gratuita, por tratarse de un procedimiento extrajudicial, si bien el deudor hipotecario podría asesorarse previamente y conseguirlo con vistas al procedimiento declarativo posterior.

⁴⁶ La existencia de un pacto entre las partes como fundamento para considerar que el procedimiento de venta extrajudicial no es un proceso de ejecución no nos parece un argumento de peso, máxime si tenemos en cuenta que el deudor hipotecario, en la mayoría de las ocasiones, no es consciente y ni siquiera *recuerda* dicho pacto. En definitiva, no está tan claro que se trate de normas aceptadas por las partes.

por el que acreedor y deudor consienten en someterse a él en lugar de al procedimiento judicial.

Dada la relevancia, por lo que se ha dicho, del acuerdo de sujeción al procedimiento extrajudicial, resulta preciso detenerse en su estudio, y en particular en la posibilidad de que, cuando se trate de una estipulación incluida en un contrato celebrado entre una entidad financiera y un consumidor (como ocurre en los préstamos concedidos por los bancos para la adquisición de la vivienda habitual) se trate de una cláusula abusiva. Se aborda esta cuestión en el siguiente apartado.

5. SOBRE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA QUE PREVÉ LA POSIBILIDAD DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL BIEN HIPOTECADO

En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto cómo la mayor parte de las posibles objeciones a la constitucionalidad de la venta extrajudicial del bien hipotecado quedan salvadas desde el momento en que el legislador supedita esta forma de ejecución a la existencia de una estipulación en virtud de la cual los otorgantes pactan la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca, pacto en el que habrán de concurrir los requisitos a que se refiere el apartado b) del art. 129 LH. Ahora bien, dado que en la práctica es lo habitual que el prestamista (que es una entidad financiera) utilice condiciones generales de la contratación o, al menos, cláusulas no negociadas individualmente, conviene preguntarse si, tratándose de contratos celebrados por consumidores, el acuerdo de sujeción al procedimiento extrajudicial incluido en el contrato de préstamo por la entidad financiera, supera el control de incorporación previsto en la LCGC y el control de contenido previsto en las leyes de consumo.

A nuestro modo de ver, las dudas de legalidad que suscita el procedimiento hipotecario extrajudicial no derivan de su posible inconstitucionalidad –que se ha descartado– sino del hecho de que la cláusula por la que el prestatario consiente en someterse a dicho procedimiento pueda tener la consideración de abusiva ex art. 82 y concordantes TRLGDCU⁴⁷.

⁴⁷ Un argumento que se ha sostenido para considerar que dicha cláusula no puede ser considerada como abusiva es que no puede ser abusivo un pacto que recoge un precepto legal; sin embargo, lo que aquí se sostiene no es que pactar la venta extrajudicial del bien hipotecado sea abusivo, sino que lo que se cuestiona es que realmente exista tal pacto.

En primer lugar, se debe señalar que la cláusula objeto de análisis no se refiere al objeto principal del contrato, sino a la posibilidad convenida por las partes de que, en caso de vencimiento anticipado por incumplimiento del prestatario de sus obligaciones de devolución de las cuotas pactadas, el acreedor pudiera instar la ejecución o venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH. Si tenemos en cuenta, como se ha señalado en la doctrina, que la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula tiene sentido únicamente respecto de las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato⁴⁸, lo que tendrá que comprobarse es si efectivamente se supera el control de inclusión o incorporación, que deberán traspasar las condiciones generales con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios, y el control de contenido, que únicamente deberán traspasar aquellas cláusulas incluidas en los contratos en los que uno de los contratantes sea un consumidor, por ello, realmente, sólo merecen el calificativo de cláusulas abusivas aquellas cláusulas que no traspasen el control de contenido que se establece⁴⁹.

Al control de incorporación hace referencia la LCGC, en concreto sus artículos 5 y 7, y el art. 80 TRLGDCU⁵⁰. Dicho control supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos formales para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato⁵¹. De esta forma, la ley exige que las condiciones generales,

⁴⁸ Por todos, CÁMARA LAPUENTE, S.: «El control de cláusulas abusivas sobre el precio; de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre Cláusulas Suelo», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013. En la Jurisprudencia, la reciente STS de 25 de abril de 2017 (RJ 2017\1734) señala en el segundo Fundamento de Derecho lo que sigue: «A la vista de la naturaleza de esta cláusula, en la sentencia 483/2016, de 14 de julio, razonamos que el control sobre la falta de transparencia tiene sentido respecto de las cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato y la adecuación entre las contraprestaciones, en la medida en que están excluidas del control de abusividad (de contenido) mientras estén redactadas de manera clara y comprensible (art. 4.2 Directiva)».

⁴⁹ la STS de 14 de julio de 2016 (RJ 2016, 3399) hace referencia a la cláusula que nos ocupa y al respecto señala lo que sigue: «Para el resto de las cláusulas, como la que es objeto de enjuiciamiento, respecto de la que cabe el control de contenido, los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el art. 5 LCGC para su incorporación. De tal forma que, superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor».

⁵⁰ El art. 5 establece los requisitos de incorporación y el artículo 7 establece cuando las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato. Por su parte, el art. 80 TRLGDCU establece también los requisitos que deben reunir las condiciones generales.

⁵¹ Vid. GETE-ALONSO, M.C.: «Comentario al art. 7», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (Dir. Arroyo-Miquel), Madrid, 1999, pp. 71 y ss.

para que se consideren incorporadas al contrato sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía⁵². «La claridad es fundamental para que el adherente pueda tener en su conjunto la idea sobre el contrato celebrado, en el sentido de poder exigir sus derechos y ejercitar sus facultades y de la misma manera no se le pueda exigir ninguna prestación que no le corresponda»⁵³. Desde este punto de vista, consideramos que la cláusula por la cual se indica que, en caso de impago, puede acudir a la venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH supera dicho control, ya que, en la práctica, consta en el contrato de forma clara y específica, de forma que el consumidor puede conocerla y comprenderla de forma sencilla. En definitiva, se trata de una cláusula *cognoscible*.

Por su parte, al control de contenido o control de abusividad hace referencia el art. 82 TRLGDCU, según el cual «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». El control de contenido significa un control de legalidad que comprueba la validez de las condiciones generales incluidas en el contrato por contraste con unas normas específicas más exigentes que las que de manera general controlan la validez de los contenidos contractuales. Se tratará de una cláusula abusiva si la condición general no supera ese control⁵⁴. Tal y como señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 3 de enero de 2014 (AC 2014, 310), al examinar la posible abusividad de la cláusula que contempla el

⁵² Según GONZÁLEZ PACANOWSCA la doctrina ha relativizado los requisitos de incorporación para la lucha contra las cláusulas abusivas, puesto que este control de inclusión supone algo más que un simple control formal. De este modo señala la autora que lo recogido en el art. 5 LCGC es un control del consentimiento que se manifiesta en dos aspectos, un consentimiento formal y un consentimiento material. Al consentimiento formal hacen referencia los requisitos formales que señala el art. 5 LCGC, pero más allá de ese consentimiento formal «se trataría de procurar que el alcance de las declaraciones de voluntad no se valore con parámetros exclusivamente formales». «Comentario art. 5 y 7», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (Dir. Bercovitz), Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p. 142.

⁵³ CAÑIZALES LASO, A.: «Control de incorporación y transparencia de las cláusulas generales de la contratación. Las cláusulas suelo», en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nº 3, 2015, p. 78.

⁵⁴ Así lo señala MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudio Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV., Civitas, 1996.

procedimiento de venta extrajudicial para el caso de impago, «el control de contenido exige analizar si la meritada cláusula produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes [...] Este desequilibrio se produce si el predisponente obliga al adherente a acudir a un procedimiento legal que suponga una merma de derechos que produzca un perjuicio injustificado para el consumidor, y ello con independencia del carácter legal o no del procedimiento establecido»⁵⁵. La resolución continúa diciendo que «esta merma de derechos únicamente puede entenderse como tal si el estatus del consumidor en un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria es distinto de su estatus en un procedimiento de venta extrajudicial, y esa diferencia de trato no encuentra una justificación razonable». Con todo, la pregunta que debiéramos hacernos es la que sigue: ¿la cláusula que se analiza en el presente trabajo es abusiva porque causa un desequilibrio entre las partes, no superando así el control de contenido exigido por la ley? ¿En qué consiste dicho desequilibrio y qué lo motiva, en caso de existir? Pues bien, contestando a tales cuestiones consideramos que el incorrecto ejercicio del deber de información provoca un desequilibrio importante, que se refleja en la restricción de defensas que implica el proceso notarial de venta extrajudicial⁵⁶, sin que podamos considerar dicha restricción, como hemos defendido anteriormente, fundamento de la inconstitucionalidad del art. 129. 2 LH⁵⁷. ¿Y por qué

⁵⁵ En este mismo sentido se pronunció la STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143).

⁵⁶ La SAP de Palma de Mallorca de 12 de mayo de 2014 (JUR 2014, 169240) señala para un caso como el que nos ocupa lo siguiente: «Apreciamos que en el caso concreto se produce un desequilibrio entre las posiciones jurídicas de las partes, en perjuicio del consumidor y correlativo beneficio de la entidad bancaria, al permitirle a la entidad bancaria acudir a este procedimiento, y considerar que se ha inducido al consumidor a suscribir el contrato, sin darle la suficiente explicación de la relevante disminución de sus derechos de defensa». Asimismo señala la resolución que el consumidor no ha podido ejercer su verdadera libertad negocial para discutir la existencia de la cláusula concreta y su alcance, estando en posición de inferioridad respecto del profesional, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información con el que adopta sus decisiones y presta su consentimiento. Por último, también señala la citada sentencia que «en cuanto a la determinación de si el procedimiento de venta extrajudicial beneficia a la actora, debe ser dicha propia actora quien determine lo que le beneficie y perjudica en su situación concreta».

⁵⁷ La cláusula objeto de análisis provoca un desequilibrio entre las partes en el sentido de que el predisponente obliga al consumidor a acudir a un procedimiento legal que le ocasiona un perjuicio injustificado. Dicho desequilibrio se justifica por varias razones: la venta extrajudicial elude el control de oficio de las cláusulas abusivas consagrado por la doctrina del TJUE y la suspensión de la venta extrajudicial requiere del previo ejercicio ante el órgano jurisdiccional de la pretensión de nulidad por abusividad de una cláusula. También la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 3 de enero de 2014 (AC 2014, 310) llega a la misma conclusión, justificando que efectivamente existe un desequilibrio y una diferencia de tratamiento entre el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria y el procedimiento de venta extrajudicial y que esa diferencia de tratamiento es injustificada. Además, añade, esta conclusión puede mantenerse tanto con la redacción vigente del art. 129 LH en el momento

consideramos que el deber de información no se ejercita correctamente, provocando un desequilibrio importante, que origina una merma de derechos para el consumidor? Por lo siguiente: el prestamista debe haber informado claramente sobre el significado y alcance efectivo del sometimiento a tal proceso de ejecución, lo que lleva a pensar que si antes de la firma se advierte al prestatario de esto mismo, se ha cumplido con dicho deber. Pero realmente no es así, la información que merece el consumidor va mucho más allá, máxime si tenemos en cuenta las exigencias de protección que imperan hoy en día y que emanan principalmente del Derecho europeo. Nos referimos a que el consumidor no es consciente de que en caso de impago se va a acudir a un proceso de venta extrajudicial porque en el momento de constituir la hipoteca se le informe de ello y, además, no tiene por qué conocer las diferencias entre un procedimiento y otro, no pudiendo en consecuencia valorar qué le conviene más o comprender a qué está renunciando. La información, para cumplir su función correctamente, debe

de formalizarse el contrato de préstamo con la garantía hipotecaria, como en la actual redacción. Dice literalmente la sentencia a la que se alude, transcribiendo el informe redactado por el CGPJ de 25 de julio de 2013, lo siguiente: «el artículo 129 de la LH y los proyectados preceptos reglamentarios concordantes prevén, por una parte, que el notario advierta a los interesados sobre el posible carácter abusivo de alguna de las cláusulas y, por otro lado, impone la suspensión del procedimiento cuando se acredite que alguno de los intervinientes haya interesado del juez competente tal declaración, conforme al procedimiento previsto en el artículo 695.1.4^º de la LEC. Si bien las modificaciones introducidas constituyen un avance respecto de la situación precedente, lo cierto es que el modelo previsto para la venta extrajudicial sólo permite que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre el carácter abusivo de alguna de las estipulaciones cuando el interesado suscite tal pretensión –como motivo de oposición– pero no contempla la posibilidad de que el órgano judicial pueda apreciar esa circunstancia de oficio, ya que la venta forzosa no se sustancia en sede judicial. Además, aunque el hecho de que el notario pueda advertir sobre la existencia de cláusulas abusivas merece una valoración positiva, no deben pasar inadvertidas las dificultades que se entrevén para su aplicación efectiva, pues, por un lado, o bien el notario se vería obligado a emitir un juicio de valor sobre el clausulado que obra en la escritura autorizada por un compañero de profesión o, en su caso, dada la modificación que el Proyecto establece para la determinación del notario hábil, pudiera ser que el propio notario que autorizó la escritura fuera el que, a la postre, tuviera que pronunciarse sobre la existencia de cláusulas abusivas. Otro aspecto, cuya importancia no es desdeñable, radica en las consecuencias de la apreciación del carácter abusivo de una o varias cláusulas. Mientras que en el seno del procedimiento de ejecución judicial, o bien determina el sobreseimiento –para el caso de que la cláusula sea fundamento de la ejecución– o la inaplicación de la estipulación declarada abusiva –en cualquier otro caso–, para la venta extrajudicial se prevé la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para dilucidar el carácter abusivo de las cláusulas constituyan el fundamento de la oposición o la determinación de la cantidad exigible, pero sólo se proscribió la prosecución del procedimiento cuando el pacto declarado abusivo sea fundamento de la ejecución y, sin embargo, nada se dice cuando la estipulación abusiva no afecte al desarrollo de la venta extrajudicial, en sí misma considerada, pero sí a otros aspectos, tales como la cuantía objeto de reclamación o el importe de los intereses exigibles».

Dicho esto, podría pensarse, ¿acaso si se ejercita correctamente el deber de información esas razones que justifican el desequilibrio desaparecen? La respuesta no puede ser afirmativa, pero claro está que en estos casos la voluntad del consumidor sería absolutamente real y acudiría a la venta extrajudicial siendo plenamente consciente de las restricciones que implica, quizá motivado por otra serie de ventajas que también conlleva dicho procedimiento, como puede ser su agilidad.

proporcionarse en el momento adecuado, y ese no lo es. Asimismo debe ser una información completa, esto es, el consumidor debe conocer cuál es el significado exacto del pacto. Está claro que en el momento de la firma el deudor hipotecario no está pensando en el incumplimiento, y mucho menos en las consecuencias que se derivan de él. Piensa que va a cumplir, y su único interés es firmar el contrato de hipoteca. Los efectos que en ese instante pueden causar en él las informaciones relativas a la cuestión que nos ocupa son del todo insignificantes, por lo que no es viable considerar que el derecho de información se entiende satisfecho. Pero entonces, ¿qué puede hacer el empresario? ¿Qué alternativas tiene el prestamista?, es decir, ¿Qué debe hacer la entidad crediticia para que esa cláusula no sea considerada abusiva? Parece que más bien poco, ya que si una cláusula está establecida en el contrato para acudir a ella en caso de incumplimiento, o bien es claramente favorable al consumidor, o bien debe negociarse con posterioridad a dicho incumplimiento puesto que, de lo contrario, el deber de información no se ejercita correctamente. Y ello no por culpa del prestamista, que puede que haya puesto todo su empeño en explicar adecuadamente tal cuestión, sino porque no es el momento oportuno para ejercerlo⁵⁸.

⁵⁸ Un planteamiento distinto sigue la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo. En concreto, la STS de 25 de abril de 2017 (RJ 2017\1734), que hace alusión a la STS de 14 de julio de 2016 (RJ 2016\3399), señala, para defender la falta de abusividad de esta cláusula, lo siguiente: «no podemos perder de vista que estamos ante una acción individual en la que se pretende la declaración de nulidad de una cláusula en la que se conviene la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial, y que el juicio de abusividad es concreto y debe realizarse conforme a las circunstancias del caso. En nuestro caso, se pide la nulidad de la estipulación 11ª, pero *no se aducen por el peticionario las cláusulas que habría podido invocar como abusivas*, y por ello nulas, para suspender la ejecución y oponerse a ella, y que no pudieron serlo. Que es lo que pondría en evidencia la limitación efectiva y concreta de los derechos del consumidor que le habría ocasionado la cláusula controvertida. Vigente el contrato y antes de la ejecución de la garantía hipotecaria, podría tener sentido una demanda en la que sólo se pidiera la declaración de nulidad de una cláusula que habilitaba al acreedor para acudir a la ejecución extrajudicial, en caso de incumplimiento del prestatario, para que cesara su vigencia y por lo tanto no pudiera acudirse a aquel cauce para la ejecución, pero siempre bajo la presuposición de que en su caso se invocaría la existencia de una cláusula abusiva que pudiera advertirse entonces». El Tribunal Supremo entiende que la justificación de la abusividad radica en que esta estipulación habilita al acreedor hipotecario para acudir, en su caso (vencimiento anticipado por incumplimiento del prestatario), a la venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH, que ofrece menos garantías al consumidor para hacer valer su protección frente a eventuales cláusulas abusivas. Ahora bien, si no existen cláusulas abusivas en el contrato que pudieran ser *atacadas* por el consumidor, no puede considerarse que estemos ante un caso de abusividad real.

6. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Hasta ahora se han defendido dos cosas: por una parte, que el art. 129.2 LH es un precepto constitucional, que no contraría ni el art. 24 CE ni ningún otro; por otra, que la cláusula por la que se prevé la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial del bien hipotecado es abusiva, por provocar un desequilibrio importante entre las partes que se traduce en una merma no consciente de derechos para el deudor hipotecario. También se ha dicho, aunque muy sucintamente, que lo único que puede hacer el empresario para que dicha cláusula no sea considerada abusiva es incorporarla al contrato una vez que haya surgido el incumplimiento, y siempre que el prestatario así lo quiera, puesto que solamente de este modo el deudor hipotecario es plenamente consciente de a lo que se expone. Esto mismo es lo que viene a decir, aunque para otro supuesto distinto, el art. 57.4 TRLGDCU que, como se sabe, debe su redacción actual a la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en concreto, al apartado 9 de su artículo único). Según dicho precepto: «No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio, tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables»⁵⁹.

Antes de nada, es conveniente poner de manifiesto las no pocas similitudes entre la venta extrajudicial del bien hipotecado y el arbitraje de consumo. En primer lugar, sobra decir que ambos constituyen una alternativa a la vía judicial⁶⁰; en segundo lugar, es evidente que en ambos casos una de las partes es consumidor⁶¹; por último, tanto el

⁵⁹ Con idéntico criterio el art. 7 del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, según el cual «el acuerdo entre el consumidor y el empresario de someter una reclamación a la decisión de una entidad de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, cuyo procedimiento tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes, no será vinculante para el consumidor si se hubiera celebrado antes del surgimiento del conflicto».

⁶⁰ El arbitraje sustituye al proceso de declaración y la venta extrajudicial ante notario sustituye al proceso de ejecución judicial.

⁶¹ El deudor hipotecario es, casi siempre, consumidor.

arbitraje como la venta extrajudicial ante notario deben ser pactados por las partes, lo cual cobra sentido si se caracterizan por constituir alternativas a la vía jurisdiccional.

Siendo varias las características que tienen en común, pero sobre todo teniendo en cuenta que ambos constituyen una alternativa a la vía judicial, creemos pertinente una reforma legislativa en la que se señale para la venta extrajudicial del bien hipotecado, lo que ya establece el art. 57.4 TRLGDCU para el arbitraje, esto es, que no sea vinculante para el deudor hipotecario –siempre que sea consumidor– el pacto por el cual en caso de impago hay que acudir a la venta extrajudicial del bien hipotecario, si ese pacto ha tenido lugar antes de surgir el incumplimiento.

Para sugerir, como se hace, una reforma encaminada en tal sentido, es preciso analizar, al menos en su esencia, el referido art. 57.4 TRLGDCU en lo que respecta a su redacción vigente⁶², que será de aplicación, según la disposición transitoria única de la Ley

⁶² En su redacción original, el art. 57.4 TRLGDCU decía lo siguiente: «los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico». De este modo se reconducen los pactos de sumisión al momento en el que el consumidor puede efectivamente evaluar correctamente el alcance de su decisión y que es aquél en el que surge la controversia. Se garantiza así la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente. La finalidad de la norma era clara: se prohíbe el sometimiento a arbitrajes distintos del de consumo de cuestiones litigiosas futuras cuando una de las partes del convenio arbitral es un consumidor, lo cual ya ocurría en la ya derogada ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, vigente hasta el 18 de marzo de 2012. En concreto, el art. 2.2 de la citada ley disponía lo siguiente: «Son nulas las estipulaciones de sumisión a arbitraje, salvo si estas últimas se conciertan una vez que haya surgido la cuestión discutida o son de sometimiento al sistema arbitral de consumo o a un Tribunal arbitral especializado que pudiera constituirse, siempre que en su composición participen, en régimen de igualdad, las organizaciones de consumidores». En definitiva, según la redacción originaria del art. 57.4 TRLGDCU, antes de que surja la controversia el consumidor únicamente podía pactar convenios arbitrales de sometimiento al arbitraje de consumo, pero no a arbitrajes privados. Sin embargo, dicho precepto no respetaba en su totalidad la Recomendación 98/257/CE, de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, que aconseja prohibir los convenios arbitrales relacionados con controversias jurídicas futuras. En concreto, esta Recomendación establece lo siguiente: «la adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo, cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio». De este modo, y como se decía en líneas anteriores, el precepto comentado, en su redacción original, no respeta fielmente la Recomendación de la Comisión, pues no impide al consumidor celebrar válidamente un convenio arbitral de consumo para dirimir una controversia futura. No obstante, en su redacción vigente, el artículo 57.4 extiende también su aplicación a los convenios arbitrales de consumo, pues tampoco en esta hipótesis puede privarse al consumidor de la posibilidad de optar por la vía judicial, una vez surgido el conflicto. MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Comentario al art. 57 TRLGDCU»,

3/2014, a los contratos con consumidores celebrados a partir del 13 de junio de 2014⁶³. La exposición de Motivos de la ley 3/2014, de 27 de marzo, no explica las razones que llevan al legislador a cambiar el texto del art. 57.4 TRLGDCU, pero de la disposición final 5ª de la Ley 3/2014 y de la tramitación parlamentaria del precepto⁶⁴ se deduce que la finalidad de la reforma no es otra que adecuar la norma a lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva 2013/2011/UE, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. De este modo, el art. 10.1 de la mencionada Directiva, bajo la rúbrica de «principio de libertad», establece lo siguiente: «los Estados miembros velarán porque un acuerdo entre el consumidor y el comerciante de someter una reclamación a la apreciación de una entidad de resolución alternativa no sea vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes de que surgiera el litigio y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir antes los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio».

Se entiende que hasta el momento en que surja el conflicto el consumidor debe tener la opción de elegir donde quiere que éste se resuelva, si por vía arbitral o por vía judicial⁶⁵, y esto mismo, aunque con algunas connotaciones distintas al estar ante un proceso de ejecución, es lo que debiera ocurrir también en el caso que se analiza en el presente trabajo: el deudor hipotecario, solamente una vez que se ha producido el impago, puede decidir sobre qué vía es la que quiere utilizar para la ejecución del bien hipotecado, si la notarial o la judicial. Y básicamente por la razón que antes se apuntaba: solamente en ese momento se encuentra en posición de examinar con exactitud las vías que la ley le ofrece para ejecutar el bien hipotecado, solamente en ese momento es consciente del incumplimiento y valora sus repercusiones. Por lo que

en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, (Coord. Bercovitz), Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 746 y ss. En la jurisprudencia, son muchas las sentencias que han declarado la nulidad del pacto de sumisión a arbitraje, distinto del de consumo, realizado de manera predeterminada al surgimiento de la controversia. Así, entre otras, la SAP de las Palmas de 2 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 139572) y la SAP de Madrid de 18 de octubre de 2010 (JUR 2011, 36391).

⁶³ Los convenios arbitrales celebrados antes de esa fecha se regirán por la vieja redacción del artículo 57.4

⁶⁴ El nuevo artículo 57.4 TRLGDCU se debe a la enmienda número 217 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados. *Ibidem*, p. 749.

⁶⁵ La reforma del art. 57.4 TRLGDCU puede incluso considerarse una exigencia constitucional, ya que por algún sector doctrinal se ha considerado que los convenios arbitrales o las cláusulas de sumisión a arbitraje pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE, en su vertiente de «libre acceso al proceso». GIMENO SENDRA, V.: «La validez de los convenios arbitrales de adhesión en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Diario La Ley*, 2009, número 7168, p. 2.

no importa si el empresario demuestra o no que la cláusula que prevé la posibilidad de acudir a la vía extrajudicial ha sido negociada, ya que, de haberlo sido, lo ha sido en un momento inadecuado.

Asimismo, para que la protección que merece el consumidor sea íntegra, la información que se le proporciona debe ser también una información completa, a fin de garantizar que el consumidor sea plenamente consciente del significado del pacto de sometimiento al procedimiento extrajudicial y tenga pleno conocimiento de a qué está renunciando⁶⁶.

Con todo, se considera que es necesario un avance en la protección del consumidor en este ámbito, y que dicha protección no debe ir encaminada a considerar la venta extrajudicial del bien hipotecado inconstitucional, sino a proporcionar los medios necesarios para que la cláusula que prevé la posibilidad de acudir a un sistema de ejecución extrajudicial no sea abusiva. Ello solamente se consigue si la información es completa y se tienen por no vinculantes para el consumidor los acuerdos que se celebren antes de surgir el conflicto y que vayan encaminados a proponer la vía de la ejecución extrajudicial del bien hipotecado, máxime si se tiene en cuenta que no es inusual que entre la entidad crediticia y el Notario exista una relación directa y estrecha.

7. CONCLUSIONES

Expuesto todo lo anterior, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse, debido a la existente polémica al respecto, sobre la posible inconstitucionalidad del proceso de venta extrajudicial del bien hipotecado, al que hace referencia el art. 129 LH. No obstante, mientras no exista una resolución al respecto que entre a

⁶⁶ En este sentido, aunque para un supuesto distinto, el art. 10.2 de la Directiva 2013/2011/UE, de 21 de mayo, establece lo siguiente: «Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver el litigio mediante la imposición de una solución, únicamente se dé a la solución carácter vinculante para las partes cuando estas hayan sido informadas con antelación de dicho carácter vinculante y lo hayan aceptado expresamente. Si las soluciones son vinculantes para el comerciante con arreglo a la normativa nacional, no se exigirá la aceptación del comerciante para cada caso concreto».

cuestionar el fondo del asunto, somos partidarios de considerar que dicho precepto no infringe los límites impuestos por la Constitución y que respeta los arts. 24 y 117.3 CE, cuyo articulado es el que principalmente ha servido a la doctrina para justificar la inconstitucionalidad del mencionado procedimiento extrajudicial. Por su parte, la exigibilidad de un pacto entre las partes es precisamente uno de los motivos que reducen los riesgos de inconstitucionalidad, ya que en caso de que se acuda a la vía extrajudicial será porque el deudor hipotecario así lo ha consentido, lo que excluye la posibilidad de considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

- En segundo lugar, que la cláusula a través de la cual el prestamista prevé la posibilidad de la venta extrajudicial del bien en caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada es abusiva, y ello principalmente porque dicha cláusula no supera el control de contenido exigido por la ley, provocando un desequilibrio entre las partes contratantes. Dicho desequilibrio, que se traduce en una merma de derechos que producen un perjuicio injustificado para el consumidor, viene motivado por el incorrecto ejercicio del deber de información, el cual, para considerarse correctamente ejercitado, debe procurarse en el momento adecuado, así como también debe tratarse de una información completa.
- En tercer lugar, con el objetivo de evitar la abusividad del pacto entre consumidor y empresario, se entiende que aquél debe tener lugar una vez surgido el conflicto entre las partes y debe asimismo garantizar que el deudor hipotecario sea consciente de lo que significa someterse al procedimiento de venta extrajudicial, esto es, deben ponerse en su conocimiento las diferencias entre la vía judicial y la extrajudicial con el fin de que valore que le conviene más. Solamente en estos casos el consumidor puede valorar las consecuencias que le reporta acudir al procedimiento de venta extrajudicial desde un punto de vista objetivo porque, ahora sí, se encuentra en la posición oportuna para valorar tal cuestión. Así, la solución propuesta conlleva no considerar vinculante el pacto suscrito entre el deudor hipotecario y el banco antes de surgir el conflicto entre ambos, y ello principalmente porque es claro que no hay controversia o conflicto material en el momento en el que se celebra el

contrato, por lo que en ese mismo instante no puede pactarse la venta extrajudicial ante notario del bien hipotecado⁶⁷.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS LOZANO, D.: «Comentario al artículo 11», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Aranzadi, 2005, pp. 101-110.

BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: «El principio de legalidad procesal y la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Diario La Ley*, nº 5361, viernes 27 de julio de 2001, pp. 57-74.

CABALLOL ANGELATS, L.: «Consideraciones sobre la exclusividad de la potestad de ejecutar, con motivo de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, sobre el proceso notarial de realización hipotecaria», en *La Ley*, nº 4823, 22 de junio de 1999, pp. 2107-2115.

CÁMARA LAPUENTE, S.: *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

CÁMARA LAPUENTE, S.: «El control de cláusulas abusivas sobre el precio; de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre Cláusulas Suelo», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013, pp. 98-115

CAÑIZALES LASO, A.: «Control de incorporación y transparencia de las cláusulas generales de la contratación. Las cláusulas suelo», en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nº 3, 2015, pp. 67-105.

CORRAL GARCÍA, E.: «La constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución de la hipoteca y el nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 40, octubre-diciembre 2001, pp. 331-347.

DÍAZ FRAILE, J.M.: «El procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 635, 1996, pp. 1339-1392.

⁶⁷ Esta propuesta de lege ferenda está referida estrictamente al pacto de sujeción de venta extrajudicial al que se refiere el art. 129.2 LH, no a otros posibles pactos que tengan como finalidad que sea el propio acreedor hipotecario quien decida a qué proceso acudir para la ejecución del bien.

DÍAZ MORENO, A.: «El alcance de la doctrina de la Sala 1ª del TS ante el Procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 3, 1999-2, pp. 135-154.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 2ª Edición. Aranzadi, 2016

FAJARDO LÓPEZ, L. «Inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 4, año 2000, pp. 337-346.

GASCÓN INCHAUSTI, F. «Comentario a la STS de 4 de mayo de 1998», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1998-1309, pp. 1157-1176.

GETE-ALONSO, M.C.: «Comentario al art. 7», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (Dir. Arroyo-Miquel), Madrid, 1999, pp. 71-80.

GIMENO SENDRA, V.: «La validez de los convenios arbitrales de adhesión en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Diario La Ley*, 2009, número 7168.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: *Venta extrajudicial ante notario del inmueble hipotecado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: «Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria», en *La venta extrajudicial del bien hipotecado* (Coord. Álvaro Núñez Iglesias), Comares, Granada, 2012.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario art. 5 y 7», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (Dir. Bercovitz), Aranzadi, 1999. Pp. 139-192 y 235-258.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Comentario al art. 57 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, (Coord. Bercovitz), Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 709-754.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudio Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV., Civitas, 1996, pp. 4941-4962.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: «Comentarios al art. 8», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (Dir. Menéndez y Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 2002.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: «La nulidad de las condiciones generales», en *Las nulidades de los contratos: un sistema de evolución*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 193-223.

MOLINS GARCÍA-ATANC, M. Y ORIA DE RUEDA Y ELÍA, G.A.: «Algunas consideraciones doctrinales sobre el procedimiento extrajudicial hipotecario», en *Actualidad civil*, nº 19-20, noviembre 2012.

MONTERO AROCA, J.: «Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada. La constitucionalidad de algunas tutelas judiciales efectivas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 633, 1996, pp. 253-278.

PALAU RAMÍREZ, F.: «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, 2011, pp. 125-147.

PÉREZ DAUDÍ, V.: «La defensa del deudor hipotecario en la venta extrajudicial», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 130, abril-junio 2013, pp. 79-110

ROBLEDO VILLAR, A.: «La inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (a propósito de la STS, Sala 1ª, de 4 de mayo de 1998 y sus repercusiones en la realización forzosa de bienes)», en *Revista General del Derecho*, 1999, pp. 3593-3608.

ROCA SASTRE, R., en *Derecho Hipotecario. Hipotecas. Ejecución hipotecaria*. Tomo IX, octava Edición, Bosch, Barcelona, 1998.

ROCA-SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL Y BERNÀ I XIRGO, *Derecho Hipotecario*, tomo X, Bosch, Barcelona, 2009.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «El ejercicio extrajudicial de su *ius distrahendi* por el acreedor hipotecario», en *Revista Jurídica del Notariado*, Julio-septiembre 1997, pp. 937-954.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: «Jurisdicción y ejecución extrajudicial», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 648, 1998, pp. 1663-1688.

VIELA CASTRANADO, M.: «Las alteraciones normativas en la venta extrajudicial del bien hipotecado. El nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria», en *Vivienda y crisis económica* (Dir. Mª Teresa Alonso Pérez). Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 257-336.

Fecha de recepción: 24.05.2017

Fecha de aceptación: 23.06.2017