

**COMPATIBILIDAD CON LA CONSTITUCIÓN DEL  
PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN  
HIPOTECARIA ANTE NOTARIO [COMENTARIO A LA STS  
(SALA 1ª) DE 4 DE MAYO DE 1998]\***

Fernando Gascón Inchausti

PARTES Don Juan Soler Pons contra Don Jesús Raimundo Guillot.

PONENTE Excmo. Sr. D. José. Almagro Nosete.

FALLO Se estima el recurso y se anula el procedimiento extrajudicial cuya impugnación jurisdiccional le dio origen.

*DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:*

*Art. 129.2 de la LH; arts. 234 a 236-o del RH; arts. 9.3, 24.1 y 117.3 de la CE.*

*DOCTRINA:*

*El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, previsto genéricamente por el art. 129 II de la Ley Hipotecaria, y desarrollado en los arts. 234 y sigs. del Reglamento Hipotecario, no puede considerarse hoy en día compatible con el régimen de ejecución instituido por la Constitución; según los esquemas constitucionales, la ejecución forzosa es una actividad necesariamente jurisdiccional, característica ésta que no puede encontrarse en el procedimiento extrajudicial, donde las actuaciones ejecutivas son llevadas a cabo por un Notario. Dado que se trata de normas preconstitucionales, procede su simple inaplicación por parte de los Tribunales ordinarios, sin necesidad de pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional.*

---

\* Publicado en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 48, septiembre-diciembre 1998, marg. 1309, pp. 1157-1177

## *COMENTARIO:*

### **I. Los hechos.**

Ante la Notario de Albaida (provincia de Valencia) se inició un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, al amparo del art. 129.2 LH y de los arts. 234 a 236-o RH. Estando éste en curso, el deudor hipotecario interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia de Onteniente demanda de juicio declarativo de menor cuantía, solicitando la nulidad de las actuaciones que se estaban llevando a cabo en el procedimiento extrajudicial, que entre tanto quedó en suspenso.

En primera instancia, el Juzgado desestimó la demanda de la actora (deudora en el procedimiento hipotecario), resolución ésta que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Séptima). No se desanimó, sin embargo, la demandante e interpuso recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales (art. 5.4 LOPJ), por inadecuación del procedimiento (motivo 2º del art. 1692 LEC) y por infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate (motivo 4º del art. 1692 LEC).

La Sala Primera del Tribunal Supremo estima el recurso de casación tras analizar el primero de los motivos aducidos por la recurrente (infracción de norma constitucional), sin que, por ello, se haya pronunciado respecto de los demás.

### **II. Los argumentos del Tribunal Supremo.**

La Sala Primera del TS, en el fallo de la sentencia, declara la nulidad del procedimiento extrajudicial seguido en la Notaría de Albaida, por considerar inconstitucionales los preceptos en que tal actividad se funda. Para sostener esta interpretación acude el Alto Tribunal a una verdadera “batería” de argumentos, que debemos individualizar antes de analizar la corrección de la respuesta a que se llega.

— En primer término, se aduce la falta de tradición de este procedimiento en nuestro Ordenamiento, sosteniéndose que la ejecución en nuestro país, al menos a partir del Fuero Juzgo, siempre ha sido judicial.

— En segundo lugar, se rechaza el argumento de que el procedimiento extrajudicial en cuestión constituya el traslado al plano de la hipoteca de las facultades del acreedor prendario para proceder ante notario a la enajenación de la prenda (art. 1872 del Código civil): se acude, a tal fin, a una interpretación

sistemática (el art. 1872 CC es una disposición prevista exclusivamente para la prenda, al quedar fuera de las “disposiciones comunes a la prenda y la hipoteca”) y se menciona también el choque de esta interpretación “con una mentalidad jurídica actual, concorde con la evolución científica, y sobre todo social” (F.J. 4º), que revela “una concepción escasamente publicista de la disciplina procesal, sometida al influjo de su consideración apendicular, como rama jurídica y a la «soberanía» de los pactos privados” (F.J. 3º).

Se trata, en cualquier caso, hasta ahora, de argumentos de índole totalmente secundaria, insuficientes por sí solos para fundar un juicio de inconstitucionalidad sobrevenida respecto del art. 129.2º LH. De un lado, la tradición jurídica prolongada –y el enraizamiento con alguno de nuestros Cuerpos legales medievales, sean las Partidas o el Fuero Juzgo– no es, al menos que sepamos, requisito para que una figura resulte admisible en nuestro Ordenamiento procesal: entenderlo así, o insinuarlo, como hace la sentencia, supone cerrar la puerta a toda innovación legislativa y aferrarse al pasado, actitudes ambas que sí que podrían reputarse contrarias al espíritu del texto constitucional. Y de otra parte, no parece tampoco que sea parámetro adecuado para juzgar la constitucionalidad de una norma su respeto a la “mentalidad jurídica actual”, especialmente cuando no se sabe en qué consistiría ésta.

— Asimismo, según el TS, se infringe la reserva de ley que, para las normas procesales, establecen los arts. 117.3 (“normas de competencia y procedimiento”) y 149.1.6º CE: en la medida en que se contienen normas procesales civiles en un Reglamento (el Hipotecario), se está infringiendo la Constitución (F.J. 10º).

Esta cuestión, sin embargo, ya fue decidida expresamente por la Sala 3ª del TS (Sección 6ª) en recurso directo interpuesto contra el Real Decreto 290/1992 (que introdujo modificaciones en el procedimiento extrajudicial), en sentencia de 16 de octubre de 1995 (RAJ 7064), donde se señaló que los preceptos del Reglamento Hipotecario tienen su adecuada y suficiente cobertura legal en el párrafo segundo del art. 129 de la Ley Hipotecaria. No deja por ello de chocarnos que la Sala 1ª, concedora de esta sentencia, haya optado por la solución contraria, quebrando con ello la deseable armonía que debiera existir entre los diversos órdenes jurisdiccionales (con independencia de que, según se sostiene hoy en día, no sea estrictamente vinculante la jurisprudencia de una Sala sobre las demás).

— En realidad, el verdadero argumento y *ratio decidendi* en que se funda la decisión del Tribunal Supremo es el carácter estrictamente jurisdiccional que, a su

juicio, nuestra Constitución ha atribuido a la ejecución forzosa: en la medida en que el procedimiento extrajudicial es un proceso de ejecución que se desarrolla sin ningún género de intervención judicial, está infringiendo lo previsto por el art. 117.3 CE (FF.JJ. 5º, 6º y 8º). Debe rechazarse así, a juicio de la Sala Primera del TS, la pretendida comparación con el arbitraje, pues éste sólo sustituye válidamente al proceso de declaración, mientras que la ejecución del laudo arbitral queda reservada a los Jueces (F.J. 4º). Tampoco considera oponible a su interpretación el TS cualquier género de referencia al poder de disposición de las partes, cuando sostiene que las normas que disciplinan la ejecución forzosa son de Derecho imperativo y no dejan margen de actuación a la autonomía de la voluntad privada (F.J. 4º). Además, sostiene el TS (F.J. 9º) que la infracción del art. 117.3 CE conlleva el quebrantamiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), especialmente por las limitadas facultades de defensa conferidas al ejecutado (más estrechas aún que en el proceso sumario de ejecución hipotecaria del art. 131 LH).

Estos últimos argumentos, no obstante, sólo son convincentes si se permanece en un análisis superficial de la cuestión. Pero no resisten una crítica mínimamente exhaustiva, que atienda, de un lado, al verdadero significado de la intervención judicial en la actividad ejecutiva y, de otro, a la naturaleza jurídica del llamado “procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”.

### **III. La ejecución no es una actividad necesariamente jurisdiccional.**

Antes que nada, procede poner de relieve que, al menos en nuestra opinión, la ejecución no es una actividad necesariamente jurisdiccional; y no lo es ni en el plano puramente teórico, ni en el plano del Ordenamiento vigente.

A. En primer lugar, ha de quedar claro que, en contra de lo que sostiene la Sentencia comentada, la noción de «ejecución forzosa» y la de jurisdicción no son en absoluto inescindibles. El punto de partida es meramente etimológico: si *iurisdiction* es «decir el Derecho en un caso concreto», parece que la exclusividad de la jurisdicción debería predicarse únicamente del proceso de declaración. Pero es que, además, por muy publicística que deba ser la concepción moderna del Derecho Procesal –opinión ésta que compartimos por completo–, los planteamientos del TS no explican cómo se encuentra desjudicializada en gran medida esta actividad en gran número de Ordenamientos de nuestro entorno, algunos de ellos –en especial el alemán– auténticas “madres nutricias” de la moderna Ciencia procesal española, que postula pretendidamente un carácter férreamente jurisdiccional de la ejecución. Así, en Alemania, a tenor del § 753 de la *Zivilprozessordnung*, es la figura del

*Gerichtsvollzieher* la que se ocupa de la ejecución, quedando reservada para supuestos especiales la intervención del órgano judicial. Y, por seguir sólo con los ejemplos cercanos, en Francia también se atribuye la ejecución forzosa a un profesional no jurisdicente, el *huissier de justice* (art. 18 de la Ley de 9 de Julio de 1991, que reformó el proceso de ejecución francés), que actúa a instancia del ejecutante y que está facultado para requerir en el desempeño de su función el concurso de la fuerza pública (art. 50 del Decreto de 31 de Julio de 1992, que desarrolla la Ley de 1991).

A nuestro juicio, no es de esencia de la ejecución el estar en manos de los jueces, sino que lo es sólo por decisión de la Constitución. Sí que parece, al menos en abstracto, necesaria la intervención de una autoridad pública –que haya algún tipo de enlace, por tanto, con el aparato estatal–, pues ejecución es sinónimo de coacción o fuerza. Pero para preservar los derechos de los justiciables basta con una supervisión genérica de la actividad ejecutiva por parte de los órganos jurisdiccionales, supervisión que se da en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (el art. 236-o RH remite, a través del art. 132 LH, al juicio declarativo que corresponda).

**B.** Pero es que, además, tampoco es cierto, como dice la Sentencia comentada, que en nuestro Ordenamiento siempre deba ser necesariamente jurisdiccional la actividad ejecutiva.

Por mandato constitucional, sólo debe ser jurisdiccional la ejecución de las resoluciones judiciales, pues el art. 117.3 CE sólo reserva a los Jueces la ejecución de "lo juzgado" –y así lo recuerda expresamente la STS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 23 de Octubre de 1995 (RAJ 8123; F.J. 2º), al resolver uno de los recursos directos interpuestos frente al R.D. 290/1992–. En realidad, si tomamos al pie de la letra el precepto, resultaría que el ámbito que constitucionalmente requiere siempre de la jurisdicción es la declaración, y no la ejecución (todo *juzgar* corresponde a los Jueces y Tribunales, pero *ejecutar*, sólo lo juzgado): justo lo inverso de lo que postula la presente sentencia.

El Tribunal Supremo pretende superar esta observación con un argumento que no es, a nuestro juicio, de recibo. Se alega que si sólo fuera jurisdiccional la ejecución de las resoluciones judiciales, ello "da al traste con la ejecución judicial de los títulos extrajurisdiccionales, o al menos, propicia, una interpretación desmembradora por vía legal de aquel cometido jurisdiccional" (F.J. 5º). Basta con releer con cierto detenimiento esta frase para darse cuenta de que no es argumento: que la Constitución sólo exija la intervención judicial en la ejecución de las

resoluciones judiciales no significa que el legislador ordinario no pueda encomendar a los órganos judiciales la ejecución de títulos ejecutivos que no se hayan creado en el seno de un proceso judicial. Y tampoco "se desmembra" el concepto de ejecución por el solo hecho de entender que la ejecución judicial de resoluciones judiciales – valga la redundancia– obedezca a exigencias constitucionales, y la de títulos extrajudiciales sea fruto de una decisión legislativa basada en razones de oportunidad o conveniencia.

Postular en todo caso un proceso de ejecución con la intervención judicial resulta, en nuestra opinión, innecesario; más aún: ¿dónde se hallaría el límite de la presencia judicial en el proceso de ejecución? Porque si ahondamos en la senda abierta por esta sentencia y exigimos el más riguroso respeto al papel que corresponde *ex constitutione* en la ejecución al poder judicial, podríamos acabar llegando a la (absurda) conclusión de la inconstitucionalidad de la presidencia de la subasta por el Secretario Judicial (art. 1503 LEC).

Por otra parte, tampoco nos parece cierta la aseveración formulada por el TS en relación con el carácter imperativo de las normas procesales que disciplinan la ejecución forzosa (F.J. 4º): al contrario, muchas de ellas se aplican sólo en defecto de voluntad diversa de las partes, o pueden ser alteradas si éstas así lo deciden: véase, a modo de ejemplo, la licitud genérica de los pactos en orden a la ejecución (cfr. M.A. FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, III, 4ª ed., Madrid, 1995, pág. 34), la disponibilidad del *beneficium ordinis* o el pacto que en la escritura de hipoteca hacen las partes sobre el avalúo de la finca hipotecada y que determina el tipo de licitación).

En último término, resulta completamente incompatible con la concepción jurisdiccional de la ejecución que sostiene la presente sentencia la ejecución forzosa en el ámbito administrativo (especialmente, la que tiene su origen en la potestad sancionadora y en la potestad tributaria de la Administración Pública). Basta con echar un vistazo a los arts. 93 a 100 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992) –que contienen preceptos de carácter mucho más incisivo sobre la esfera personal del ejecutado que los de la *timorata* Ley de Enjuiciamiento Civil, que no se atreve a regular ni las multas coercitivas ni, mucho menos, la compulsión personal, expresamente previstas ambas en los arts. 99 y 100 de la mencionada Ley–; o el Real Decreto 1684/1990, de 20 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (en especial, los arts. 91 a 152).

En definitiva, lo que es realmente consustancial a la ejecución es la coacción,

la fuerza (de ahí el calificativo de *forzosa*); y, en un Estado de Derecho, la coacción la monopoliza el Estado (aunque, dentro de él, no sólo los Jueces). Lo que hace falta, en definitiva, es intervención pública, pero no necesariamente jurisdiccional; y, por supuesto, por exigencias del art. 24 CE, la revisabilidad en sede jurisdiccional de la actividad de ejecución.

#### **IV. Naturaleza jurídica del procedimiento extrajudicial: no es un proceso de ejecución.**

Pero no se trata sólo de que, a nuestro juicio, la actividad ejecutiva no sea necesariamente jurisdiccional; dato éste que, por sí solo, tal vez no eliminaría la censura al procedimiento establecido en los arts. 234 y sigs. RH, salvo que se concibiera al Notario como un representante del Estado, dotado de *fuerza pública*, cuestión ésta que parece francamente discutible (la Sentencia comentada lo niega rotundamente –F.J. 8º–). Es que, aunque lo fuera, debe entenderse que el denominado «procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria» *no es, en puridad, una forma de ejecución forzosa*, un proceso de ejecución, sino tan sólo una forma de hacer efectiva una garantía pactada por las partes al margen de los poderes públicos y, por ende, de los órganos jurisdiccionales.

La esencia de esa actividad que se denomina «ejecución forzosa» consiste en hacer efectiva una responsabilidad, en satisfacer el interés del acreedor con cargo al patrimonio del deudor, a pesar de la voluntad contraria del responsable, mediante lo que se ha venido en llamar «actividad de sustitución» (CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, págs. 30 y sigs.) a cargo de alguien investido de potestad para ello (un «poder público»: el Juez o la Administración). En el caso de las ejecuciones pecuniarias, es precisa una primera entrada en la esfera patrimonial (y, por tanto, privada) del deudor, seleccionando y trabando (mediante el embargo) determinados bienes que serán después subastados públicamente; y se produce una ulterior inmisión en su esfera privada cuando se sustituye su voluntad al consumarse la venta pública y otorgarse, con plena eficacia registral, la escritura de venta del bien subastado. Y esto es así tanto si la ejecución es jurisdiccional como si es administrativa.

En el procedimiento extrajudicial no sucede, sin embargo, ninguna de estas dos actuaciones, ni es necesario (*rectius*, no sucede *porque* no es necesario): es el propio deudor el que, de un lado, afecta un bien suyo al pago de la deuda (mediante la hipoteca) y el que, de otro, apodera a un particular (el propio acreedor inclusive) para otorgar en su nombre la escritura de venta tras la subasta (art. 234.1.3ª RH). No

hace falta que nadie (Juez o Administración) "tome" o "afecte" ningún bien; y tampoco hace falta que nadie, con su intervención, supla la ausencia de voluntad del deudor para que sea plenamente válida y eficaz la enajenación del bien hipotecado.

El procedimiento extrajudicial tiene su origen en un acuerdo de voluntades, que se hace constar documentalmente en la escritura pública de constitución de la hipoteca (arts. 129.2 LH y 234.1 RH). Es posible, no obstante, que, a pesar del consentimiento inicial, el procedimiento hipotecario pueda tener que llevarse a efecto contra la voluntad del deudor que no ha pagado; en realidad, ésta es su esencia, pues en caso de voluntad de pago (y liquidez) del deudor no haría falta acudir a procedimiento alguno. Pero no es precisa la voluntad del Estado para solventar su resistencia, pues la simple voluntad de las partes ha dispuesto todos los mecanismos para hacer innecesaria esa intervención. Y ello porque, insistimos: a) el propio deudor ha pactado voluntariamente el recurso a este procedimiento –y el RH ha tratado de garantizar al máximo su libertad, exigiendo que ese pacto conste separadamente del resto de las cláusulas (art. 234.2)–; y b) él mismo ha apoderado a otra persona para que, dado el caso, otorgue en su nombre y representación la escritura de venta de la finca en subasta. En otras palabras, se ha previsto la eventualidad de que se plantee una falta de voluntad sobrevenida y expresamente se han creado los medios para vencerla sin necesidad de acudir al órgano judicial (no hace falta, en definitiva, que el Estado "sustituya" al deudor, pues él mismo ha previsto una forma de hacerlo, la representación, que es válida conforme a Derecho).

Por ello, no cabe considerar que el Notario se arrogue funciones que son claramente públicas y jurisdiccionales (como parece dar a entender el F.J. 8º de la Sentencia), pues en absoluto impone su voluntad o sustituye con ella la del deudor (cosa que sí hace el Juez en el procedimiento ejecutivo sumario del art. 131 LH).

Antes bien, la presencia del Notario es útil (incluso necesaria) para que el procedimiento mantenga su naturaleza privada y pueda prescindirse en él de cualquier coacción pública. Y es que el Notario, con su actuación:

a) dota al procedimiento de una apariencia de regularidad formal y de solemnidad, precisa para fomentar su utilización como alternativa a los diversos procesos judiciales que tiene a su alcance el acreedor hipotecario;

b) pone al servicio del procedimiento una infraestructura (la notaría y su personal) y una experiencia en llevar a cabo actuaciones del tipo de las que requiere el procedimiento (publicidad, comunicación y relación con el Registro de la Propiedad, actos de comunicación con interesados); además, su carácter de fedatario público permite dejar constancia en todo caso de la regularidad del procedimiento y



del respeto a las garantías de los interesados.

c) al intervenir en la escritura pública, aporta lo que hace falta según la legislación hipotecaria para que lo actuado *inter privatos* tenga acceso al Registro de la Propiedad y pueda desplegar con plenitud sus efectos;

d) al mediar en la venta del bien con objetividad (al fin y al cabo, el acreedor no elige al Notario, sino que existe una regla de "competencia territorial" al efecto: art. 236.1 RH), resulta imposible cualquier equiparación al proscrito «pacto comisorio» (art. 1859 CC: "El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas").

Por todas estas razones, sostenemos que el procedimiento extrajudicial no es un proceso de ejecución *stricto sensu*; es una forma férreamente reglamentada de hacer efectiva una garantía privada, entre sujetos privados, sin necesidad de que intervenga la autoridad judicial. Si nada impide que las partes pacten en el contrato la forma de hacerse los pagos, nada debe impedir tampoco que, en vez de "inventar" ellas esa forma, acudan a una que les ofrece el legislador, ritualizada mediante una serie de trámites que pretenden asegurar la obtención de una suma razonable a partir de la cosa hipotecada. Se trata, por tanto, de que las partes han pactado como forma subsidiaria de pago una *datio pro solvendo*, y se han acogido a una modalidad de liquidación (de llevar a cabo ese *solvere*) expresamente regulada por el legislador. En este sentido, PRIETO-CASTRO (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, 2ª ed., Pamplona, 1985, pág. 795) –refiriéndose, claro está, a la configuración del procedimiento extrajudicial previa a la reforma operada por el R.D. 290/1992– habla de "*pactum executivum*", de título creado por cláusula contractual concertada entre las partes que abre directamente la vía de la realización, sin verdadera cognición por un órgano jurisdiccional.

Un ejemplo tal vez ayude a aclarar la idea que pretendemos transmitir. Si decimos que las partes pueden prever en su contrato diversas modalidades de cumplimiento, imaginemos una compraventa de mercancías, en la que se haya establecido que: a) la entrega se efectuará el día X en el lugar Z a cargo del vendedor; b) si, por la razón que sea, no sucede así, podrá el comprador acudir al almacén del vendedor y tomar por sí mismo las mercancías; c) para el caso de que el almacén esté cerrado cuando acuda el comprador, en el momento de celebrar el propio contrato, el vendedor le entrega una copia de la llave que abre ese almacén. Evidentemente, si el comprador acude al almacén antes del tiempo pactado, falsifica la llave, toma del almacén más mercancías de las debidas, o las toma sin haberlas pagado, el vendedor podrá solicitar la tutela del Juez; pero hasta ese momento la conducta del comprador es perfectamente lícita, pues descansa en la voluntad de las partes, y no precisa el

comprador de la participación del órgano judicial para ir con su llave al almacén y tomar las mercancías. No se está ejecutando (haciendo efectiva sobre el patrimonio del deudor una responsabilidad), se está acudiendo a una modalidad –subsidiaria– de cumplimiento. Resulta evidente que al vendedor, si no quiere entregar las mercancías, no le agrada que el comprador use su llave y se las lleve: pero no puede hacer nada para impedirlo, pues él mismo lo previó y lo consintió al darle la llave. Lo único que podrá denunciar al Juez es un uso indebido de las llaves, pero no puede impedir que las use conforme a lo pactado. En realidad, si se hace el uso debido de las llaves, el Derecho debe tutelar esa utilización por parte del comprador.

Ahora bien, que no sea un proceso de ejecución en sentido propio no significa que sea inmune al control jurisdiccional ("el vendedor puede solicitar la tutela judicial en caso de uso indebido de las llaves"). Al contrario, el artículo 236-o del RH se remite a los cinco últimos párrafos del art. 132 LH, y con ello permite a los Jueces, por los cauces del proceso declarativo ordinario, controlar que el acreedor ha ejercitado sus facultades dentro de los límites de lo pactado y del procedimiento al que se han sometido las partes. De hecho, la STS (Sala Tercera, Sección 6ª) de 23 de Octubre de 1995 (RAJ 8123), dictada como consecuencia de un recurso directo contra el Real Decreto 290/1992, considera perfectamente salvaguardada con esta remisión "la competencia jurisdiccional para conocer de las reclamaciones que puedan formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, a través del correspondiente juicio declarativo" (F.J. 3º). Tal vez la regulación del procedimiento extrajudicial sea deficiente, y los medios de tutela de los derechos del deudor y –sobre todo– de los terceros sean insuficientes (Así lo ponen de relieve M.A. FERNÁNDEZ, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Práctico*, Tomo VII, 2ª ed., Madrid, 1995, pág. 338); estos defectos se podrían salvaguardar con una mejor regulación de la supervisión judicial de lo actuado *inter privatos*, pero en modo alguno postulan una desaparición del procedimiento extrajudicial, ni una necesaria judicialización de aquello que constituye su esencia.

Si no es, en sentido estricto, proceso de ejecución, ningún reproche de constitucionalidad puede hacerse al procedimiento extrajudicial debido a la ausencia en él de la intervención jurisdiccional. Se desvirtúa así la interpretación efectuada por la Sala Primera del TS para declarar la nulidad de lo actuado conforme a sus trámites. Algún sector de la doctrina ha señalado también que no es proceso de ejecución, precisamente porque en él no intervienen los jueces (M.A. FERNÁNDEZ, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Práctico*, cit., pág. 337; Por su parte, TOMÉ PAULE, *Lecciones de procesos civiles especiales*, 2ª ed., Madrid, 1998, pág. 259, señala que el proceso de venta ante Notario no entra dentro del concepto de proceso

de ejecución hipotecaria, dado su carácter extraprocésal); a nuestro juicio, ya lo hemos dicho, la oración debe expresarse de modo inverso: no hace falta la intervención de los jueces porque ni siquiera es un proceso de ejecución. Por eso, aunque, de modo tradicional, al explicar las diversas modalidades de satisfacción del acreedor hipotecario, se presenten como equivalentes hasta cuatro vías (1ª: proceso ordinario de declaración y ejecución ordinaria de la sentencia; 2ª: juicio ejecutivo con la escritura de constitución de la hipoteca como título del art. 1429.1º LEC; 3ª: procedimiento sumario del art. 131 LH; 4ª: procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria), lo cierto es que entre la ejecución extrajudicial y las otras tres existe una clara diferencia, pues la primera no es un auténtico proceso de ejecución. No obstante, las similitudes (pues se trata, en todos los casos, de formas de que el acreedor vea satisfecho su crédito) explican su regulación tanto legal como reglamentaria conjunta con el procedimiento sumario del art. 131 LH. Y esta proximidad en la sistemática legal –unida a una terminología confusa– es la que, a nuestro juicio, fomenta la errónea intelección del extrajudicial como procedimiento de ejecución hipotecaria.

En realidad, sucede algo parecido en el arbitraje, pese a que la sentencia comentada excluya cualquier similitud entre ambas figuras, porque el arbitraje sólo supone la renuncia a la declaración, pero no puede acudir a él para la ejecución (F.J. 4º). A pesar de ello –extremo que no negamos–, sí que existe una gran similitud del procedimiento extrajudicial respecto del arbitraje, porque también en este segundo basta con un acuerdo inicial de voluntades (el convenio arbitral) para que, después, ese acuerdo pueda desplegar sus efectos con independencia de que el demandado pretenda apartarse de esa voluntad inicial: surgida la disputa y existiendo convenio válido, si el actor acude al arbitraje, el demandado no tendrá más remedio que someterse a él y defenderse dentro de él, pues el laudo que se dicte tendrá fuerza de cosa juzgada y será título ejecutivo. Y a nadie parece repugnar esta sustanciación del arbitraje contra la voluntad del demandado, aunque se le esté privando de la tutela judicial; tan es así, que el Estado colabora en el desarrollo del procedimiento arbitral (v.g., mediante el auxilio probatorio a los árbitros –art. 27 de la Ley de Arbitraje–) y se abstiene de enjuiciar el asunto si el interesado le alega en tiempo y forma la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (arts. 11 LA y 533.8ª LEC).

Como estamos viendo, también en el procedimiento extrajudicial la voluntad inicial conforme basta para que una de las partes pueda obligar a la otra a permitir que sobre su esfera jurídica se desarrolle una determinada actividad; y el Estado tutela y reconoce el resultado de esa actividad, pues la venta del bien hipotecado será perfectamente válida y la escritura que se otorgue tendrá normal acceso al Registro.

Y no se diga que la mera *declaración* a la que *ex lege* se limita el arbitraje es más *inofensiva* que la ejecución, pues es una falacia: la declaración que desemboca en un laudo es igual de grave: de un lado, por la fuerza de cosa juzgada y la vinculación hacia el futuro que conlleva; y, de otro, por su fuerza ejecutiva.

En síntesis, podemos decir que el procedimiento extrajudicial no es un proceso de ejecución; por eso, no es precisa en él la intervención judicial –si se partiera de la necesaria jurisdiccionalidad de la ejecución forzosa– y no puede reprocharse a las normas que lo regulan vicio alguno de inconstitucionalidad (En este sentido, MORENO CATENA, con CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA, *Procesos Civiles Especiales*, Madrid, 1996, págs. 435 y sigs., aborda el estudio de este procedimiento sin poner en ningún momento reparos a su constitucionalidad. En cambio, MONTERO AROCA, con ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO, *Derecho Jurisdiccional*, II, 7ª ed., Valencia, 1997, pág. 626, señala que el procedimiento extrajudicial “es de dudosa constitucionalidad”). De ahí que debamos mostrar nuestro rechazo tanto a los argumentos como a las conclusiones a que llega nuestro Tribunal Supremo en la presente Sentencia.

## **V. Cuestiones pendientes tras la sentencia.**

Hemos criticado hasta ahora la Sentencia, tanto en sus fundamentos como en las conclusiones a que llega. Sin embargo, no podemos ignorar la repercusión que ha tenido en la práctica procesal y notarial, y la *auctoritas* que tiene como pronunciamiento emanado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Por ello, debemos olvidar en cierta medida cuanto hemos sostenido hasta ahora y ocuparnos de las importantes cuestiones que deja abierta la resolución comentada.

**A.** La primera salta a la vista, y es la que sin duda está esperando ver resuelta el práctico: ¿qué hacer con los expedientes de ejecución extrajudicial pendientes aún de tramitación?

Desde luego, el RD 290/1992 ya fue objeto en su día al menos de dos impugnaciones directas en vía contencioso-administrativa ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo –interpuestas por la "Unión de Consumidores de la Comunidad Autónoma de Madrid" y por el Consejo General de la Abogacía Española, respectivamente (se trata de las ya citadas Sentencias de la Sección 6ª de la Sala 3ª del TS de 16 y 23 de Octubre de 1995)– y en ambas superó el *test* de

constitucionalidad a que fue sometido, precisamente por supuesta infracción del art. 117.3 CE. Tenemos, en consecuencia, resoluciones contradictorias dictadas, eso sí, en órdenes jurisdiccionales diferentes.

¿Cuál debe prevalecer? De una parte, hay que tener presente que la Sala 3ª cumplía con la función que le resulta más propia al enjuiciar la conformidad con el Ordenamiento jurídico del R.D. 290/1992, y que en esa medida deberían los agentes jurídicos atenerse a lo dicho por ella en dos sentencias.

De otra, resulta evidente que la Sala 1ª puede considerar inconstitucional el art. 129.2 LH en virtud de lo establecido en la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución; y que puede inaplicar, también por inconstitucional, las normas reglamentarias que desarrollan el procedimiento extrajudicial, a tenor del art. 6 LOPJ. Ahora bien, tampoco hay que perder de vista que, al menos de momento, esta sentencia no sienta aún *jurisprudencia*, pues falta otra para que pueda entenderse así. Y, conociendo la escasa uniformidad de criterio que, desgraciadamente, existe entre las diversas Secciones de la Sala 1ª de nuestro TS, no sería de extrañar que en un eventual segundo proceso se llegara a conclusiones diferentes (con lo cual, la confusión podría ser aún mayor).

A nuestro juicio, la solución definitiva de la cuestión debería pasar por un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que se manifestara de forma definitiva acerca de la conformidad del art. 129.2 LH con la Norma Fundamental. Es cierto que el precepto en cuestión es una norma preconstitucional, y que, por tanto, no es necesario el pronunciamiento del TC al respecto; pero nada impide que constituya objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, pues ninguno de los preceptos que de ella se ocupan exige que se trate de normas postconstitucionales (cfr. art. 163 CE, art. 35.1 LOTC y art. 5.2 LOPJ). En este supuesto, la existencia de resoluciones de contenido diametralmente opuesto, provenientes ambas del órgano que ocupa la cúspide de nuestro sistema judicial, hace en nuestra opinión imprescindible para la seguridad del tráfico que el conflicto de resoluciones quede zanjado por el único órgano que puede decir la última palabra en materia de constitucionalidad de las normas jurídicas.

Evidentemente, ya lo hemos dicho, la respuesta del TC a este problema sólo puede llegar por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad; a tal efecto, será preciso que en un concreto proceso, análogo al que desembocó en la Sentencia que ahora nos ocupa, el órgano jurisdiccional, en vez de optar por la inaplicación directa de los preceptos que regulan el procedimiento extrajudicial, de oficio o a instancia de

parte, promueva la cuestión y defiera la decisión definitiva al TC. Confiamos en que una cuestión de inconstitucionalidad se plantee, y que se plantee *pronto*; porque hasta ese momento, los operadores jurídicos deben enfrentarse con una jurisprudencia contradictoria, lo que hace previsible numerosos *trastornos*: en especial, negativas de los Notarios a asumir nuevos procedimientos extrajudiciales y, sobre todo, una avalancha de procesos declarativos instados por los deudores solicitando que se anulen las actuaciones pendientes o –incluso– las ya concluidas.

**B.** Esto último nos conduce a una segunda cuestión, de igual interés para el que deba enfrentarse a la situación de confusión que nos aguarda en la materia. Puestos a tratar de *reproducir* el proceso que desembocó en la presente Sentencia, existe un dato de gran trascendencia que será del primer interés para el deudor "ejecutado": ¿cómo se consiguió –y, por ende, cómo conseguir en el futuro– la paralización del procedimiento extrajudicial durante la tramitación del proceso judicial? Porque, en principio, el art. 236-ñ RH sólo contempla la suspensión por dos motivos tasados: pendencia de un proceso criminal por falsedad del título hipotecario y pendencia del procedimiento registral a que se refiere el art. 236-b III RH. Pero no se contempla una eventual incidencia del proceso civil de declaración sobre la ejecución extrajudicial; antes bien, la remisión que el art. 236-o RH realiza a los cinco últimos párrafos del art. 132 LH hace que deba entenderse prohibida la suspensión del procedimiento extrajudicial ("... sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente Ley" –art. 132 VI *i.f.* LH–).

Aun siendo esto así, lo cierto es que, en el caso de autos, el procedimiento extrajudicial quedó en suspenso durante la tramitación del judicial. Nada dice la sentencia comentada (es cierto que tampoco tiene por qué) acerca de cómo se obtuvo la suspensión; lo único que consta con cierta claridad es que estaba suspenso aparentemente por mandato judicial, pues las sentencias de instancia –tanto la del Juzgado de Onteniente como la de la Audiencia Provincial de Valencia– además de rechazar la petición de la actora, mandaban que se alzara la suspensión.

Es posible que la suspensión pudiera obedecer a una simple decisión del Notario, una vez hubiera tenido conocimiento de la pendencia del procedimiento judicial, a pesar de lo prescrito por la LH y el RH –tal vez ante el temor de algún tipo de acción legal frente a él por parte del deudor si la demanda prosperaba–.

Ahora bien, la única forma reglamentada de obtener la suspensión que se nos ocurre –siempre, eso sí, pasando por encima del tenor literal del art. 132 VI *i.f.* LH–

es a través del art. 1428 LEC, como medida cautelar innominada. Si hemos señalado que, en nuestra opinión, el procedimiento extrajudicial supone el ejercicio ritualizado de una facultad contractual, no habría dificultad alguna en considerar que el objeto del proceso judicial consistiría en una condena de no hacer, cuyo aseguramiento podría obtenerse, al amparo del art. 1428 LEC, mediante un mandato provisional de no hacer, que se traduciría en la suspensión del procedimiento ante el Notario.

Y si la demanda ante el órgano judicial se plantea en términos de nulidad del procedimiento extrajudicial, se trataría en realidad del ejercicio de una acción declarativa; ello no obstaría, sin embargo, para que pudiera proceder la adopción de medidas cautelares –entre ellas la suspensión provisional del procedimiento–, pues es posible que sea ésta la única forma de asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte, si ésta es anulatoria.

El problema, en ambos casos, y hasta que el TC no resuelva de forma definitiva la cuestión, será en considerar de qué lado está el *fumus boni iuris*, que se traduciría en apariencia de derecho a que el acreedor desista del procedimiento o en apariencia de nulidad del procedimiento, según como se plantee; y es que el demandado (el acreedor en el procedimiento extrajudicial) cuenta a su favor con el apoyo de la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS –lo que se opondría a la adopción de las medidas–, pero el actor, naturalmente, se escudará en la Sentencia aquí comentada –de cuya doctrina sí que se deduciría una adopción de las medidas cautelares, a la que, además, no se opondría el art. 132 VI *i.f.* LH, por la sencilla razón de que éste precepto no sería aplicable al caso, por ser inconstitucional la norma que a él se remite (el art. 236-o RH)–.

C. Queda, por último, otra cuestión pendiente tras la presente Sentencia. ¿En qué medida incide lo sostenido en ella sobre los demás procedimientos extrajudiciales para hacer efectivos los derechos reales de garantía? Por lo menos, hay tres procedimientos más de este tipo:

— La venta notarial de la cosa pignorada, prevista y regulada en el art. 1872 CC.

— La venta notarial de la cosa que constituya objeto de una hipoteca mobiliaria (arts. 86 a 88 Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión)

— La venta notarial de la cosa dada en prenda sin desplazamiento de la posesión (arts. 94 y 95 LHMPSPD, con remisión al art. 1872 CC).

De modo expreso, la citada STS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 16 de octubre de

1995 (F.J. 5º) sostiene la equivalencia entre el procedimiento notarial de venta de la cosa pignorada y el procedimiento extrajudicial del art. 129.2 LH. Por su parte, la Sentencia comentada, salvo unas consideraciones de índole general (F.J. 3º), se limita a señalar que no puede extenderse al terreno del derecho de hipoteca la facultad de venta notarial prevista para la prenda, por ser privativa de ésta según la regulación del CC (F.J. 4º) –lo que, dicho sea de paso, en nada afecta a la regularidad del procedimiento extrajudicial, pues no se pretende justificar su existencia como una extensión del art. 1872 CC a la hipoteca; al contrario, nadie parece discutir que su fundamento se encuentra directamente en la LH y en el RH–. Evidentemente, nada podría "decir" –en sentido propio– la Sentencia comentada en relación a los demás procedimientos extrajudiciales para la satisfacción de garantías reales, pues no era ése el objeto del recurso de casación; sin embargo, en una sentencia, como la presente, plagada de *obiter dicta*, no habría estado de más algún tipo de referencia a ellos.

En principio, si se sigue al pie de la letra la doctrina sentada por el TS en esta Sentencia, deberían recaer sobre estos otros mecanismos de satisfacción idénticas sospechas de inconstitucionalidad sobrevenida: al fin y al cabo, estamos también, según las categorías que maneja el TS, ante unos supuestos de ejecución (pues se usa la cosa pignorada –con o sin desplazamiento posesorio– u objeto de hipoteca mobiliaria para satisfacer al acreedor) sin la necesaria presencia de un órgano jurisdiccional, exigencia ésta dimanante de la Constitución y cuya ausencia debería conducir a la inaplicación del art. 1872 CC y de los arts. 86 a 88 y 94 y 95 LHMPSDP.

No obstante, a nuestro juicio, pueden trasladarse a este plano las mismas consideraciones hechas acerca de la naturaleza jurídica del procedimiento extrajudicial hipotecario: su legitimidad constitucional debería estar fuera de duda, pues no son más que formas privadas de obtener el cumplimiento de una obligación, que en modo alguno representan modalidades proscritas de autotutela.

*Fernando Gascón Inchausti*