

Resumen

Se deniega la inscripción de escritura de compraventa por ejecución hipotecaria extrajudicial. El Centro Directivo estima el recurso, entre otras consideraciones por entender que, en lo que concierne al principio de legalidad, -vulnerado a criterio del Registrador, por entender que las normas reglamentarias que regulan el procedimiento extrajudicial no respetan la reserva de ley que la CE prevé para "las normas de competencia y procedimiento"- dicha "reserva de ley" únicamente entra en juego para los procesos en sentido estricto, mientras que tratándose, como ha quedado expuesto, del ejercicio privado -bajo control notarial- del "ius distrahendi" que está en la raíz de la hipoteca misma, y al no ser ésta una materia reservada explícitamente a la ley, nos encontramos ante el ejercicio normal de la potestad reglamentaria del Gobierno.

NORMATIVA ESTUDIADA

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.9 , art.117.3

D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria
art.131

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

COMPRAVENTA

DE FINCA REGISTRAL

Otras cuestiones

DOMINIO

FINCA REGISTRAL

Hipoteca

Extensión

Embargo

Procedimiento del art.131 LH

Otras cuestiones

FICHA TÉCNICA

Legislación

Aplica art.9, art.117.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.131 de D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita dad.3.a de Ley 46/1998 de 17 diciembre 1998. Introducción del euro

Cita art.14.1 de Ley 42/1998 de 15 diciembre 1998. Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias

Cita dad.6 de Ley 37/1998 de 16 noviembre 1998. Modifica Ley del Mercado de Valores

Cita art.16 de Ley 28/1998 de 13 julio 1998. Venta a Plazos de Bienes Muebles

Cita art.260 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita edm.0 de RD 290/1992 de 27 marzo 1992

Cita art.14 de Ley 22/1991 de 29 noviembre 1991

Cita art.45 de RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas

Cita Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores

Cita art.5, art.6 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.27, art.38.1 de LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.469 de Ley 1/1973 de 1 marzo 1973. Ley por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra

Cita art.94, art.95 de Ley de 16 diciembre 1954. Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento

Cita D de 14 febrero 1947. Reglamento Hipotecario

Cita art.1, art.18, art.129, art.132, art.133 de D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.322, art.323 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

Jurisprudencia

Cita STS Sala 3ª de 23 octubre 1995 (J1995/6380)

Cita STS Sala 3ª de 16 octubre 1995 (J1995/5691)

Cita STC Pleno de 18 diciembre 1981 (J1981/41)

Cita STC Pleno de 8 abril 1981 (J1981/11)

Cita STC Sala 1ª de 31 marzo 1981 (J1981/9)

Cita STC Pleno de 2 febrero 1981 (J1981/4)

D. administrativa

Cita Res. DGRN de 28 mayo 2001. Registro de la Propiedad (D2001/12004)

Cita Res. DGRN de 8 noviembre 1990. Registro de la Propiedad (D1990/10162)

Cita Res. DGRN de 14 junio 1933. Registro de la Propiedad (D1933/5)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En escritura de 30 de junio de 1993, autorizada por D. José María Millet Sastre, Notario de Valencia, los cónyuges D. Rafael T. y Dª Mª Pilar A. concedieron a los cónyuges D. José P. y Dª Encarnación Ch., un préstamo de determinada cantidad, deuda representada mediante dos letras de cambio, constituyéndose hipoteca cambiaria sobre la finca registral núm. ...62 del Registro de la Propiedad de Tavernes de Valldigna.

D. Rafael T. endosó dichas letras de cambio a la mercantil "Inversiones I., S.A.", y ante el impago de las mismas y habiéndose realizado el protesto, el Notario de Tavernes de Valldigna, D. Víctor Manuel Noguera Marí procedió a ejecutar la citada hipoteca por el procedimiento extrajudicial establecido en los arts. 129.2 de la Ley Hipotecaria y 234 del Reglamento Hipotecario. En la tercera subasta la entidad acreedora se adjudicó la finca en pago de su crédito.

Por escritura autorizada el 22 de abril de 1998 por el Notario anteriormente citado, se formalizó la compraventa por ejecución hipotecaria extrajudicial a favor de la mercantil "Inversiones I., S.A.".

SEGUNDO.- Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Tavernes de Valldigna, fue calificación con la siguiente nota:

"Previo examen y calificación del precedente documento por lo que resulta del mismo y del contenido del Registro a mi cargo, he acordado denegar la inscripción de la adjudicación derivada del procedimiento extrajudicial sumario seguido ante el Notario de esta ciudad, D. Víctor-Manuel Noguera Marí, formalizado en acta de protocolización número 612 de fecha 7 de abril de 1998, que acompaña a este documento, ya que dicho procedimiento de ejecución hipotecaria, regulado en los arts. 129 de la Ley Hipotecaria y 234 a 236 de su Reglamento, debe considerarse derogado de conformidad con la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución Española, en cuanto vulnera los arts. 117.3 que atribuye con carácter exclusivo a los Jueces y Tribunales el ejercicio de facultades jurisdiccionales, y al principio de legalidad, consagrado en el art. 9.3 de la Constitución Española, que exige que las normas reguladoras de procesos de ejecución tengan carácter de ley y no de reglamento como en el caso que nos ocupa, tal como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia dictada el 4 de mayo de mil novecientos ochenta y ocho. Contra la presente nota cabe interponer recurso gubernativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de cuatro meses desde su fecha, conforme a los arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 112 de su Reglamento.

En la ciudad de Tavernes de Valldigna, a diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y ocho. Fdo.: Rafael-Francisco Carbonell Serrano".

TERCERO.- El Letrado, D. Francisco José Llorens Granell, en nombre de "Inversiones I., S.A.", interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó:

1º Alcance jurisprudencial de la Sentencia.- Que si para denegar la inscripción se ha atendido a los dictados de una única sentencia del Tribunal Supremo, se está vulnerando lo dispuesto en el art. 1.6 del Código Civil y la doctrina del Tribunal Supremo, es decir se exige la necesidad de invocar dos o más sentencias expresivas de un criterio uniformemente mantenido y reiterado (Sentencias de 8 de abril de 1981, 15 de febrero de 1982 y 21 de diciembre de 1992).

2º Conflicto de jurisdicciones.- Que el Registrador al calificar se encuentra por una parte con una Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, que declara la inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial sumario y, por otra parte, con dos Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 y 23 de octubre de 1995, que sí reconocen y aceptan la legalidad y constitucionalidad de dicho procedimiento extrajudicial. Que la declaración de constitucionalidad o no de las normas no corresponde al Tribunal Supremo, sino al Tribunal Constitucional. Que, por ello, se considera extralimitada la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 y, por ende, el criterio del Registrador al aplicarla.

3º Retroactividad.- Que igualmente se considera recurrible la calificación del Registrador por aplicar retroactivamente las consecuencias derivadas de la citada sentencia, lo que supone la vulneración del principio constitucional de irretroactividad de las normas, recogido con carácter general en los arts. 9.3 de la Constitución Española y 2.3 del Código Civil.

A mayor abundamiento lo que establece el art. 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Que, por otra parte, supone la calificación una clara infracción de los Principios de Seguridad Jurídica y de Protección del Tráfico Jurídico (art. 9 de la Constitución Española).

4º Que hay que tener en cuenta que la posibilidad de la acción hipotecaria por el procedimiento extrajudicial consta en el Registro, debiéndose aplicar lo que establece el art. 1 de la Ley Hipotecaria y la calificación ha de hacerse atendiendo a lo que resulte del art. 18 de la Ley Hipotecaria.

5º Cuestión de inconstitucionalidad.- Que el procedimiento extrajudicial está previsto en el art. 129 de la Ley Hipotecaria y correlativos de su Reglamento, sin que tal precepto haya sido derogado, conforme al art. 2.2 del Código Civil, sin que una sentencia del Tribunal Supremo pueda producir tal derogación, ya que no es competente para la declaración de inconstitucionalidad. Que, en todo caso, se debería haber planteado la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de conformidad con lo dispuesto en los arts. 163 de la Constitución Española, 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2 y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Que, por último, a modo de conclusión interesa resaltar que existiendo una ratificación postconstitucional del desarrollo reglamentario del propio procedimiento, recogida en el Real Decreto 290/1992 de 27 de marzo, el pronunciamiento de la Sentencia de 4 de mayo de 1998 y, por tanto, la calificación del Registrador, suponen una aplicación extemporánea de la interpretación del propio procedimiento extrajudicial y del origen del mismo en relación con su propia naturaleza procesal o no.

CUARTO.- El Registrador de la Propiedad en defensa de la nota, informó:

Que el objeto del presente recurso se centra en la posible derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del procedimiento extrajudicial sumario de ejecución hipotecaria, previsto en el segundo párrafo del art. 139 de la Ley Hipotecaria, desarrollado por los arts. 234 a 236, en su redacción actual por el Real Decreto de 27 de marzo de 1992, por aplicación de la Disposición Derogatoria única, apartado 3 de la Constitución Española de 1978, mantenida por la reciente Sentencia de 4 de mayo de 1998 de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Que la aplicación de dicha derogación al procedimiento extrajudicial exige delimitar el ámbito de aplicación y los efectos que tiene dicha Disposición Derogatoria, apartado 3.

En cuanto al ámbito de aplicación:

a) Desde el punto de temporal, dicha derogación alcanza a las normas preconstitucionales, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 2 de febrero de 1981. Que el carácter preconstitucional del segundo párrafo del art. 129 de la Ley Hipotecaria, que debe su redacción actual a la reforma operada en dicha Ley el 8 de febrero de 1944, no alberga duda alguna. Que se entiende que una norma de carácter reglamentario dictada por el poder ejecutivo puede suponer una ratificación postconstitucional del procedimiento, ya que tanto la cuestión de constitucionalidad de las leyes como la legalidad de los reglamentos corresponde al poder judicial.

b) Desde el punto de vista subjetivo, las normas contenidas en la Constitución y la comentada Disposición derogatoria, tal como se desprende del art. 9 de la Constitución Española, son de aplicación general y directa, lo que supone su posible aplicación, no solo por los Tribunales de Justicia, sino por cualquier aplicador del derecho y entre ellos, el Registrador de la Propiedad, conforme al art. 19 de la Ley Hipotecaria.

c) Desde el punto de vista material, la inconstitucionalidad de dichas leyes preconstitucionales es una premisa de derogación, así lo manifiesta el Tribunal Constitucional en Sentencia de 2 de febrero de 1981. Que el Registrador informante no ha hecho más que hacer suyos los motivos que declara la sentencia referida en primer lugar respecto de la inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial, a saber:

a) Ser contrario a los principios constitucionales.

b) Por otra parte, las normas del Reglamento Hipotecario, a través de las cuales se regula el desarrollo del procedimiento ejecutivo extrajudicial sumario, conculcan el principio de legalidad establecido en el art. 9.1, por vulnerar el principio de reserva de ley en materia de competencia y procedimiento establecido en el art. 117.3. Todo ello sin perjuicio, como manifiesta la propia sentencia de otros procedimientos del orden jurisdiccional administrativo que admiten la legalidad del procedimiento extrajudicial sumario, que una gran parte de la doctrina científica no considera que se trate de una norma inconstitucional. Que los efectos de la aplicación de la Disposición Tercera, serían fundamentalmente, la derogación de la norma preconstitucional contraria a la Constitución con efectos desde su entrada en vigor por cualquier aplicador de derecho a cuyo conocimiento se somete la legalidad y vigencia de la norma jurídica y en, este caso, el procedimiento extrajudicial. Que, en cualquier caso, no se desconocen los argumentos que sostienen la validez del procedimiento extrajudicial ni los posibles inconvenientes prácticos y de orden fiscal que siguen de la interpretación postulada, pero corresponde vedar el acceso al Registro de la Propiedad de actos o contratos claudicantes o resolubles, garantizando de este modo el principio de seguridad jurídica, sin que se irroguen perjuicios ni al acreedor hipotecario, cuya garantía sigue vigente, ni al titular dominical del inmueble y acreedores posteriores, cuyas inscripciones y anotaciones no han sido canceladas en virtud de un título cuya validez es discutible.

QUINTO.- El Notario autorizante de la escritura, informó:

1. Que son necesarias reiteradas sentencias en el mismo sentido para que quede creada jurisprudencia.

2. Que la admisión del procedimiento extrajudicial en materia de hipotecas inmobiliarias se generaliza modernamente mediante cláusulas que se introducen en las escrituras y que son consagradas reiteradamente tanto por el Tribunal Supremo como por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que se trata de un sistema aceptado desde antiguo y funcionaba pacíficamente hasta el desarrollo reglamentario para perfeccionar el sistema y potenciarlo y para conseguir un mayor desahogo de la Administración de Justicia. Que así se aborda en 1992, en plena vigencia de la Constitución Española, un desarrollo reglamentario que recibió el Visto Bueno del Tribunal Supremo a través de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencias de 16 y 23 de octubre de 1995.

SEXTO.- El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador fundándose en lo alegado por este en su informe.

SÉPTIMO.- El Letrado recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los arts. 9 EDL 1978/3879 , 24.1 EDL 1978/3879 , 53.1 EDL 1978/3879 , 97 EDL 1978/3879 , 117 EDL 1978/3879 y 164.1 EDL 1978/3879 , y la disposición derogatoria, apartado 3, de la Constitución EDL 1978/3879 ; arts. 27 EDL 1979/3888 y 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 23 de octubre de 1979 EDL 1979/3888 ; arts. 5 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 EDL 1985/8754; 1.6 EDL 1889/1 , 1255 EDL 1889/1 , 1872, 1875 EDL 1889/1, 1858, 1859 EDL 1889/1 y 1880 del Código Civil EDL 1889/1 ; 1 EDL 1946/59 , 18 EDL 1946/59 , 129, 131 y 132 de la Ley Hipotecaria de 1946 EDL 1946/59; 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario EDL 1947/13; las Sentencias del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero EDJ 1981/4 , 9/1981, de 31 de marzo EDJ 1981/9 , 11/1981, de 8 de abril EDJ 1981/11 , 41/1981, de 18 de diciembre EDJ 1981/41 ; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo y 30 de noviembre de 1998 y 20 de abril de 1999, así como las de la Sala Tercera del mismo Tribunal de 16 EDJ 1995/5691 y 23 de octubre de 1995 EDJ 1995/6380 ; y las Resoluciones de 28 de noviembre de 1893, 3 de julio de 1920, 14 de junio de 1933 EDD 1933/5 , 8 de noviembre de 1990 EDD 1990/10162 y 28 de mayo de 2001 EDD 2001/12004 , entre otras.

PRIMERO.- En el supuesto de hecho del presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de compraventa por ejecución hipotecaria extrajudicial acompañada del acta de protocolización del procedimiento. El Registrador deniega "la inscripción de la adjudicación derivada del procedimiento extrajudicial sumario seguido ante el Notario de esta ciudad, D. Víctor Manuel Noguera Marí, formalizado en acta de protocolización número 612 de fecha 7 de abril de 1998, que acompaña a este documento, ya que dicho procedimiento de ejecución hipotecaria, regulado en los arts. 129 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 y 234 a 236 de su Reglamento EDL 1947/13.

Debe considerarse derogado de conformidad con la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en cuanto vulnera los arts. 117,3 EDL 1978/3879 que atribuye con carácter exclusivo a los Jueces y Tribunales el ejercicio de facultades jurisdiccionales, y al principio de legalidad consagrado en el art. 9.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , que exige que las normas reguladoras de procesos de ejecución tengan carácter de ley y no reglamentario como el caso que nos ocupa, tal como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia dictada el 4 de mayo de 1998".

SEGUNDO.- Ciertamente, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 4 de mayo de 1998 (y, posteriormente, en la de 20 de abril de 1999), ha declarado inaplicables el párrafo segundo del art. 129 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 y los arts. 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario EDL 1947/13, por entender que tales preceptos son contrarios a los arts. 24.1 EDL 1978/3879 y 117.3 de la Constitución EDL 1978/3879 . Pero debe tenerse en cuenta que, si bien se reconoce a los Jueces y Tribunales la facultad de declarar inaplicable una norma preconstitucional por considerarla derogada por la Constitución EDL 1978/3879 (cfr. por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional números 4 EDJ 1981/4 , 9 EDJ 1981/9 y 11 EDJ 1981/11 , de 2 de febrero, 31 de marzo y 8 de abril de 1981, respectivamente), lo cierto es que sólo las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley tienen -erga omnes y con carácter definitivo- la virtualidad de expulsar del ordenamiento jurídico dicha norma de modo que no pueda ser aplicada en lo sucesivo (cfr. art. 164.1 de la Constitución EDL 1978/3879). Además, tampoco puede olvidarse que las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 EDJ 1995/5691 y 23 de octubre de 1995 EDJ 1995/6380 admitieron la constitucionalidad y legalidad del procedimiento.

Por otra parte, en el presente supuesto 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 (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59). Habida cuenta que sólo los órganos judiciales (en el caso concreto (y no el Registrador, pueden declarar inaplicable una ley preconstitucional por considerarla derogada por la Constitución EDL 1978/3879 ; y que, además, dicha enajenación fue realizada con anterioridad a la única Sentencia invocada en la nota de calificación (sin que corresponda ahora prejuzgar sobre las consecuencias que sobre esa adquisición ya consolidada hubiera de tener la doctrina que, posteriormente ha reiterado la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 20 de abril de 1999, al entender derogada por inconstitucional la norma del párrafo segundo del art. 129 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59); debe concluirse que la calificación registral ahora debatida excede del ámbito establecido en el art. 18 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 .

A mayor abundamiento, no pueden ser compartidas las objeciones expresadas por el Registrador, y ello por las siguientes consideraciones:

a) El llamado procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria cuenta con antecedentes históricos en nuestra tradición, pues, como ha puesto de relieve este Centro Directivo (cfr. por todas, las Resoluciones de 3 de julio de 1920 y 14 de junio de 1933 EDD 1933/5), frente a la corriente germánica reflejada en la edición latina del Fuero Juzgo -Ley 3.a del título 6º, libro V, que preceptuaba la intervención del Juez y la tasación de la prenda y en el Fuero Real -Ley 1ª del título 19, libro III, que ordenaba la venta con mandado del Alcalde consejeramente- y encarnada en el art. 133 de la Ley Hipotecaria primitiva EDL 1946/59 , según el cual, al vencimiento del plazo para el pago de la deuda, el acreedor podría pedir que se despachase mandamiento judicial contra todos los bienes hipotecados, fue introduciéndose en nuestro Derecho el procedimiento extrajudicial con raíces en el Derecho romano clásico, que, al conceder derecho al acreedor para que pudiese vender "la prenda" si el deudor no cumplía la obligación, y conciliándose con los precedentes de la edición

romanceada del Fuero Juzgo pasó a las Partidas -cfr. leyes 41 y siguientes del título 13 de la Partida V- y, posteriormente, al art. 1.872 del Código civil EDL 1889/1, desenvuelto por la Jurisprudencia y por el art. 201 del Reglamento Hipotecario de 1915.

b) Respecto del art. 117.3 de la Constitución EDL 1978/3879, debe recordarse que, como expresa la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1995 EDJ 1995/5691, el citado precepto constitucional, "lo que consagra es la potestad exclusiva y excluyente de los Juzgados y Tribunales para ejecutar lo juzgado en los procesos de que aquellos conozcan según las reglas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan y, en consecuencia, el referido monopolio de las actividades de ejecución se circunscribe a lo juzgado por los propios órganos jurisdiccionales". De ahí que sea admisible no sólo la existencia de apremios administrativos, sino también la posibilidad de que el acreedor tenga derecho a enajenar un bien específico del deudor (ius distrahendi) porque lo permita una norma legal (v.gr., art. 45 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265, sobre enajenación de acciones por cuenta y riesgo del socio que se halle en mora en la obligación de desembolso de dividendos pasivos) o en virtud de un negocio jurídico, como los constitutivos de prenda o hipoteca (cfr., para la primera el art. 1872 del Código Civil EDL 1889/1 -que ni siquiera exige para la enajenación de la prenda "por ante Notario" que se haya pactado expresamente- y, para la segunda, el art. 129, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria de 1946 EDL 1946/59, sin que la omisión de esta posibilidad en el Código Civil EDL 1889/1 pueda interpretarse como una muestra de la voluntad del legislador de admitir el procedimiento sólo para la prenda y no para la hipoteca, sino más bien como una consecuencia de la autonomía de la legislación hipotecaria con remisión a ella por parte del art. 1880 del Código EDL 1889/1). La enajenación forzosa constituye un mero desenvolvimiento de la eficacia de la hipoteca, de suerte que, in nuce, tal enajenación está en el mismo acto de constitución de la hipoteca (cfr. art. 1858 del Código Civil EDL 1889/1 y Resolución de 8 de noviembre de 1990 EDD 1990/10162). Habida cuenta de la elasticidad y carácter abstracto del dominio, cabe constituir un derecho real, como el de hipoteca, que confiere a su titular el ius disponendi sobre una cosa ajena, la perteneciente al deudor, sobre la que se constituye la garantía, para el caso de incumplimiento de la obligación asegurada.

Como expresa la Exposición de Motivos del Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo EDL 1992/14886, "la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado -el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada- que puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado".

Lo que ocurre es que, conforme a la interdicción del comiso contenida en el art. 1859 del Código Civil EDL 1889/1 (que, por cierto, carecería de sentido si sólo se admitiera la ejecución judicial y no la manifestación de autotutela privada que ahora se cuestiona), no se trata de una enajenación que pueda realizar por sí solo el acreedor, en las condiciones libremente fijadas por él, sino una enajenación que ha de pasar por el tamiz de la dirección y del control de legalidad que realiza el Notario (cfr. art. 236.2 del Reglamento Hipotecario EDL 1947/13: "La enajenación del bien hipotecado se formalizará en escritura pública, después de haberse consignado en acta notarial el cumplimiento de los trámites y diligencias previstos en los artículos siguientes"). Así, el título de adquisición del adjudicatario en dicho procedimiento queda integrado por la escritura de constitución de hipoteca, inscrita, y por la escritura de enajenación en ejercicio del ius distrahendi, ya que una vez autorizadas ambas, el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes al constituir la hipoteca produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente.

Tampoco puede olvidarse 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 autentica hechos y formula juicios de los que, según la norma, deriva la consecuencia jurídica de la adjudicación 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" (cfr. art. 236.1.3 del Reglamento Hipotecario EDL 1947/13).

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el legislador ha previsto la ejecución extrajudicial de la hipoteca y otros derechos de garantía no sólo en leyes preconstitucionales (cfr., aparte otras disposiciones posteriormente derogadas y el mencionado art. 1872 del Código Civil EDL 1889/1, los arts. 94 y 95 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954 EDL 1954/20, y la ley 469 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973 EDL 1973/838), sino también en leyes postconstitucionales, algunas de las cuales son incluso posteriores a la mencionada Sentencia de 4 de mayo de 1998: cfr. artículos. 322 y 323 del Código de Comercio EDL 1885/1, sobre la prenda sobre valores cotizables, redactados por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores EDL 1988/12634 (vid., también, la disposición adicional 6.a de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la del Mercado de Valores EDL 1998/45814, que se refiere a la ejecución extrajudicial de las prendas); el art. 14 de Ley del Parlamento de Cataluña 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble EDL 1991/15627 (que regula la enajenación del objeto pignorado, por subasta pública notarial); el art. 260 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995 EDL 1995/13689 (que entre los procedimientos de liquidación de los bienes embargados menciona la "subasta ante fedatario público en los términos que se establezcan reglamentariamente"); el art. 37.1 de Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (que, entre los procedimientos que quedan en suspenso durante la liquidación de Entidades Aseguradoras, se refiere a los ejecutivos extrajudiciales); el art. 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles EDL 1998/44322 (que, después de su reforma por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, se remite en el apartado 1 EDL 2000/77463 al proceso de ejecución previsto en esta última Ley, si bien en el apartado 2, letra "c" se prevé la enajenación en pública subasta, con intervención de Notario, siguiéndose en lo que sea posible las reglas del art. 1872 del Código Civil EDL 1889/1); el art. 14.1, párrafo segundo, de Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico EDL 1998/46128 (según el cual, el prestador de los servicios podrá recurrir al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria para hacer efectiva el gravamen de carácter real para responder de las dos últimas cuotas que contempla específicamente

dicha ley); y la disposición adicional 3.a 1 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre EDL 1998/46171 , que contempla la ejecución mediante subasta organizada por el Banco de España de la especial garantía de créditos a que se refiere dicha disposición.

Más recientemente, en fin, se ha pronunciado el legislador sobre la admisibilidad de la enajenación extrajudicial del bien inmueble hipotecado al establecer en el hoy vigente art. 129 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 , según la redacción que del mismo hace la disposición adicional novena, apartado 4, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , el cual, después de establecer que la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto por la propia Ley procesal, añade que "Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al art. 1858 del Código Civil EDL 1889/1 , 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 EDL 1947/13 ".

c) En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por la Constitución, no cabe sino traer a colación los razonamientos que contiene la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de diciembre EDJ 1981/41 , en relación con la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario que regulaba el hoy derogado art. 131 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 y que dicha sentencia considera válidos para el procedimiento extrajudicial, al declarar que aunque en dicho procedimiento se limita extraordinariamente la contradicción procesal (falta la controversia entre las partes) no implica indefensión, porque 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; y añade que "...La ausencia de cognición parece tan esencial a la ejecución hipotecaria, que se halla presente por imperativo legal en la ejecución extrajudicial ante Notario... Nos hallamos, pues, ante una ejecución tan expeditiva como la judicial. Las causas de suspensión son, según el art. 236 del RH EDL 1947/13 , las mismas que se prevén en el art. 132 LH EDL 1946/59 , con la diferencia, respecto de la ejecución judicial, de que la suspensión procede ...". 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 art. 24 CE EDL 1978/3879 : "... 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. Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución".

d) Y, por último, por lo que concierne al principio de legalidad ex art. 9 de la Constitución EDL 1978/3879 , que el Registrador considera vulnerado, por entender que las normas reglamentarias que regulan el procedimiento extrajudicial no respetan la reserva de ley que el art. 117.3 de la Constitución EDL 1978/3879 prevé para "las normas de competencia y procedimiento", debe advertirse que dicha "reserva de ley" únicamente entra en juego para los procesos en sentido estricto, mientras que tratándose, como ha quedado expuesto, del ejercicio privado -bajo control notarial- del ius distrahendi que está en la raíz de la hipoteca misma, y al no ser ésta una materia reservada explícitamente a la ley, nos encontramos ante el ejercicio normal de la potestad reglamentaria del Gobierno sobre la base del art. 129.2 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 (cfr. art. 97 de la Constitución EDL 1978/3879).

TERCERO.- Por cuanto antecede, no puede ser mantenido el criterio sustentado por el Registrador en su calificación.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado y la nota de calificación.

Madrid, 24 de marzo de 2003.- La Directora General, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.