

Bancario y Financiero

Ejecución extrajudicial de una prenda sin desplazamiento sobre créditos y ordenación convencional de las subastas y del valor de adjudicación

¿Puede pactarse que la ejecución notarial de una prenda sin desplazamiento notarial siga el modelo del artículo 1872 del Código Civil para integrar las lagunas de la Ley del Notariado?

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. La cláusula de ejecución extrajudicial de la prenda sin desplazamiento

Se trata de una cláusula usual y, en especial, en las grandes financiaciones. No opera nunca como cláusula de ejecución única y concurre, a discreción del acreedor, con otras modalidades de ejecución, incluso directa, como la apropiación y la imputación, si se trata de créditos dinerarios, con o sin un apoyo de *pacto marciano*. La presente prenda sin desplazamiento recae sobre créditos y, por tanto, su espacio es residual si el crédito contra tercero es de cómodo cobro. Esta cláusula es innecesaria si el garante puede pignorar acciones (dudoso cuando no están cotizadas)

porque en ese caso se ejecutan conforme al régimen del Real Decreto Ley 5/2005. Bajo ciertas condiciones, pero no las presentes, los créditos pignorados podrían cursar como garantías financieras (*accounted credited money*), lo que convertiría en superflua la presente cláusula. Esta cláusula pretende amalgamar la regulación contenida en los artículos 94 y 95 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de Posesión (LHMPSD), los artículos 72-75 de la Ley del Notariado (LN) y el residual (pero efectivo) artículo 1872 del Código Civil (CC) —o equivalente autonómico—; sin contar con la siempre aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (art. 72.2 LN). En

extracto, el contenido de la cláusula es como sigue:

El tipo de salida será el valor nominal de los créditos al día en que se inicie el procedimiento; el acreedor es habilitado como agente representativo del pignorante para la ejecución. Se autorizan subastas parciales. «En el supuesto de que se llegue a celebrar una segunda subasta, la valoración de los derechos de crédito y el tipo para esta subasta será el 90 % del tipo de la primera subasta. De quedar desierta la primera y la segunda, el acreedor podrá hacerse dueño del objeto de la prenda, concediendo carta de pago conforme a la legislación vigente. A solicitud del acreedor se podrán celebrar terceras o sucesivas subastas sin sujeción a tipo». La convocatoria y el expediente de ejecución notarial se corresponden con los de la Ley del Notariado. En caso de que el acreedor hubiera concurrido como licitador, el precio de adjudicación será compensado con la deuda.

2. La calificación del registrador del Registro de Bienes Muebles

Según el registrador, la cláusula no es inscribible en la parte entrecomillada arriba. Sostiene el funcionario que el artículo 86 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de Posesión impone que, en lo no previsto en esta ley, se aplicará lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre venta forzosa en subasta electrónica. Siendo las normas procesales imperativas, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley del Notariado y, supletoriamente, las normas de la subasta judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, sólo cabe una subasta.

A continuación, voy a desarrollar una crítica de esta tesis.

3. Caben sucesivas subastas y reducidos tipos en la ejecución notarial electrónica de bienes pignorados

§ 1. Empecemos con el asunto de la imperatividad de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es cierto que esta ley es imperativa en lo relativo a la subasta judicial. Pero no contiene normas de ningún tipo respecto de la subasta extrajudicial. En su caso, la imperatividad debería predicarse del artículo 86 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de Posesión, cosa extraña porque este precepto es una norma de remisión y se hace dentro de la regulación específica de la hipoteca mobiliaria, no de la prenda sin desplazamiento, que tienen regímenes procesales muy diversos. Una remisión muy desafortunada, por cierto, e introducida en el lugar no correspondiente. En efecto, no es cierto que se salte directamente de las lagunas de esta ley a la Ley de Enjuiciamiento Civil porque, ya de momento, el articulado de la Ley del Notariado constituye una integración supletoria preferente a la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 86 es una norma que dice más de lo que pretende y debe reducirse al alcance natural que tendría como norma de hipoteca mobiliaria.

§ 2. La norma «procedente» es el artículo 94 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de Posesión. Esta norma podrá o no ser imperativa, pero no es imperativo que no pueda ser integrada por medio de pactos. Parece incluso natural, dada la sobriedad de sus términos. Mas lo decisivo es su párrafo final: «Si el deudor no pagare, pero entregare la posesión de los bienes, el notario procederá a la enajenación de éstos en la forma prevenida en el artículo mil ochocientos setenta y dos del Código Civil». El artículo 1872 del Código Civil es una norma imperativa (dudoso) en algunos extremos (por ejemplo, la adjudicación sin postores

por el total de la deuda), pero es claro que tiene tales lagunas de regulación que la ejecución se haría casi imposible sin pactos adicionales (sin más, la fijación del tipo de subasta), al menos antes de su completamiento por la regulación de la Ley del Notariado. El artículo 1872 del Código Civil admite dos subastas. No se especifica el tipo de cada una ni tampoco si caben o no pujas bajo el tipo ni si el acreedor puede ser licitador, ni otros extremos que también se omiten.

§ 3. Es dudoso que la subasta de ejecución notarial de la prenda sin desplazamiento sea una subasta «legal» conforme al artículo 72.1 de la Ley del Notariado, pues no existe disposición legal que imponga que deba hacerse una subasta de este tipo y no otra forma de ejecución. Tampoco se obliga a subastar, como si se tratara de un apremio administrativo. Casi intuitivamente convenimos en que estas subastas son del tipo de las que pueden «convocarse bajo condiciones particulares incluidas en el pliego de condiciones» (art. 77). Con todo, dejemos este extremo y supongamos que se trata de una subasta sujeta a los artículos 72-76. Las normas de la subasta judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicarán «siempre que fueren compatibles». Según la ley, abierta la subasta (normalmente a las veinticuatro horas de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* y remitida la información necesaria al Portal de Subastas), se podrán realizar pujas durante veinte días naturales. Cada puja es conocida por todos los sujetos admitidos en la subasta y esto comporta la posibilidad de pujas de valor creciente hasta que el Portal de Subasta acredita una como la «postura telemática vencedora». A tenor del último párrafo del artículo 76, «si no concurriere ningún postor, el notario así lo hará constar, declarará desierta la subasta y acordará el cierre del expediente».

§ 4. La Ley del Notariado no se refiere a las posturas por debajo de tipo ni a la adjudicación en subastas sin postores, que sí caben en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 650 y 651 respectivamente). La Ley del Notariado no parece admitirlas, aunque el artículo 74.1, III («y la cantidad mínima admisible para la licitación en su caso»), es elusivo en este punto (¿podría ser «admisible» una puja bajo tipo?). Pero resulta increíble que la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 72.2 no contenga especialmente una remisión al caso de subasta por tipo interior y a las consecuencias de subasta sin postor o a la posibilidad del acreedor de adjudicarse por un determinado porcentaje el bien subastado cuando la mejor postura es inferior al tipo. ¿Cómo es posible que las subastas notariales sean más rígidas que las judiciales? La laguna es de tal magnitud que reclama la posibilidad de una integración convencional suplementaria de estas subastas. De otra forma no se entendería que en el Portal de Subastas se indiquen las condiciones particulares y generales de la subasta (cfr. art. 646.2 LEC).

§ 5. No se puede negar que el acreedor tenga la posibilidad de pedir la adjudicación de la prenda, al menos en las condiciones de los artículos 650 y 651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por mucho que la Ley del Notariado no prevea esta posibilidad.

§ 6. El ejecutante de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo podrá tomar parte en la subasta cuando existan licitadores, pudiendo mejorar las posturas que se hicieren, sin necesidad de consignar cantidad alguna (art. 647.2), limitación que no rige para la subasta notarial (art. 75.4.ª LN). Si pudiera pujar en subasta sin postor, no tendría necesidad de pedir la adjudicación de los artículos 650 y 651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni tendría que atenerse a un tipo mínimo; podría pujar un precio de ruina y quedarse el bien cualquiera

que fuere su valor. Parece que esta opción no debe admitirse —por razones de equidad— y nuestra cláusula examinada no la contempla. En otras palabras, pujando sin postor contrario o pidiendo adjudicación por falta de postores, el límite del 30 % (del valor de tasación) parece imperativo.

§ 7. Según el artículo 651, III, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concluida la subasta sin postores por cantidad suficiente y sin que el acreedor haya pedido la adjudicación, «el letrado de la Administración de Justicia procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado». En la Ley del Notariado, el notario «cerrará el expediente» (acta). Obsérvense las diferencias. El notario no toma ninguna medida ejecutiva cautelar con la presentación de la solicitud hecha por el promotor de la subasta. El procedimiento se ha desarrollado sin costes procesales latentes para el deudor y sin medidas de aseguramiento. ¿Podrá el notario convocar nuevas subastas y por un tipo diferente a la «primera»? Sin duda, podrá hacerlo si se limita a abrir un nuevo expediente y una nueva acta en la que se haga constar como un hecho la continuidad con la primera subasta y las condiciones particulares en las que figura el nuevo tipo. Y, si esto es así, ¿qué objeción puede existir a que las nuevas subastas se celebren en el mismo expediente, por más que en el Portal de Subastas se anuncien de modo ordinario como subastas independientes? Porque la única importancia que tiene la «unidad de expediente» es el tipo, y el tipo es de fijación libre en todo caso. Ni tan siquiera importa la unidad de expediente a efectos de la adjudicación. El acreedor no podrá pedir entonces adjudicación notarial por los artículos 650 y 651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque de hecho figura en las «condiciones particulares» de la subasta que habrá una segunda oportunidad de pujar, por otro tipo.

§ 8. ¿Podrá el acreedor, después de varias subastas fallidas, pedir la adjudicación por todo el importe del crédito, como establece el artículo 1872 del Código Civil y prevé la cláusula que examinamos? Nada puede objetarse. Primero, porque se trata de un bien mueble no susceptible de apreciación. Segundo, porque el artículo 96 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de Posesión contiene una remisión al artículo 1872 del Código Civil, a la que no se opone ninguna norma de la Ley del Notariado. Pero vamos a tratar esto más de cerca en el apartado siguiente.

4. La cláusula examinada y sus opciones

§ 9. Aceptamos, en consecuencia, que se puede pactar, *al menos, una segunda subasta* con apoyo en el artículo 1872 del Código Civil y que el tipo de la segunda puede ser el que determinen las partes. Téngase presente que el tipo de la segunda no requiere estar en el rango del 50 % al 30 % de la primera (fallida) porque el tipo de las subastas mobiliarias puede ser determinado siempre (incluso en la Ley de Enjuiciamiento Civil) discrecionalmente por las partes (art. 694.2, II, para la ejecución judicial de garantías mobiliarias no hipotecarias).

§ 10. Pero también es posible que las partes *se atengan escrupulosamente al modelo de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y pacten una subasta, con la aplicación consecuente de los artículos 650 y 651 en caso de subasta fallida. Imaginemos una comparativa con nuestra cláusula. El tipo de la primera es el valor nominal del crédito pignorado; el tipo de la segunda es el 90 % de este valor. Es una cláusula *favorable para el deudor*, que no puede objetar una especie de comiso convencional. Podría pactarse como tipo de la segunda subasta un valor más bajo; sería racional pactar un tipo en el rango del 30 % de la primera. Y

sobre este tipo se aplicaría luego la subsiguiente rebaja del 30 % de los artículos 650 y 651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

§ 11. Con todo, un tipo en el rango del 90 % puede tener su lógica económica y su justificación de equidad. Los créditos dinerarios contra terceros solventes no se deterioran en valor con el tiempo, a diferencia del valor de los bienes muebles materiales y de las prendas que recaen sobre el capital de empresas deudoras o garantes. Que no haya postores en primera subasta no indica necesariamente en nuestro caso, *ceteris paribus*, que el mercado valore el activo por debajo del nominal.

§ 12. Descartado, pues, que puede ser un problema normativo la previsión de una segunda subasta y la previsión de un segundo tipo reducido, queda una cuestión final. Como en el artículo 1872 del Código Civil, nuestra cláusula establece que en una adjudicación por falta de postores (¿y en caso de postura bajo el 30 %?) el acreedor podrá adjudicarse la prenda dando entera carta de pago, sin imputar al 30 %. La cláusula vuelve a ser más

favorable para el deudor si el valor del activo se encuentra por debajo de la deuda pendiente de ejecución. Por tanto, esta cláusula no puede ser sino válida, entre otras cosas porque cuenta con el apoyo del artículo 1872 del Código Civil.

§ 13. Pero ¿es aconsejable para el acreedor? ¿No sería válido el pacto de adjudicación final por el 30 % del valor de tasación, conforme a la aplicación analógica del artículo 651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil? En mi opinión, no. En otros términos, que el acreedor debe optar de la forma siguiente: o sigue el modelo de una subasta de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se acoge en su caso al artículo 651, o sigue el modelo del artículo 1872 del Código Civil y debe dar entera carta de pago. Al acreedor no le debe importar mucho si el valor del activo supera la deuda pendiente, y en estos casos es preferible no apostar contra el riesgo de que una adjudicación por el 30 % (y no por el valor de la deuda) fuera contestada en juicio (reparese en la diferencia entre los artículos 650.4, II, y 651.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).