

6. La indivisibilidad de la hipoteca no es sino una de las consecuencias de su accesoria, en cuanto nace en garantía de una concreta y única obligación (artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), por un importe determinado o máximo (art. 12 de la Ley Hipotecaria), con la que se transmite (artículos 1.212 y 1.528 del Código Civil) y se extingue, sin que quepa la hipoteca sin crédito o de propietario para su aplicación a cualquier otro, tal como parece pretenderse al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del originalmente existente. No puede, en consecuencia, admitirse que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente, como una reserva de rango disponible, a la cobertura adicional de otro (cfr. Resolución de 5 de noviembre de 1990 y 17 de enero de 1994), ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquel. Ello ni tan siquiera es posible en la hipoteca de seguridad, sea de máximo o en garantía de obligación futura, en que si bien la indeterminación del importe o de la propia existencia de la obligación llamada a garantizarse determina sus peculiaridades, en todo caso exige la identificación de cual sea la relación jurídica de la que nace o ha de nacer la obligación para cuya seguridad se constituye (cfr. Resoluciones de 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995, 30 de marzo y 24 de julio de 1999), sin que el exceso de cobertura permita a las partes cobijar bajo ella un crédito distinto fruto de un nuevo convenio contractual (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 y 7 de junio de 1999). (Piénsese, además, en los perturbadores efectos que tal posibilidad tendría a la vista del nuevo sistema de minoración de cargas preferentes que el legislador ha diseñado en el nuevo artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.)

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso revocando el auto apelado en cuanto, a su vez, revocó los defectos tercero y parte final del cuarto de la nota recurrida.

Madrid, 26 de mayo de 2001.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

12496 *RESOLUCIÓN de 28 de mayo de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por la entidad «Sociedad Anónima El Águila», contra la negativa del Registrador de la Propiedad interino de Madrid, número 33, don Luis María Stampa Piñero, a inscribir la adjudicación de determinada finca mediante acta notarial de procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca sobre dicho inmueble, en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña Alicia Oliva Collar, en nombre y representación de la entidad «Sociedad Anónima El Águila», contra la negativa del Registrador de la Propiedad interino de Madrid, número 33, don Luis María Stampa Piñero, a inscribir la adjudicación de determinada finca mediante acta notarial de procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca sobre dicho inmueble, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada con fecha 4 de mayo de 1995, ante el Notario de Madrid don Carlos Ruiz-Rivas Hernando, los cónyuges don J.L.B.S. y doña M.I.R.C., en garantía de las obligaciones derivadas de las relaciones comerciales mantenidas por la entidad «D.M.M., Sociedad Limitada» con la sociedad recurrente, constituyeron hipoteca sobre la finca registral 35.192, en favor de esta última entidad. En la citada escritura de préstamo hipotecario se estableció que, en caso de ejecución, la entidad «Sociedad Anónima El Águila» podría utilizar, a su elección exclusiva, entre otros, el procedimiento extrajudicial regulado por los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Ante el incumplimiento de la parte deudora, mediante acta autorizada ante el Notario de Madrid, don José Luis García Magán, el día 27 de mayo de 1997, número 2.043 de protocolo, se procedió a la apertura de procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca, sobre la finca registral 35.192, a instancia de la entidad acreedora «Sociedad Anónima El Águila», adjudicándose dicha finca a la propia acreedora el 9 de febrero de 1998, según consta en la diligencia novena de referida acta.

II

Presentada copia autorizada del acta en el Registro de la Propiedad, número 33 de Madrid fue calificada con la siguiente nota: «Calificado el precedente documento se deniega la inscripción, ya que conforme ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998: la función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución es cometido propio de los jueces y tribunales integrantes del «Poder Judicial», por lo que el procedimiento extrajudicial que regula el artículo 129 párrafo segundo de la Ley Hipotecaria debe considerarse derogado por la disposición transitoria tercera de la Constitución Española por oposición al artículo 117.3 de la misma. También, la dicha oposición surge, obviamente, por contraste con el artículo 24.1 de la CE. A su vez, y los preceptos reglamentarios que traen causa del mismo siguen igual suerte al faltar el soporte legal que los explica, y además, se conculca por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el art. 9 de la CE, en relación con el artículo 117.3, por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la «reserva, de ley» que esta disposición constitucional prevé para «las normas de competencia y procedimiento». El defecto es insubsanable.—Contra la anterior nota de calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de cuatro meses, contados desde su fecha. Madrid, a 1 de junio de 1.998.—El Registrador interino. Firma ilegible». Existe estampado el sello del Registrador de la Propiedad número 33 de Madrid don Luis María Stampa Piñero.—Presentada de nuevo la referida acta, fue objeto de la siguiente nota: «Presentado nuevamente el documento que precede en el Registro de la Propiedad número 33 de Madrid, se reitera la nota anterior por no haber sido subsanado. Madrid, 16 de junio de 1998. El Registrador interino». Firma ilegible.

III

La Procuradora de los Tribunales doña Alicia Oliva Collar, en nombre y representación de la entidad «Sociedad Anónima El Águila», interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota y alegó: Que el fondo del asunto no es otro que el contenido y alcance de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de mayo de 1998, y respecto a su contenido nada nuevo puede decirse que no haya sido ampliamente expuesto en los fundamentos de derecho recogidos en la misma. Que hay que analizar el alcance que dicha sentencia puede tener sobre un procedimiento hipotecario extrajudicial iniciado el 27 de mayo de 1997 y finalizado con la adjudicación de la finca hipoteca en favor del recurrente el 9 de febrero de 1998. Que la jurisprudencia, conforme al artículo 1.6 del Código Civil, complementa el ordenamiento jurídico, y la sentencia de 4 de mayo de 1998 no sienta por sí sola jurisprudencia que pueda ser aplicable a otros casos, aparte, del por ella enjuiciado. (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1980). Que la aplicación de esta sentencia a un procedimiento hipotecario extrajudicial iniciado y finalizado con anterioridad a la misma sí que sería inconstitucional en virtud del artículo 9.3 de la Constitución, que desarrolla y matiza la irretroactividad tácita de la ley establecida en el artículo 2.3 del Código Civil.

IV

El Registrador don Miguel González Laguna en su informe de defensa de la nota argumentó lo siguiente: Que el tema jurídico de fondo no radica en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, en cuanto declara la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, tampoco en lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil, ni tampoco en el hecho de que una sola sentencia del Tribunal Supremo no crea doctrina legal, sino que el problema radica en si el artículo 129 párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria estaba o no vigente en las fechas en que se tramitó el acta notarial, ya que como dispone el artículo 1.2 del C.C. «carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior», principio que se eleva a norma constitucional en el artículo 9.3 que garantiza la «jerarquía normativa». Que el Registrador entiende, por las mismas razones que constan en la sentencia de 4 de mayo de 1998, que el artículo 129, párrafo 2.º de la L.H. y concordantes del Reglamento, habían sido derogados por la entrada en vigor de la Constitución de acuerdo con su disposición derogatoria 3. Que, en definitiva no se trata de dar efecto retroactivo a la sentencia de 4 de mayo de 1998, sino en constatar la derogación de una norma desde una fecha determinada (entrada en vigor de la Constitución de 1978).

V

El Notario autorizante informó que con la última reforma de 27 de marzo de 1992 se abordó el desarrollo reglamentario del procedimiento extrajudicial que recibió el «visto bueno» del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial, y del propio Tribunal Supremo, a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sentencias de 16 y 23 de Octubre de 1995, en las que se declara expresamente la legalidad y constitucionalidad del llamado procedimiento extrajudicial, y que la sentencia de 14 de mayo de 1998, que no comporta doctrina jurisprudencial, no constituye derogación material o formal del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, ni de su desarrollo reglamentario, lo cual sí pudo hacer el Tribunal Supremo a través de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, debiendo entender que la legislación en cuestión sigue vigente.

VI

El presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en los argumentos contenidos en su informe y señalando que, en el supuesto que nos ocupa, se ha procedido a la ejecución de la hipoteca en virtud de un procedimiento que ha de considerarse derogado por oposición a normas constitucionales y dicha derogación se produjo desde la fecha de entrada en vigor de la Constitución, sin que se trate de conferir valor de jurisprudencia a la doctrina sentada en una sola sentencia del Tribunal Supremo, ni de aplicar con efecto retroactivo una norma restrictiva de derechos.

VII

El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió que, con independencia de que lo declarado inconstitucional por el Tribunal Supremo, aplicable sólo al supuesto de hecho enjuiciado, pudiera ser o no ser confirmado por el Tribunal Constitucional, no dejaría de ser aplicable el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, siendo improcedente la aplicación retroactiva del contenido interpretativo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, pues, de otra forma, debería declararse de oficio la nulidad, con efectos retroactivos, de cuantas inscripciones dimanantes de procedimientos hipotecarios extrajudiciales se causaron en los Registros de la Propiedad de todo el Estado Español, desde la entrada en vigor de la Constitución, y que de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni el Registrador ni el Tribunal Superior de Justicia han planteado cuestión alguna de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que es el único órgano que tiene facultades para resolver sobre tal extremo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 24.1, 53.1, 97, 117 y 164.1, y la disposición derogatoria, apartado 3, de la Constitución; artículos 27 y 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 23 de octubre de 1979; artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985; 1.6, 1.255, 1.872, 1.875, 1.858, 1.859 y 1.880 del Código Civil; 1, 18, 129, 131 y 132 de la Ley Hipotecaria de 1946; 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero; 9/1981, de 31 de marzo, 11/1981, de 8 de abril, 41/1981, de 18 de diciembre; 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 y 23 de octubre de 1995, y las Resoluciones de 28 de noviembre de 1893, 3 de julio de 1920, 14 de junio de 1933 y 8 de noviembre de 1990, entre otras.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada del acta notarial de procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca sobre determinada finca, en la que consta diligencia de 9 de febrero de 1998 por la que se adjudica dicha finca al acreedor hipotecario. El Registrador deniega la inscripción porque, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, considera que el procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca al que se refiere el artículo 129, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria es contrario al artículo 117.3 de la Constitución, al quedar reservada al Poder Judicial la función de ejecución, por lo que los preceptos reglamentarios que lo regulan carecen de soporte legal, en contra de la reserva de ley que establece el artículo 9 de la Constitución para las normas de competencia y procedimiento; a lo que añade que se infringe la norma del artículo 24.1 del texto constitucional.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia considera que, con independencia de que en el momento de la calificación recurrida hubiera

recaído una sola Sentencia del Tribunal Supremo, la referida en la nota, lo cierto es que en el supuesto concreto se ha procedido a la ejecución de la hipoteca en virtud de un procedimiento que ha de considerarse derogado por oposición a las normas constitucionales y, por tanto, inaplicable desde la entrada en vigor de nuestra Carta Magna.

2. Como cuestión formal previa, debe advertirse que, según al artículo 117 del Reglamento Hipotecario, el recurso gubernativo ha de ceñirse a las cuestiones que directa e inmediatamente se relacionen con los defectos expresados en la nota de calificación, por lo que no debe ahora decidirse sobre el hecho de que se haya presentado a inscripción copia del acta notarial en la que consta el cumplimiento de los trámites y diligencias previstos para la ejecución extrajudicial de la hipoteca y no la escritura pública de enajenación del bien hipotecado que ha de otorgarse conforme a los artículos 236.2 y 236 letra l del Reglamento Hipotecario.

3. 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 artículo 129 de la Ley Hipotecaria y los artículos 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario, por entender que tales preceptos son contrarios a los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución. 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 (cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional números 4, 9 y 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. artículo 164.1 de la Constitución). Además, tampoco puede olvidarse que las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 y 23 de octubre de 1995 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. artículo 1 de la Ley Hipotecaria). 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; 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 artículo 129 de la Ley Hipotecaria); debe concluirse que la calificación registral ahora debatida excede del ámbito establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

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), frente a la corriente germánica reflejada en la edición latina del Fuero Juzgo —Ley 3.ª del título 6.º, libro V, que preceptuaba la intervención del Juez y la tasación de la prenda— y en el Fuero Real —Ley 1.ª del título 19, libro III, que ordenaba la venta con mandado del Alcalde consejeramente— y encarnada en el artículo 133 de la Ley Hipotecaria primitiva, 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 artículo 1.872 del Código civil, desenvuelto por la Jurisprudencia y por el artículo 201 del Reglamento Hipotecario de 1915).

b) Respecto del artículo 117.3 de la Constitución, debe recordarse que, como expresa la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1995, 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., artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas, 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 artículo 1.872 del Código Civil —que ni siquiera exige para la enajenación de la prenda «por ante Notario» que se haya pactado expresamente— y, para la segunda, el artículo 129, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria de 1946, sin que la omisión de esta posibilidad en el Código Civil 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 artículo 1.880 del Código). 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. artículo 1.858 del Código Civil y Resolución de 8 de noviembre de 1990). 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, «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 artículo 1.859 del Código Civil (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. artículo 236.2 del Reglamento Hipotecario: «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 auténtica 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. artículo 236.1.3 del Reglamento Hipotecario).

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 artículo 1872 del Código Civil, los artículos 94 y 95 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954, y la ley 469 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973), 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, sobre la prenda sobre valores cotizables, redactados por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (vid., también, la disposición adicional 6.ª de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la del Mercado de Valores, que se refiere a la ejecución extrajudicial de las prendas); el artículo 14 de Ley del Parlamento de Cataluña 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble (que regula la enajenación del objeto pignorado, por subasta pública notarial); el artículo 260 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995 (que entre los procedimientos de liquidación de los bienes embargados menciona la «subasta ante fedatario público en los términos que se establezcan reglamentariamente»); el artículo 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 artículo 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (que, después de su reforma por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, se remite en el apartado 1 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 artículo 1872 del Código Civil); el artículo 14.1, párrafo segundo, de Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (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, 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 artículo 129 de la Ley Hipotecaria, 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, 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 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».

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, en relación con la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario que regulaba el hoy derogado artículo 131 de la Ley Hipotecaria 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 artículo 236 del RH, las mismas que se prevén en el artículo 132 LH, 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 artículo 24 CE: «... 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 artículo 9 de la Constitución, que el Registrador considera vulnerado, por entender que las normas reglamentarias que regulan el procedimiento extrajudicial no respetan la reserva de ley que el artículo 117.3 de la Constitución 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 artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria (cfr. artículo 97 de la Constitución).

4. 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, 28 de mayo de 2001.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.