

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN RELACIÓN CON SU INTERVENCIÓN EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA A TRAVÉS DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL

Some reflections on the notarial function in relation to its intervention in mortgage foreclosure through extrajudicial sale

LUIS JAVIER GUTIÉRREZ JEREZ

ljerez@ujaen.es

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Jaén

Cómo citar / Citation

Gutiérrez Jerez, L.J. (2025).

Algunas reflexiones sobre la función notarial en relación con su intervención en la ejecución hipotecaria a través de la venta extrajudicial.

Cuadernos de Derecho Privado, 13, pp. 87-113

DOI : <https://doi.org/10.62158/cdp.86>

(Recepción: 14/09/2025; aceptación: 29/12/2025; publicación: 31/12/2025)

Resumen

La función notarial ha de ser analizada en su naturaleza jurídica desde una visión alejada de los fundamentos próximos a la jurisdicción voluntaria y señalando unos límites propios que definen al Notario como un profesional del Derecho que ejerce una función de interés público delegada por el Estado, con las consecuencias que ello conlleva en orden a la responsabilidad por sus actos y en particular, en cuanto su actuación como responsable de la venta extrajudicial de un bien hipotecado. Han de ser revisados los parámetros de actuación de la venta extrajudicial y sobre todo las normas que la rigen ante la insuficiencia mostrada para resolver las numerosas cuestiones jurídicas que la institución plantea, proponiéndose una regulación específica propia y directa en la legislación notarial, alejada de las normas procesales ordinarias.

Palabras clave

Función notarial; jurisdicción voluntaria; ejecución hipotecaria; venta extrajudicial.

Abstract

The notarial function must be analysed in its legal nature from a vision far removed from the foundations close to voluntary jurisdiction and indicating its own limits that define the Notary as a legal professional who exercises a function of public interest delegated by the State, with the consequences that this entails in terms of liability for their acts and in particular, in terms of their action as responsible for the extrajudicial sale of a mortgaged property. The parameters of action of extrajudicial sales must be reviewed and, above all, the rules that govern it in view of the insufficiency shown to resolve the numerous legal issues raised by the institution, proposing a specific and direct regulation in notarial legislation, far from ordinary procedural rules.

Keywords

Notarial function; voluntary jurisdiction; foreclosure; extrajudicial sale.

SUMARIO:

I. FUNCION NOTARIAL Y JURISDICCION VOLUNTARIA: FUNDAMENTOS PARA LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIA I.1. Una crítica a la jurisdicción voluntaria como fundamento de la función notarial. I.2 Ni la función notarial, ni la función registral son jurisdicción voluntaria: la venta extrajudicial regulada por el artículo 129 LH tiene efecto ejecutivo, pero no es un procedimiento en un sentido técnico-jurídico I.3. La plena legalidad intrínseca de la institución denominada venta extrajudicial regulada por el artículo 129 LH y la decisiva influencia de la naturaleza jurídica de la función notarial como elemento interpretativo de su plena legitimidad en el sistema II. LAS DEFICIENCIAS REGULATORIAS DE LA LLAMADA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL. HACIA UNA NUEVA REGLAMENTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL. *Bibliografía. Jurisprudencia.*

I. FUNCION NOTARIAL Y JURISDICCION VOLUNTARIA: FUNDAMENTOS PARA LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIA

La actividad notarial reúne una serie de perfiles definitorios que se deben encuadrar de una forma armónica en el ámbito propio de la función pública delegada por el Estado y en su carácter profesional acreditado por el régimen de su colegiación activa, lo que nos ofrece un perfil verdaderamente difícil en su delimitación.

Esta actividad queda descrita en el artículo 147 del Reglamento Notarial¹ cuando dispone que el Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado², pero junto a su intervención formal, que es obligatoria en cuanto al otorgamiento requerido de documentos de trámite competencial ordinario, el Notario ejerce una labor de asesoramiento de las partes interesadas, en parte deducida de las mismas expresiones antes plasmadas: indagación e interpretación de la voluntad de las partes, así como información al otorgante del valor y efectos del otorgamiento.

Además, está prevista una función de asesoramiento intrínsecamente unida al

¹ Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE núm. 189, de 07 de julio de 1944)

² *Ley del Notariado* de 28 de mayo de 1862 («Gaceta de Madrid» núm. 149, de 29 de mayo de 1862 Referencia: BOE-A-1862-4073).

otorgamiento por la que, a pesar de lo que pudiera pensarse, no está prevista retribución alguna, siendo en consecuencia, deber-obligación notarial, pero sin derecho a retribución, puesto que en las normas generales de aplicación del Real Decreto 1426/1989 de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios³ se dispone que el Arancel se aplicará sobre la base del valor comprobado fiscalmente de los hechos, actos o negocios jurídicos, y, a falta de aquéllos, sobre los consignados por las partes en el correspondiente documento, pero el Notario no podrá percibir cantidad alguna por asesoramiento o configuración del acto o negocio, cuya documentación autorice.

Esta naturaleza bifronte tendrá un reflejo de indiscutible trascendencia en cuanto a la responsabilidad extracontractual en la que el fedatario público puede incurrir con ocasión de su función, que entra de pleno en el ámbito del artículo 1902 CC, por directa y expresa disposición del artículo 146 RN según el cual, el Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable.

En este punto, se identifica una plena concurrencia de aspectos derivados del ejercicio de la Función Pública y de lo que en adelante denominaremos carácter público de sus funciones estrictamente profesionales, cuya fijación resultará de enorme trascendencia en orden al establecimiento de la correspondiente responsabilidad civil

Consideramos que el Notario es un profesional del Derecho que ejerce la función privada de interés público de dar fe en relación a toda clase de hechos y actos jurídicos, en virtud de una atribución legal directa, no constituyente de delegación estatal que requiere para su ejercicio encontrarse incorporado al correspondiente Colegio Notarial, como Corporación de Derecho Público que forma parte del Consejo General del Notariado.

El Notario no es un funcionario de la Administración Pública, a pesar incluso de la errónea definición contenida en el artículo 1 LN, sin duda motivada por la fecha de su redacción, en pleno siglo XIX⁴ y tal conclusión será importante en cuanto a la determinación de su vinculación mayor o menor a la tesis de la jurisdicción voluntaria como fundamentadora de su función.

A modo de aproximación inicial, las principales orientaciones sobre la naturaleza jurídica de la actividad notarial han sido las siguientes:

³ Esta norma ha sido modificada parcialmente con una última reforma operada por Real Decreto 1612/2011, de 14 de noviembre por el que se modifican los Decretos por los que se aprueban los aranceles de los Notarios y los Registradores (BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2011).

⁴ El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.

a) Tesis que considera a la función notarial como parte del poder ejecutivo del Estado y cuya actividad principal es la prestación de un servicio público, en virtud de una delegación del Estado⁵.

Esta orientación se acerca a la llamada teoría de la fe pública y es calificada actualmente como incompleta ya que ni el Notario es un testigo cualificado, ni tiene delegado un supuesto poder de dar fe, ni el instrumento público es sólo una prueba preconstituida con presunción favorable al documento notarial⁶.

b) Orientación cuyo fundamento se encuentra en que el Estado, con independencia de la división de poderes tradicional, tiene atribuido un poder certificante, que en su mayor parte confía al Notario. También se ha denominado función autorizante instrumental⁷.

c) Teoría que considera al ejercicio del notariado como función aproximada al fenómeno de la jurisdicción. Por supuesto hay que tener en cuenta la prescripción realizada por el artículo 117 de la Constitución Española en cuanto a la atribución a los Juzgados y Tribunales de la potestad jurisdiccional, como poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en toda clase de juicios.

La idea de acercamiento a la jurisdicción voluntaria ha quedado plasmada incluso en el artículo 3 del vigente Reglamento Notarial cuando establece en su apartado 1º que el Notariado, *«como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados»*.

Las posiciones doctrinales favorables a la calificación de la función notarial como jurisdicción, que son mayoritarias en nuestra doctrina, se basan en criterios de tipo subjetivo, objetivo y legislativo.

Desde el punto de vista subjetivo el Notario aparece como único funcionario competente en el ejercicio de su especializada actividad y en cuanto al aspecto objetivo, el Notario intervendrá ejerciendo sus funciones en *«actos y contratos extrajudiciales»*, tal y como dispone el artículo 1 LN.

Conforme al mencionado criterio legislativo, el sistema de fuentes del Derecho vincula al Notario en el ejercicio de su actividad, que, como se verá más adelante, cumple un importante papel de intérprete que podríamos completar denominándolo como intérprete-interventor de justicia y equidad.

⁵ Este fundamento lo recoge y desarrolla Castán Tobeñas (1946:79-80) y (1950:126). Igualmente, Santos Briz (1989:808).

⁶ Tamayo Clares (1993:10).

⁷ Resulta interesante la obra de Otero Peón (1974: 120 y ss.)

La cuestión es que la consideración de la justicia, según los actuales defensores de la tesis que califica a la función notarial como parte de la jurisdicción voluntaria, se refiere a la función jurisdiccional, como función que lleva aparejada la facultad de aplicar leyes y administrar justicia en los negocios civiles, como una clase de jurisdicción prorrogada por conformidad de las partes para la declaración de lo justo.

Debe considerarse que de acuerdo con la correcta naturaleza jurídica de la función notarial se despliega un sistema de responsabilidad civil que derivará del compromiso simplemente profesional pero enmarcado en una especial función delegada del Estado, la prestación de un servicio y de una responsabilidad civil extracontractual, cuyos criterios de imputación no difieren básicamente de los aplicables a cualquier profesional del Derecho en el ejercicio de su función, aunque por la importancia de ciertas atribuciones de potestades notariales se presentará alguna especialidad, sobre todo en el ámbito de la graduación de la responsabilidad.

I.1. Una crítica a la jurisdicción voluntaria como fundamento de la función notarial

Al pretender una argumentación jurídica congruente de la actuación notarial no podemos obviar las dificultades y obstáculos que existen en su configuración, siendo el más trascendental de ellos la existencia de difusos caracteres en su naturaleza jurídica, que parten de la indeterminación del contenido mismo de lo que llamamos jurisdicción voluntaria.

Abordaremos en primer lugar la exposición de las tesis que rechazan la asimilación de la función notarial a la jurisdicción voluntaria, atribuyendo a tal función un carácter administrativo.

Este concepto se configura mediante un entramado de actuaciones judiciales, conformado por inercia histórica y que en ocasiones presentan una naturaleza muy diferente entre sí. Son ejemplos de ese contenido las autorizaciones y complementos de capacidad o la fijación de hechos o declaración de situaciones jurídicas que, en algunos casos no pueden encomendarse al Notario por encerrar una exclusiva potestad que corresponde únicamente a Jueces y Tribunales⁸.

Esta cuestión resulta muy clara si se observa que cuando el artículo 117 de la CE dispone que <<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>> no distingue entre potestad jurisdiccional voluntaria o

⁸ Resulta interesante la aproximación a este concepto realizada por Gomá Salcedo (1992:11)

contenciosa, sin perjuicio de que tradicionalmente se ha recurrido a la jurisdicción voluntaria como entidad de fundamentación mediata de otras funciones poco encuadrables en el sistema tradicional, como es el caso del notariado.

A nuestro juicio, la función notarial comprende aspectos que no pueden integrarse en la idea de jurisdicción voluntaria de forma abierta y general, como por ejemplo la investigación de la voluntad de las partes y su redacción autónoma por el Notario, lo que nos hace suponer la existencia de actos de jurisdicción voluntaria que no pueden encomendarse al Notario.

En nuestra doctrina se han clasificado⁹ los actos de jurisdicción voluntaria en tres grupos: en primer lugar, autorizaciones y complementos de capacidad, en los cuales, con o sin jurisdicción, existe un evidente ejercicio de autoridad. En segundo lugar, declaración de situaciones jurídicas y en este caso el Juez, previa cognición más o menos extensa, declara que un supuesto de hecho corresponde a una situación de derecho. En tercer lugar, actos de fijación de hechos, en los que el Juez admite documentos y declaraciones testificales, sobre hechos que no puedan perjudicar a persona determinada.

La cuestión es que de esos tres actos calificables como de jurisdicción voluntaria, sólo los terceros pueden atribuirse a la función notarial y las ramas jurídicas de los registros, reflejando la función notarial y alguna parte de la jurisdicción extraprocesal del Juez funciones análogas, que deberían estudiarse en lo que podría denominarse como un sistema general de las formas públicas.

La diferencia o unificación se deberá a causas circunstanciales o al resultado del ejercicio de la política, pero no a la Ciencia jurídica, no al Derecho. Ante esas dificultades de integración en el concepto que estudiamos, podríamos calificar la jurisdicción voluntaria como un concepto perfectamente inútil para el Derecho notarial y en tal sentido, de forma gráfica se asegura en la doctrina española que la única consecuencia útil que se obtiene del precedente repaso es una que indigna mucho a los especialistas en Derecho notarial: que la función notarial es de carácter administrativo, exactamente como lo es la función no jurisdiccional de los Jueces.¹⁰

La asimilación del concepto de jurisdicción voluntaria a las funciones administrativas aparece en la obra de numerosos procesalistas españoles que consideran que la jurisdicción voluntaria se materializa en una simple actividad administrativa, aunque

⁹ Cfr. González Palomino (1948:79 y 80)

¹⁰ Así lo reitera González Palomino (1948:82).

próxima a la actividad jurisdiccional. El órgano jurisdiccional, en los negocios de jurisdicción voluntaria en los que interviene, como actúa para proteger los derechos de los particulares en ciertos casos en que no están los interesados en condiciones de hacerlo por sí mismos, nunca lo hace por encima de los intereses de las partes, sino que ha de procurar la defensa de los intereses cuya protección se le encomienda¹¹.

Dentro de los tratadistas del Derecho Notarial, GONZALEZ PALOMINO, que ha ocupado una relevante posición, aporta una interesante definición de la función notarial que nosotros transcribimos a modo de conclusión de este apartado por reunir la mayor cantidad de caracteres precisos para configurarla: *<<Función pública de carácter administrativo, que consiste en dar forma de ser o de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el Notario, hecha, en el momento mismo en que son para él evidentes, por su producción o por su percepción, en el instrumento público, a requerimiento de parte y generalmente con la colaboración de éstas.>>*¹²

Manifestadas estas indicaciones favorables a la separación de los conceptos función notarial y jurisdicción voluntaria es preciso destacar la mayoritaria aceptación de la tesis contraria en nuestra doctrina. GIMÉNEZ ARNAU¹³ se ocupa de reseñar algunos de los autores favorables a esa tesis¹⁴ cuyos argumentos básicos resume:

1º.-La jurisdicción voluntaria declara hechos y situaciones jurídicas, pero no declara derechos de una manera directa.

2º.-Las resoluciones de los actos de jurisdicción voluntaria no tienen el carácter de cosa juzgada. En la generalidad de los casos no cabe contra ellas el recurso de casación.

3º.-No habiendo declaración de derechos controvertidos, ni posibilidad de que haya oposición en esta clase de expedientes, no tiene por qué intervenir el Juez.

4º.-Tratándose, en consecuencia, de actos extrajudiciales por su esencia y naturaleza, la intervención en los mismos debe corresponder a los funcionarios del orden notarial.

En parecidos términos se expresa GOMEZ-FERRER SAPIÑA (1993:108 y 109) cuando con un criterio abierto y flexible reclama para el Notariado gran cantidad de esos actos de jurisdicción voluntaria considerando que:

1º.-La competencia judicial en los actos que conforman la jurisdicción voluntaria

¹¹ Cfr. Gimeno Gamarra (1953:16 y 17).

¹² Cfr. González Palomino (1948: 119 y 120).

¹³ Cfr. Giménez Arnau (1976:83). Igualmente, cfr. Castán Tobeñas (1946:20) en relación a la tesis que defiende la función notarial como jurisdicción voluntaria.

¹⁴ Navarro Azpeitia, Mengual o Castán Tobeñas, entre otros.

obedece a condicionamientos históricos, fruto de épocas en las que jurisdicción y administración estuvieron encomendadas a las mismas personas.

2º.-En los actos de jurisdicción voluntaria los Jueces no ejercen jurisdicción, por cuanto ni juzgan ni mandan ejecutar lo juzgado, a través del proceso, con eficacia de cosa juzgada, sino que ejercen una función encomendada a ellos por la ley, en garantía de ciertos derechos.

3º.-La llamada jurisdicción voluntaria tampoco es actividad administrativa, salvo que de ella se profese un concepto amplio, considerando que, cuando en los actos de jurisdicción voluntaria se produce la garantía de los derechos individuales, se cumple el interés propio de la actividad administrativa.

4º.-La jurisdicción voluntaria es una actividad autónoma del Estado, caracterizada por actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídico-privados, formando parte de lo que se ha llamado sistema cautelar y que tiene como finalidad la garantía de cualquier derecho en función preventiva.

5º.-La función notarial reúne, al igual que la jurisdicción voluntaria, la característica de actuar una función pública sobre relaciones o intereses jurídico-privados, dentro del sistema cautelar y con la finalidad de garantizar el derecho a la seguridad y a la paz social.

6º.-Deben ser de competencia notarial aquellos actos de jurisdicción voluntaria, que por su naturaleza constituyen actos notariales, así como otros en que no cumpliendo la judicatura su misión de mayor protección de algún derecho, pueden ser desempeñados por el Notariado atendiendo a su preparación, honestidad y medios documentales de que dispone.

Es preciso recordar que alguna de las viejas reivindicaciones del Notariado en cuanto a su intervención en la declaración de herederos abintestato¹⁵ se han visto hoy plenamente admitidas. En su momento se argumentaba a favor de su admisión que el artículo 958 CC, texto posterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶, sólo exige la declaración judicial de herederos en el caso de herencia a favor del Estado.

En efecto, la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal incluyó en su día el trámite de la declaración de herederos abintestato que fueren descendientes, ascendientes o cónyuge del causante, conforme a lo establecido en los artículos 209, 209 *bis* y 210 RN.

¹⁵ Cfr. Giménez Arnau (1976:84).

¹⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil* (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).

El vigente artículo 56 LN ha sido modificado por el art. 1.4 de la Ley 8/2021, de 2 de junio¹⁷ reglamentando la actuación notarial en el acta de declaración de herederos *ab intestato* precisamente como título notarial indubitado susceptible de desplegar de forma plena atribución de efectos sucesorios¹⁸, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a acudir a los Tribunales, lo cual queda garantizado al estar previsto en el precepto que se hará constar en el Acta la reserva del derecho a ejercitar su pretensión ante los Tribunales de los que no hubieran acreditado a juicio del Notario su derecho a la herencia y de los que no hubieran podido ser localizados, así como que quienes se consideren perjudicados en su derecho podrán acudir al proceso declarativo que corresponda. De esta forma se garantiza plenamente que la función notarial quede sometida de forma mediata a la jurisdicción ordinaria, sin que opere la absurda confusión que algunos autores defienden al calificar confusamente a la función notarial como de jurisdicción voluntaria.

También se puede aportar como ejemplo de progresiva atribución a la función notarial de potestades desgajadas de la estructura jurisdiccional el RD 290/1992 de 27 de marzo, que modificó los artículos 234, 235 y 236 RH desarrollando el procedimiento ejecutivo hipotecario extrajudicial ante Notario, preconizado por el artículo 129.2º LH.

Resulta especialmente interesante este último precepto para poder aproximarnos a la consideración de la función notarial cuando se refiere a dos vías diferentes de realización del crédito hipotecario:

a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero LEC, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.

b) Mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 CC, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.

Al referirse a la venta extrajudicial declara el artículo 56 RN que «*se realizará ante Notario*» y se ajustará a los requisitos y formalidades que el precepto describe, y no cabe duda de que se trata de una vía no jurisdiccional, precisamente por la expresa y directa

¹⁷ Se añade el artículo en virtud de la disposición final 11.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la jurisdicción voluntaria*.

¹⁸ Dispone el artículo 56 apartado 3 de la Ley del Notariado que «*ultimadas las anteriores diligencias y transcurrido el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el requerimiento inicial o desde la terminación del plazo del mes otorgado para hacer alegaciones en caso de haberse publicado anuncio, el Notario hará constar su juicio de conjunto sobre la acreditación por notoriedad de los hechos y presunciones en que se funda la declaración de herederos. Cualquiera que fuera el juicio del Notario, terminará el acta y se procederá a su protocolización*».

manifestación del legislador, que vincula la ejecución a un procedimiento judicial tasado en el primer caso y sujeto a lo previsto por los artículos 681 y siguientes de la LEC y a un trámite extrajudicial-notarial en el segundo caso, que se denomina por el mismo legislador como «venta extrajudicial».

Por último, también puede haberse fundado en la pretendida atribución de potestades de jurisdicción voluntaria a los Registradores de la Propiedad la función de diligenciado de libros de actas de las comunidades de propietarios para hacer constar en ellos los acuerdos de las juntas de propietarios en el régimen de propiedad horizontal,

El artículo 15 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, modificó el artículo 19 de la originaria Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal¹⁹ disponiendo que los acuerdos de la Junta de propietarios se reflejarán en un libro de actas diligenciado por el Registrador de la Propiedad en la forma que reglamentariamente se disponga.

Anteriormente, ya había sido modificado el originario artículo 17 de la Ley 49/1960 de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, que declaraba originariamente: «*los acuerdos de la Junta de Propietarios se reflejarán en un libro de actas foliado y sellado por el Juzgado municipal o comarcal correspondiente al lugar de la finca o diligenciado por Notario*». Esta redacción dejó de estar vigente en virtud de la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, cuya disposición final 2 diseñó el nuevo contenido normativo, trasladando definitivamente las funciones jurisdiccionales (en jurisdicción voluntaria auténtica) a la función legal atribuida a los Registradores de la Propiedad.

I.2. Ni la función notarial, ni la función registral son jurisdicción voluntaria: la venta extrajudicial regulada por el artículo 129 LH tiene efecto ejecutivo, pero no es un procedimiento en un sentido técnico-jurídico

No parece razonable alejar del concepto y función del Notario el carácter de profesional que le define y estructura, aún con más fuerza que el aspecto meramente funcionarial que sobre él mismo se descubre y que, sin duda adquiere especial relevancia cuando se pone en contacto con un concepto tan poco diáfano como el de la jurisdicción voluntaria.

En el origen de estas asimilaciones realizadas por la doctrina, se encuentra una confusión entre la Función Pública que puede desempeñar y el carácter público de sus

¹⁹ Ley 49/1960, de 21 de julio, *sobre Propiedad Horizontal* (BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960).

funciones. Y, sin lugar a dudas, entendemos que este error alcanza al mismo texto legal regulador del Notariado, como se pudo observar anteriormente.

La función notarial no es función jurisdiccional. El artículo 117 CE debe interpretarse de forma restrictiva para que el efecto sea acorde con los principios de seguridad jurídica y de legalidad.

Debemos considerar que sólo podrán delegarse a la función notarial facultades o potestades que, estando en la competencia jurisdiccional, sin embargo, presentan un carácter notarial. Pero, en todo caso, tal actividad de delegación debe llevarse a cabo con moderación y como resultado de un profundo análisis y valoración jurídica, y no por meros criterios de conveniencia práctica más o menos fundados.

Si partimos de la idea de que la jurisdicción voluntaria no es mera actividad administrativa sino parte de la propia jurisdicción, por medio de la cual se tutelan judicialmente intereses privados aplicando el Derecho al caso concreto, hemos de convenir que función notarial no puede ser equivalente a jurisdicción voluntaria.

Como ejemplo de atribución inversa, esto es desenganche de la función notarial y encaje en la potestad jurisdiccional podemos citar la reforma del Código Civil en materia de adopción operada por Ley 21/1987 de 11 de noviembre, cuando, conforme a lo dispuesto en el artículo 176.1, se dispone que *«La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptado»*, eliminando así la competencia que el antiguo artículo 175 atribuía a la función notarial en cuanto a la autorización de la escritura constitutiva.

Este argumento podría servirnos perfectamente como prueba de que ambas potestades o funciones, la jurisdiccional (sea contenciosa o voluntaria) y la notarial son conceptos con naturaleza jurídica muy diferentes.

Resulta muy interesante la consideración realizada por la STS Sala 1ª 483/2016, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3412) cuando en el Fundamento de Derecho 1º declara que aunque la venta extrajudicial a la que se refiere el artículo 129 LH presenta naturaleza ejecutiva, tiene una base consensual absolutamente diferencial : *«La Audiencia, después de considerar que el procedimiento de venta extrajudicial previsto en el art. 129 LH tiene naturaleza ejecutiva, razona que, de entre los procedimientos de ejecución, es el único que requiere de un pacto expreso para que el acreedor pueda acudir al mismo en caso de impago y 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».

La Ley Hipotecaria reconocía en el artículo 129.2º, hasta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el pacto en escritura pública de un <<*procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria...*>> con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario, justo después de tipificar el procedimiento judicial sumario del artículo 131.

Y comenzó con este reconocimiento una dura batalla jurídica en la que han intervenido elementos doctrinales, jurisprudenciales, y yo aventuraría que incluso intervienen elementos políticos y socioeconómicos, con la que se pretende conquistar la viabilidad práctica de un conjunto de actos tendentes a obtener un resultado idéntico al procedimiento judicial ordinario.

El origen del procedimiento está en el antiguo artículo 210 del Reglamento Hipotecario de 1917. La reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-46 utilizó expresamente la denominación de «*procedimiento*» al reflejarlo en el artículo 129.2º y remitió al Reglamento para la regulación específica de su tramitación, siendo retocado con ocasión del Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario y del Reglamento Notarial.

La verdad es que no fue bien entendida en su momento la llamada ejecución extrajudicial, porque en la época de referencia se observaba una elevada judicialización de algunas materias, quizás influida por las teorías elaboradas por DE CASTRO en torno a las llamadas cuestiones de orden público²⁰, de las que sin duda esta era un claro exponente, generándose un interesante debate doctrinal que es ya pura historia jurídica, en el que destacó la calificación de la cuestión de orden público como un concepto pseudotécnico que permitía flexibilizar o endurecer facultativamente ciertas exigencias marcadas por la Ley.

Se ha advertido en la doctrina también acerca de los riesgos de desnaturalización que amenazaban a la función notarial si se utilizase semejante procedimiento de ejecución, por afectar a las competencias funcionales por razón de la materia y por razón del titular actuante, aunque lo cierto es que en sus orígenes fue escasamente utilizado.

Al margen del problema competencial, las oscuridades operaban en el plano puramente práctico, ya que se facilitaba una suspensión automática del procedimiento cuando, antes de la subasta se anotaba preventivamente demanda en juicio declarativo

²⁰ De Castro y Bravo (1982:1021 y 1029 a 1046)

ordinario, lo que, unido al sistema de doble subasta con sujeción al mismo tipo, provocaba graves problemas para obtener el fin último perseguido por la Ley.

Tras la redacción que el RD 290/1992 de 27 de enero atribuyó a los artículos reformados del Reglamento Hipotecario, se revitalizó la actuación notarial en la materia dotando al fedatario público de un cierto carácter de colaborador judicial, cuestión que ha llevado a nuestra doctrina²¹ a plantearse problemas de alcance jurídico, tanto en lo que se refiere a la naturaleza de su función en conexión con la jurisdicción voluntaria, como en lo referente a la competencia objetiva y su choque con el artículo 117 CE.

Nuestra posición contraria a la pretendida vinculación con la jurisdicción voluntaria como fundamentadora de la naturaleza de la función notarial ha quedado expresada en apartados anteriores, de forma que podríamos considerar incluso el dilema sobre si el Notario es un intruso en la ejecución hipotecaria general.

Ciertamente, resulta difícil la elaboración de un concepto para definir el Notario como fedatario público, sobre todo si no se aborda esa labor teniendo en cuenta conjuntamente los dos polos en torno a los que gira su actividad: el funcionario público y el profesional del Derecho. Sólo si se consideran esos dos aspectos se encontrará sentido a los principios de imparcialidad, de libre elección e independencia que caracterizan al Notariado español.

El ejercicio del Notariado comprende la labor de dar forma, constituir prueba y otorgar eficacia conforme a la Ley y en el mismo se detectan tres aspectos que no es posible escindir o separar: la esencial función de documentación, la de dación de fe y la de interpretación y mediación.²²

Conforme al primero de ellos, el Notario redacta el documento cuya autorización solicita y conforme al segundo otorga la fe pública dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo 1. 3º LN. En cuanto a la interpretación, baste recordar lo que establece el artículo 147.1º del Reglamento Notarial: «*[e]l Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción*».

Para mayor complejidad interpretativa, el artículo 1 LN afirma que «*[e]l Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes de los contratos y demás*

²¹ Muy especialmente, Gómez-Ferrer Sapiña (1993:108 y 109)

²² Delgado de Miguel (1993: 236)

actos extrajudiciales», disponiendo por su parte el artículo 1. 2º RH que «los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial...».

Como puede observarse a primera vista, las dos conceptualizaciones legales nos dan idea de la excesiva simplificación que la Ley del Notariado ha ofrecido en su contenido, afortunadamente completado por el Reglamento, aun cuando como acertadamente observa GOMÁ SALCEDO (1992:14), el aspecto profesional se deja entrever cuando la propia Ley habla en su artículo 1 de dar fe «*de los contratos y demás actos*», conceptos que en sí, son inaprehensibles por los sentidos y que, por consiguiente, no pueden ser objeto directo o principal de la fe pública.

Esta doble vertiente, funcionarial y profesional expresamente referidas por sus normas orgánicas, es la que certeramente define al Notariado latino, a la que hemos de unir la obligación de retribuir que recae sobre los otorgantes o requirentes del instrumento público, constituyendo un dato de gran importancia en la labor calificadora de la función notarial el carácter de esta retribución, que no corre a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, sino a cuenta de los particulares requirentes por medio del Arancel y en su caso de los precios públicos, característicos de la actividad notarial, que, además genera la obligación del particular de satisfacer el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) propio de la actividad profesional²³, lo que supone que en la minuta notarial (y registral, porque la argumentación es perfectamente extensible a los Registradores) se comprenderán varios conceptos sujetos a tributación diferenciada: la intervención profesional y el arancel como expresión de un tributo vinculado a un servicio público.

Hace ya casi una treintena de años la Dirección General de Tributos, ofreció un punto de reflexión acerca del innegable carácter profesional del Notario, cuando por la Resolución de 3 de septiembre de 1986, en respuesta a una consulta vinculante formulada por la entonces

²³.- Desde el 1 de enero de 2015 todos los servicios prestados por Notarios y Registradores quedan sujetos y NO exentos en el IVA al tipo ordinario del 21% en virtud de expresa disposición de la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, y la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

Junta de Decanos de Colegios Notariales de España (actual Consejo General del Notariado), dispuso en cuanto a la sujeción al I.V.A. que los asesoramientos o consultas prestadas por los Notarios, no actuando como funcionarios públicos se entenderán realizadas en el lugar en que radique la sede de su actividad económica, o el establecimiento permanente del destinatario, o en su defecto, en el lugar de su domicilio.

En consecuencia, y desde nuestra estricta convicción, podemos definir al Notario como un profesional del Derecho que ejerce la función privada de interés público de dar fe en relación a toda clase de hechos y actos jurídicos, en virtud de una atribución legal directa, no constituyente de delegación estatal que requiere para su ejercicio encontrarse incorporado al correspondiente Colegio Notarial, como Corporación de Derecho Público que forma parte del Consejo General del Notariado.

Como anteriormente se apuntaba, encontramos en nuestro Derecho cierta confusión en cuanto a los aspectos funcionariales y profesionales del Notario, aun cuando el aspecto profesional esté dotado del carácter de servicio público, configurándose así, como casos de actividad mixta profesional privada y pública que ofrecen un punto de aclaración en el asunto que tratamos.

Buena prueba de ello fue la STS, Sala 1ª de 3 de julio de 1965 (R.J 3696) que puede señalarse como ejemplo de confusión entre los conceptos de funcionario público y de función pública cuando afirma que «[...] la Ley atribuye naturaleza pública al funcionario fedante, al no admitirse cotos parcialmente soberanos atribuidos al Poder público>>», aunque esta confusión aparece en ocasiones de forma exactamente en el ámbito de los servicios derivados del ejercicio de la Abogacía, o incluso fuera del campo jurídico, como la actividad propia de las oficinas de Farmacia, definidas por el art. 1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia²⁴, como establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas.

Según dicha norma, el farmacéutico titular-propietario de las mismas, asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares, deberá prestar una serie tipificada de servicios básicos a la población, unos de carácter estrictamente profesional-asistencial-comercial y otros de directa y obligada colaboración con la Administración Pública.²⁵

²⁴ Ya el artículo 1 apartado 1º de la Orden Ministerial de 17 de enero de 1980 definía a la Farmacia como «establecimiento sanitario donde se ejercen funciones, actividades y servicios asistenciales farmacéuticos, así como de salud pública».

²⁵ Como pone de manifiesto Cerdá Olmedo (1985:68), el farmacéutico de una oficina es un comerciante, como titular de una empresa mercantil, pero también es un profesional cuya actividad, rígidamente reglamentada,

Sirva como ejemplificación de esta confusión a la que nos referimos el hecho de que la relación notarial se basa en un contrato de servicios cualificado por el alcance público de la función que ejercita una de las partes, por contar con una delegación de potestad-función pública, que así queda perfilado en la minuta que se elabora una vez realizado el otorgamiento por incluir un sistema de retribución mixto y simultáneo: arancel y honorarios profesionales, lo que nos sitúa siempre en la existencia de sujetos de la relación jurídica que asumen obligaciones concretas, el Notario y el interesado que lo requiere.

I.3. La plena legalidad intrínseca de la institución denominada venta extrajudicial regulada por el artículo 129 LH y la decisiva influencia de la naturaleza jurídica de la función notarial como elemento interpretativo de su plena legitimidad en el sistema

Hasta el momento hemos defendido la inadecuación conceptual derivada de la fundamentación de la función notarial en la jurisdicción voluntaria, pero son los términos de la ley los que vuelven a arrojar dudas que conviene despejar de forma radical, ya que no parece muy adecuado que nuestra legislación hipotecaria se refiera al procedimiento de ejecución extrajudicial controlado notarialmente.

La disposición final 9ª apartado 4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispuso que *«la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. 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»*.

En esta primera redacción se preveía un doble camino de ejecución siempre sometido a pacto, de forma que en todo caso era ejercitable la acción ejecutiva hipotecaria y la venta extrajudicial en su caso, si así se hubiere pactado expresamente, pacto que reformas posteriores hacía recaer en un pretendido procedimiento basado en el artículo 129 LH, que fue posteriormente rectificado conceptualmente quedando en vigor hasta la actualidad.

representa un estadio intermedio entre la función pública y una profesión liberal cualquiera. Así, según el mencionado autor, el farmacéutico dedicado habitualmente a realizar actos de comercio atiende un interés público cualificado: la salud pública. Acerca de este carácter de función privada de interés público, puede consultarse la doctrina jurisprudencial establecida en las STS Sala 3ª, 862/2021, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2427) y STS Sala 3ª, 1393/2022, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3884) con referencias a las anteriores SSTS Sala 4ª, de 25 de junio de 1978 y de 13 de diciembre de 1978.

Incluso hoy día, el citado artículo 129 LH se refiere en sus apartados 2-g y h al procedimiento y no a la venta, como puede observarse en el primer apartado cuando el legislador refiere que *«g) Una vez concluido el procedimiento, el Notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, todo ello con aplicación de las reglas de imputación contenidas en el artículo 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en juicio verbal»*; y, en el siguiente, cuando declara que *«h) La Ley de Enjuiciamiento Civil tendrá carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»*, declarando la ley procesal como norma subsidiaria.

La ejecución extrajudicial requiere la intervención cualificada de Notario y Registrador de la Propiedad, actuando el primero con la función de dirigir la sucesión de actos tendentes a la ejecución y dando fe de ellos y el segundo, en cuanto que la ejecución extrajudicial se fundamenta en la legitimación registral relativa al bien hipotecado debiendo hacerse constar las circunstancias mismas de la ejecución mediante nota al margen de la inscripción de hipoteca, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 236 b del Reglamento Hipotecario.

Realmente no es un procedimiento en el sentido procesal del término y parece inadecuada la referencia que todavía en la actualidad aparece en tal sentido en el artículo 129 LH tras sucesivas reformas legislativas, y buena prueba de ello es la previa exigencia de un doble título para la incoación, la escritura de constitución de hipoteca y la certificación registral, relacionadas exclusivamente con la fe pública notarial y registral, lejos de toda intervención judicial, sin olvidar nunca que no es admisible el ejercicio de la autonomía de la voluntad en relación a las normas de procedimiento.

Tal y como ya hemos puesto de manifiesto, aunque la venta extrajudicial a la que se refiere el artículo 129 LH presenta naturaleza ejecutiva, tiene una base consensual entre las partes interesadas que es absolutamente diferencial respecto a cualquier procedimiento judicial ordinario o especial.

La venta extrajudicial prevista para la realización de valor recuperatorio en el ámbito de la garantía hipotecaria, aunque en algunos momentos ha sido puesta en tela de juicio su legalidad intrínseca en contra de los criterios mayoritarios sostenidos por nuestra

jurisprudencia, es plenamente legítima y ajustada a Derecho, independientemente del dato estadístico de su utilización práctica.

El problema se provocó a consecuencia de la posición radicalmente contraria a la vigencia de la ejecución extrajudicial hipotecaria por afectación de constitucionalidad al vulnerar la doctrina derivada del artículo 117 CE, y serían la STS Sala 1ª 402/1998, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:1998:2802) y posteriormente la STS Sala 1ª 398 /1999, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:1999:2599) las que pusieran en tela de juicio la constitucionalidad y legalidad del llamado procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca.

En sus considerandos y fundamentos jurídicos, reiterados en resolución judicial posterior de 24 de abril de 1999, se declara que la función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial directriz que, además, se asienta 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 a la vista del contenido estricto del artículo 117 CE.

Estos argumentos se refuerzan cuando se declara por la Sala 1ª que esa línea de reflexión *«es 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 nº 167/1987, de 28 de octubre, 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»*.

Tales argumentos vinieron a consolidar la idea de que la jurisdicción es un concepto global que integra tanto la jurisdicción contenciosa como la voluntaria, y que en consecuencia se sobrepasan los límites más estrictos en lo conceptual y en los efectos propios de las normas.

Consideró el Tribunal Supremo que la ejecución extrajudicial se encontraba regulada en los artículos 129 LH y 234 y siguientes del RH, que eran en su vigencia anteriores a la Constitución Española, con lo que no sería el Tribunal Constitucional el único capacitado para derogarlas, declarando la Sala 1ª que en consecuencia, el artículo 129 párrafo segundo LH debía considerarse derogado por la disposición transitoria tercera de la Constitución Española, al provocar una frontal oposición a lo dispuesto por el apartado 3 del artículo 117 de la norma constitucional.

El enfrentamiento se produjo de forma abierta entre las Salas 1ª de lo Civil y 3ª de lo Contencioso-Administrativo a cuenta de la pretendida inconstitucionalidad del precepto llegando a plantearse posteriormente una cuestión de inconstitucionalidad (núm. 1919/1999), por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, respecto al párrafo segundo del art. 129 LH, desarrollado por los arts. 234 a 236 o) RH, resuelta por la importante STC 224/2006, de 6 de julio (BOE-T-2006-14186).

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional decidió inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada desestimando la petición alegando que no se sometía en realidad al conocimiento de este Tribunal una duda razonada sobre la posible inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 129 LH, o lo que es igual, una mera explicación comprensible de las razones en virtud de las cuales el órgano promotor de la cuestión duda de la constitucionalidad del precepto legal, sino una mera exposición doctrinal y jurisprudencial a favor y en contra de dicha constitucionalidad, para que resolver por cuál habría que decantarse, siendo la cuestión de inconstitucionalidad más que dudosa a juicio del Tribunal.

El debate debía considerarse zanjado cuando se produjo la reforma del artículo 129 LH por la LEC, haciendo desaparecer las referencias a las expresiones «*procedimiento*» y disponiendo su activación como «*venta extrajudicial del bien hipotecado*», conforme al artículo 1858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada siendo realizada ante Notario con los requisitos previstos por la Ley Hipotecaria, criterio indubitado y desconectado de todo contenido ejecutivo que sería después consolidado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social al reiterar en su Disposición transitoria quinta la denominación y efectos como simple «*venta extrajudicial*».

De esta forma, la doctrina que se había pronunciado a favor de la constitucionalidad de la ejecución extrajudicial quedaba consolidada, si bien perfeccionada con las reformas legislativas que eliminaban los trazos de enfrentamiento o colisión constitucional, sin mayor novedad al respecto²⁶.

La cuestión alcanzaría una nueva cota de interés jurídico con una resolución posterior

²⁶ Muy interesantes fueron los trabajos elaborados por López Liz (1999:25 y ss), Núñez Boluda (1999:321 a 330) y Poveda Díaz (1999:567 a 593).

de órgano inferior, pero muy consolidada en la jurisprudencia de las Audiencias provinciales cual fue la SAP Sevilla, 5534/2000 de 18 de diciembre (ECLI:ES:APSE:2000:5534) que declaró la plena validez jurídica del procedimiento de ejecución extrajudicial al entender que es perfectamente 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»*.

Además, porque en el caso del artículo 129 LH ya manifestaba la Audiencia Provincial de Sevilla que esto era así 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 ejecución, por lo que no puede considerársele una actuación ejecutiva en sentido estricto»*, siendo lo cierto que la LEC ha mantenido la referencia y remisión a la Ley Hipotecaria para la venta extrajudicial ante notario.

La propia Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica) se manifestó en torno a la cuestión en la Resolución de 29 de diciembre de 2005 (BOE núm. 25, de 30 de enero de 2006) que resolvía recurso interpuesto por Notario autorizante frente a la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una compraventa forzosa derivada de una ejecución extrajudicial de hipoteca, defendiendo la plena vigencia de la ejecución extrajudicial²⁷.

Es reseñable la opinión de PEREZ HERESA (2016:2) con ocasión de la STS de 14 de julio de 2016, que estimó el recurso de casación considerando no abusiva la cláusula de sumisión expresa a ejecución extrajudicial, considerando que habría sido deseable que con dicha resolución hubieran concluido *«las sospechas que han rodeado el procedimiento de venta extrajudicial»* para zanjar definitivamente la cuestión con mínimas garantías de

²⁷ En su Fundamento Jurídico 3º c) declaró que *<<Nos hallamos, pues, ante una ejecución tan expeditiva como la judicial. Las causas de suspensión son, según el artículo 236 del Reglamento Hipotecario, las mismas que se prevén en el artículo 132 Ley Hipotecaria. Después de afirmar que no se limitan las posibilidades de contradecir (que siguen abiertas en el juicio ordinario), sino las de suspender, aduce otro argumento más para concluir que no se viola el artículo 24 Constitución Española: «... el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico. Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. Aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional»>>*.

certeza y seguridad jurídica.

Queda clara la decisiva influencia de la naturaleza jurídica que presenta la función notarial en cuanto a las consecuencias que se despliegan en torno al pacto expreso en título notarial, por el que se produce la sumisión a la venta extrajudicial ante notario, que es la denominación vigente, en primer lugar por estar basada en el principio de autonomía de la voluntad amparado en el artículo 1255 CC y en segundo lugar porque han de considerarse ya definitivamente superadas las dificultades interpretativas que dieron lugar al intenso debate jurisprudencial y doctrinal en torno a su constitucionalidad.

Realmente, la llamada venta extrajudicial ante Notario no puede calificarse de proceso, término este técnico-jurídico vinculado a la jurisdicción ordinaria, y no puede confundirse con el ejercicio de acción alguna tutelada jurisdiccionalmente cuyo desarrollo en sucesión de actos reglados conformaría un procedimiento. No puede calificarse como proceso ejecutivo, aunque presente algunas semejanzas con él, lo que en modo alguno justificaría la atribución sin más de su naturaleza jurídica.

Tal y como señala MURGA FERNANDEZ (2023:12), parece bastante claro que la venta extrajudicial no constituye un proceso de ejecución y que el Notario no asume ninguna función jurisdiccional siendo buena prueba de ello que la resolución sobre las posibles causas de oposición admisibles legalmente (por ejemplo, la concerniente a la existencia de cláusulas abusivas), correspondan al Juez y no al Notario interviniente.

Por supuesto, y para zanjar cualquier debate sobre la eventual inconstitucionalidad del sistema diseñado por el artículo 129 LH, no existe sombra alguna de duda en cuanto a la legalidad del sistema de la venta extrajudicial del bien hipotecado ante el incumplimiento de la obligación garantizada, especialmente por la referencia que el artículo 129 LH realiza al artículo 1858 CC, con una limitación también expresa: el pacto será válido siempre que se haya previsto expresamente por las partes en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.

La referencia al artículo 1858 CC cierra también un debate de forma clara y segura, desde la perfecta combinación de la responsabilidad universal del deudor derivada del artículo 1911 CC en perfecta simbiosis separada técnica y funcionalmente de la responsabilidad que se protege en el artículo 1858 del mismo texto legal *«para pagar al acreedor»*, tal y como expresamente declara el legislador.

II. LAS DEFICIENCIAS REGULATORIAS DE LA LLAMADA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL. HACIA UNA NUEVA REGLAMENTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL

La venta extrajudicial diseñada por el legislador ha sido un instrumento de desarrollo jurídico complementario a la ejecución ordinaria judicial que ha contribuido a aumentar la seguridad jurídica y a impulsar el tráfico jurídico ordinario dentro de sus estrictos límites, marcados de antemano por el artículo 1255 CC.

El problema es que cuando el legislador abordó la reforma del artículo 129 LH en conexión con el pacto expreso desde la óptica del artículo 1858 CC ya existía un medio ambiente ciertamente oscurecido por el debate preexistente en años anteriores acerca de su constitucionalidad que probablemente influyó en años posteriores para rediseñar funcionalmente la institución.

La reforma operada por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social introdujo en la ejecución extrajudicial el debate acerca de las cláusulas abusivas y la posición del Notario como coordinador-director del proceso puesto que se hacen coincidir algunas medidas que son propias de la ejecución judicial, pero sin las garantías de potestad propia que asisten al Juez.

De esta forma, la Ley 1/2013 prevé de forma expresa en la venta extrajudicial la posibilidad de que el Notario pueda suspender el trámite cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente, en la forma prevista por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas, atribuyendo además facultades al Notario para advertir a las partes la existencia de alguna cláusula abusiva²⁸.

Sin embargo, nada se ha previsto por el legislador para el caso de que el Notario detecte deficiencias en cláusulas del título contractual garantizado y muy particularmente cuando el mismo fedatario considere que exista una cláusula afectada de nulidad, por desgracia más que posibles en la práctica, lo que provocaría una evidente parálisis de la función notarial ya que correspondería acudir a la vía jurisdiccional ordinaria para su

²⁸ Estas modificaciones se incluyeron en la Ley 1/2013 a consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (C-419/11) dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

impugnación, sin que conozcamos qué debería hacer el fedatario a continuación según el legislador y sobre todo, qué procedimiento habría de seguirse en tal caso.

En la regulación de la venta extrajudicial confluyen normas de diferente rango, de diferente función normativa, de distinto ámbito de aplicación y casi me atrevo a afirmar que, con distintos fines, y el legislador asiste inerte a su despliegue práctico haciendo que las numerosas dudas que pueden surgir en numerosos aspectos concretos.

Así ocurre en la práctica en cuanto al sistema de edictos y notificaciones, la adjudicación de remanentes, posición de terceros poseedores o de titulares de cargas anteriores y sobre todo, posteriores, coordinación con la competencia calificadora del Registrador, entre otras muchas más que pueden presentarse y recaen material y funcionalmente sobre un Notario que simplemente ejerce una delegación de funciones estatales, delegación de funciones que, si creemos en lo que las diferentes reformas normativas nos han ido manifestando en sus exposiciones de motivos, es un colaborador de la justicia y no un actor principal y directo de la potestad jurisdiccional, como hemos puesto de manifiesto en nuestro trabajo.

Incluso la inquietante cuestión de la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir el Notario interviniente nos arroja serias dudas de garantías jurídicas elementales, sobre todo para él como sujeto activo que ha de huir (así lo declaró expresamente la jurisprudencia) *«de lo que no se compagina con el automatismo y rutina profesional»* ante la seria amenaza que supone el artículo 1902 CC y la acreditación de la falta de diligencia debida, superior sin lugar a dudas a la diligencia exigible para otros profesionales en el desempeño de sus funciones²⁹.

Del contenido del artículo 129 LH cabe deducir una serie de disfunciones normativas que contribuyen decididamente a diseñar un panorama difuso de la venta extrajudicial en lo que se refiere a su materialización y coordinación con otras normas con una afectación directa de la plena vigencia del principio de seguridad jurídica.

Basta una lectura simple del artículo 129 LH para descubrir muchas de las disfunciones a las que nos referimos, comenzando con el contenido del apartado 2. d) y su remisión directa a la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto que la venta *«se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos*

²⁹ Cfr. STS Sala 1ª 75/2000 de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2000:769) que exige un nivel de diligencia superior del Notario en la dación de fe como actuación profesional.

en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El apartado 2. e) se dispone una remisión expresa al Reglamento Hipotecario cuando se declara que será esta la norma competente para determinar *«la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones en el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación»*, con ulterior remisión a los artículos 72 a 77 LN en versión reformada por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria.

Por último, como ejemplo de la insuficiencia de la normativa en vigor, el apartado 2. h del artículo 129 LH declara en fórmula abierta que la LEC tendrá carácter supletorio *<<en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.>>*, referencia ésta última que vuelve a complicar el panorama interpretativo al que ha de enfrentarse el Notario interviniente en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, fijando algunas condiciones especiales para el caso de que el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, sin suspensión de la ejecución.

La integración, interpretación y aplicación de estas normas, de diferentes rangos, fines y competencias de ejecución nos plantea en la actualidad un muy serio problema de actuación para el Notario interviniente (no debemos olvidar la constante presencia de la exigencia de una diligencia superior en su acción que nos resitúa a cada paso en el ámbito del artículo 1902 CC y la responsabilidad extracontractual por daños).

En nuestra doctrina ya se han pronunciado algunos autores acerca de los problemas generados por esta coexistencia forzada de normas de tan diferentes fines y naturaleza, destacando especialmente desde una visión eminentemente práctica los numerosos problemas de interpretación brillantemente referidos por MICÓ GINER, J (2016: 3), por ejemplo, en cuanto al problema de la inexistencia de edictos en el procedimiento notarial, el problema de los titulares de cargas posteriores, la inexistencia de medios alternativos a la subasta, momento y notificación de la protocolización del acta, adjudicación de remanentes, distribución de sobrantes o la fijación de deuda pendiente³⁰.

³⁰ Por su parte, Murga Fernández (2016:9) pone de manifiesto que *«[e]sta confusa realidad normativa*

Estas claras deficiencias provocadas por la ausencia de una normativa unificada, coordinada y mínimamente lógica hacen que el recurso a la venta extrajudicial, diseñado inicialmente por el legislador como una excepción y después asumido como una vía ordinaria más (siempre *ex pacto*), útil por su rapidez y relativa sencillez en su desarrollo deban ser objeto de una profunda reforma legislativa que devuelva la regulación de la venta extrajudicial a la legislación notarial como sede normativa natural en la que se definan y desarrollen las funciones asumidas por el notariado en la gestión del crédito garantizado con hipoteca como garantía real de mayor peso y poder de realización de nuestro ordenamiento.

Desde la Ley del Notariado y su Reglamento se logrará a nuestro entender que la competencia notarial alcance pleno sentido y fundamento en todo lo actuado frente a las continuas injerencias de la legislación procesal, fuera de lógica, de órbita y de aplicación frente a una función, la notarial que a nuestro juicio, ni ha tenido, ni tendrá nunca, un fundamento auténtico de su naturaleza jurídica en la jurisdicción voluntaria, manifestado este límite que señalamos en el sentido de nuestra convicción de que la jurisdicción a la que se refiere el artículo 117 CE es una, e integra tanto a la contenciosa como a la voluntaria en una precomprensión del texto normativo desprovista de influencias de oportunidad político-económica o puramente artificiales.

Bibliografía

- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1946), *Función notarial y elaboración del Derecho*, Madrid.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1950), «En torno a la función notarial», *AA.A.M.N.*, Madrid, T. II.
- CERDÁ OLMEDO, M. (1985), «La oficina de farmacia y el régimen económico del matrimonio», *RDN*, julio-diciembre, 1985.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1982), «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, vol. 35, nº 4 (pp. 987-1086).
- DELGADO DE MIGUEL, J. F. (1993), «La función notarial». *Ponencias presentadas por el Notariado Español en la VI Jornada Notarial Iberoamericana*, Quito, Consejo General del Notariado, Guadalajara (pp.236 y ss.).
- GIMÉNEZ ARNAU, E. (1976), *Derecho Notarial*. Pamplona.
- GIMENO GAMARRA, R. (1953), «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», *ADC*, enero-marzo 1953 (pp.16 y 17).

debilita claramente la figura y la hace mucho menos atractiva para los operadores jurídicos, desaprovechando así las importantes ventajas potenciales que presenta: fundamentalmente, su celeridad, la descongestión judicial y su menor coste».

- GOMÁ SALCEDO, J. E. (1992) *Derecho Notarial*, Madrid.
- GOMEZ FERRER SAPIÑA, M. (1993), «El ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el Notario». *Ponencias presentadas por el Notariado Español en la VI Jornada Notarial Iberoamericana de Quito*, Consejo General del Notariado. Guadalajara (pp. 108 y 109).
- GONZÁLEZ PALOMINO, J. (1948) *Instituciones de Derecho Notarial*, T. I, Reus, Madrid.
- LÓPEZ LIZ, J. (1999) *Perfecta constitucionalidad del procedimiento extrajudicial: compendio argumental contra la sentencia de 4 de mayo de 1998*, Ed. Bosch, Barcelona.
- MICÓ GINER, J. (2016), «Venta extrajudicial: las dudas prácticas y las reflexiones de mayor calado que suscita», *El Notario del Siglo XXI*, nº 69, septiembre-octubre 2016 (<https://legado.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/opinion/opinion/6967-venta-extrajudicial-las-dudas-practicas-y-las-reflexiones-de-mayor-calado-que-suscita>).
- MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2023), «La venta extrajudicial de inmuebles hipotecados: un estudio crítico», *RDC* (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>), vol. X, nº 5 (octubre-diciembre, 2023) Estudios (pp. 1-42).
- NÚÑEZ BOLUDA, L. (1999), «La inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su segundo párrafo relativo al procedimiento extrajudicial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 4 de mayo de 1998», *RDP*, abril 1999, pp. 321 a 330.
- OTERO PEÓN, M. (1974), «En torno al Notario y a la función notarial», *RDN*, nº 84 (pp.120 y ss.).
- PEREZ HERESA, J. (2016) «El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecaria», *El Notario del Siglo XXI*, nº 69, septiembre-octubre 2016 (<https://legado.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/opinion/opinion/6966-el-tribunal-supremo-se-pronuncia-sobre-el-procedimiento-de-ejecucion-extrajudicial-hipotecaria>).
- POVEDA DÍAZ, J. (1999) “Constitucionalidad de la ejecución extrajudicial de la hipoteca”, *RGLJ*, núm. 5 (pp. 567 a 593).
- SANTOS BRIZ, J. (1989) *Responsabilidad Civil*, Madrid, 1989.
- TAMAYO CLARES, M. (1993), «Temas de Legislación Notarial», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, Separata nº 21, febrero 1993 (pp. 10 y ss.).

Jurisprudencia

Tribunal Supremo

STS, Sala 1ª, de 3 de julio de 1965 (R.J 3696) que puede señalarse como ejemplo de confusión entre los conceptos "funcionario público" y "función pública"

STS, Sala 1ª, 483/2016, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3412). La venta extrajudicial a la que se refiere el artículo 129 LH presenta naturaleza ejecutiva y presenta una base consensual absolutamente diferencial.

STS, Sala 1ª, 402/1998, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:1998:2802). Posibles trabas a la vigencia de la ejecución extrajudicial por inconstitucionalidad.

STS, Sala 1ª, 398 /1999, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:1999:2599). Posibles trabas a la vigencia de la ejecución extrajudicial por inconstitucionalidad, con referencia a las SSTS (Sala 3ª) de 16 de octubre y de 23 de octubre, ambas de 1995, y SSTS (Sala 1ª) de 4 de mayo de 1998 y de 24 de abril de 1999.

STS, Sala 3ª, 862/2021, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2427). Naturaleza jurídica mixta de las oficinas de farmacia.

STS, Sala 3ª, 1393/2022, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3884). Naturaleza jurídica mixta de las oficinas de farmacia.

STS, Sala 1ª 75/2000 de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2000:769). Ha de exigirse en la intervención notarial un nivel de diligencia superior del Notario en la dación de fe como actuación profesional.

Tribunal Constitucional

STC 224/2006, de 6 de julio (BOE-T-2006-14186) resolviendo cuestión de inconstitucionalidad del artículo 129 apartado 3 LH interpuesto por la Audiencia Provincial de Valencia.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-419/11), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante Auto de 19 de julio de 2011, recibido en el Tribunal de Justicia el 8 de agosto de 2011, en el procedimiento entre D. Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa),

Dirección General de los Registros y del Notariado

Resolución de 29 de diciembre de 2005 (BOE núm. 25, de 30 de enero de 2006) que resuelve recurso interpuesto por Notario autorizante frente a la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una compraventa forzosa derivada de una ejecución extrajudicial de hipoteca defendiendo su plena legalidad y vigencia.