

cerrada en sí misma, respecto a ésta pueda considerarse viable una especie de remisión implícita o apertura posible a un complemento del precepto constitucional por la ley orgánica. Sería, en su caso, otro precepto diferente el que abriera la vía a ese complemento, lo que nos lleva al examen de lo dispuesto en el art. 165 CE, citado en la Sentencia.

4. En cuanto al alcance de este precepto, que según la Sentencia fundamentaría la regulación del art. 32 LOTC en la restricción que en él se introduce respecto de la legitimación de las Comunidades Autónomas, hay que observar que, en lo que al caso conviene, lo que en él se remite a la Ley Orgánica es la regulación del «procedimiento ante el mismo [el Tribunal Constitucional] y las condiciones para el ejercicio de las acciones».

Parece claro que lo regulable por la Ley Orgánica, a la que el precepto constitucional remite, deberá ser lo no regulado ya directamente en la propia Constitución, caso en el que se encuentra precisamente la legitimación para el recurso de inconstitucionalidad, salvo que la regulación de la Ley Orgánica se limite a la mera reproducción de la regulación constitucional, para dotar de complitud a la norma; pero sin correcciones ni restricciones, que serían, en su caso, contrarias al principio constitucional de jerarquía normativa (art. 9.3 CE).

La cuestión sería la de si en el concepto constitucional de «las condiciones para el ejercicio de las acciones» puede incluirse la regulación de la legitimación.

Que ello no es así parece claro, habida cuenta de que procesalmente la acción corresponde al capítulo conceptual del objeto del proceso, mientras que en la legitimación se trata de un requisito del sujeto.

Pero al margen de esa consideración procesal, en sí misma extraconstitucional, sin salirnos de una interpretación sistemática intraconstitucional, debe destacarse el dato, ya antes resaltado, de que, al regular la legitimación para los distintos procesos, en los del apartado 1 del art. 162 no se hace remisión a la Ley Orgánica, a diferencia de lo que se hace en el apartado 2, por lo que no resulta lógico dar al concepto de «condiciones para el ejercicio de las acciones» un alcance habilitante de la Ley Orgánica para regular en cuanto a la legitimación tanto lo que le viene remitido expresamente por el art. 162.2 como lo que no se le remite en el apartado precedente.

La exégesis lógica del precepto, a mi juicio, lleva más bien a una conclusión contraria a la proclamada en la Sentencia en el pasaje antes transcrito; esto es, a la de que en caso de apreciar en el art. 32 LOTC una restricción del sentido normativo del art. 162.1.a) CE, la misma no será «conforme a la llamada que hace a dicha Ley Orgánica el art. 165 CE».

Y excluida esa habilitación, si se llegara a la conclusión de que el art. 32 LOTC restringe el alcance de la legitimación directamente regulada en el art. 162.1.a) CE, la misma no sería directamente aceptable, pues aplicando, mutatis mutandis, la doctrina de la STC 76/1983, FJ 4, antes citada, «el legislador tampoco puede dictar normas que incidan en el sistema constitucional de distribución de competencias para integrar hipotéticas lagunas existentes en la Constitución».

5. Interpretado, pues, el sistema constitucional de legitimación para el recurso de inconstitucionalidad en su propio contexto, y descendiendo a la exégesis del art. 32 LOTC, resulta indudable que en él, según razona la Sentencia, a los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas «sólo se les confiere, en el apartado 2 del mismo artículo, una legitimación limitada al caso de las leyes, disposiciones y actos con fuerza de Ley del Estado».

Ahora bien, si el hecho positivo inequívoco de ese reconocimiento explícito de legitimación conllevase la

exclusión de la legitimación para lo no reconocido (tesis de la Sentencia, reflejada en el uso del adverbio «sólo»), nos encontraríamos ante una contradicción de sentido entre el art. 162.1.a) CE y el art. 32 LOTC en cuanto al sentido excluyente de éste, lo que, de ocurrir, nos situaría en el ámbito de la salvedad recogida en el párrafo de la Sentencia antes transcrito en cuanto a la sumisión exclusiva a la Constitución y a su Ley Orgánica «si la regulación en éste no resulta contraria a los preceptos constitucionales», lo que nos debiera llevar a un apartamiento de la Ley Orgánica, para atenernos estrictamente a la Constitución.

Ante la gravedad de una apreciación de que el art. 32 LOTC pudiera no ser conforme a la Constitución en el punto que nos ocupa, resulta necesario intentar una interpretación del precepto orgánico, que en este caso puede ser la que propone el Ministerio Fiscal, interpretación que no puede considerarse directamente contraria al sentido literal del precepto, en el que no existe un contenido explícito, terminante e inequívoco, de exclusión de la legitimación en otros casos distintos de los expresamente reconocidos.

Para ello no es necesario acudir al iter parlamentario de elaboración del precepto, aunque no sea factor despreciable el de la desaparición final de un párrafo del precepto, respecto del que no consta acuerdo parlamentario explícito en tal sentido.

Pero al margen del inexplicable fenómeno parlamentario, y limitándonos al Derecho vigente tal y como está establecido, en el que el elemento primordial es la Constitución y el subordinado la Ley Orgánica, la interpretación de ésta en sentido constitucional, tal y como propone el Ministerio Fiscal, ha de llegar a la conclusión de que la legitimación otorgada al recurrente en el art. 162.1.a) CE no viene explícitamente excluida en el art. 32 LOTC, y debe serle reconocida.

Apreciada su legitimación, son extensibles para la estimación de su recurso, como ya se ha adelantado en otro lugar, las mismas razones que fundamentan la estimación del acumulado.

En tal sentido dejo expresado mi personal opinión sobre el caso.

Madrid, a seis de julio de dos mil seis.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

14186 *Pleno. Sentencia 224/2006, de 6 de julio de 2006. Cuestión de inconstitucionalidad 1919/1999. Planteada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia respecto al párrafo segundo del artículo 129 de la Ley hipotecaria. Potestad judicial: cuestión de inconstitucionalidad, sobre el procedimiento ejecutivo extrajudicial, inviable.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez-Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1919/1999, planteada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, respecto al párrafo segundo del art. 129 de la Ley hipotecaria, desarrollado por los arts. 234 a 236 o) del Reglamento hipotecario. Han intervenido el Abogado del Estado, en la representación que ostenta y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Con fecha 7 de mayo de 1999 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Presidente de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, por medio del cual se eleva la presente cuestión de inconstitucionalidad. Al escrito se acompaña, junto al testimonio íntegro de las actuaciones, el Auto de la referida Sección, de 14 de abril de 1999, en el que se acuerda plantear la posible inconstitucionalidad del art. 129, párrafo segundo, de la Ley hipotecaria, desarrollado por los arts. 234 a 236 del Reglamento hipotecario, por vulneración de los arts. 117.3 y 24.1 CE.

2. Los antecedentes de la cuestión, según resulta del Auto de planteamiento y de la documentación adjunta, son los siguientes:

a) Mediante escritura pública otorgada el 4 de marzo de 1991, la entidad Abbeycor Nacional Hipotecario, S.A., sociedad de crédito hipotecario, concedió a Emprocon, S.L., un préstamo con garantía hipotecaria sobre determinadas fincas sitas en un edificio situado en plaza de la Reina y calles Corregería y Verónica de Valencia (el préstamo hipotecario fue ampliado por escritura de 28 de enero de 1993). En la estipulación octava, y bajo el epígrafe «Procedimiento», para hacer efectiva la totalidad o parte del capital, intereses y gastos, se concedía a la prestamista la facultad de optar, a su elección, entre la acción ejecutiva ordinaria, el procedimiento judicial sumario del art. 131 LH o el extrajudicial previsto en los arts. 234 y 235 RH.

b) El 9 de julio de 1992, Emprocon, S.L., celebró con CLEOP, S.A., un contrato que tenía por objeto la construcción por parte de ésta, con suministro de materiales y mano de obra, de la terminación de la ampliación del sótano y ejecución de dos plantas de sótano garaje, planta baja comercial y ocho viviendas, por cuenta y riesgo de la propiedad, sobre un solar propiedad de esta última, sito en la plaza de la Reina y calles Corregería y Verónica, de Valencia. En la cláusula decimooctava se hacía constar que CLEOP, S.A., ostentaba la plena y exclusiva posesión de las obras objeto del contrato desde el inicio de su ejecución y hasta el momento de su entrega a la propiedad mediante la recepción provisional de las mismas. Asimismo, se estipulaba que CLEOP, S.A., no estaba obligada a entregar, total o parcialmente, las obras objeto del contrato mientras que la propiedad no le hubiese satisfecho, en la forma pactada, la totalidad de las certificaciones libradas o el importe de los pagos que, siendo de cuenta de la propiedad por Ley o conforme a lo estipulado en el contrato, hubiesen sido efectuados por CLEOP, S.A. Igualmente, se establecía que ésta no estaba obligada a entregar total o parcialmente las obras si la propiedad no le hubiese entregado garantías reales y suficientes que cubrieran los importes pendientes de vencimiento en la fecha de la mencionada entrega.

c) Ante el impago de la deuda motivada por la hipoteca, y previa reclamación a Emprocon, S.L., de la cantidad adeudada, la entidad Abbey National Bank, S.A.E., instó la iniciación del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria ante el Notario de Valencia don Vicente

L. Simo Santonja. La subasta de las fincas hipotecadas se anunció en el «Boletín Oficial del Estado» de 13 de mayo de 1994, teniendo lugar el 29 de agosto de 1994 y adjudicándose el remate a la sociedad acreedora, que fue el único postor. La escritura de compra se otorgó el 19 de octubre de 1994.

d) CLEOP, S.A., formuló demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra Abbey National Bank, S.A.E., y Emprocon, S.L., solicitando la declaración de nulidad del procedimiento extrajudicial sumario de ejecución hipotecaria tramitado a solicitud del Banco demandado, con declaración de nulidad de los actos de anuncio de subasta, subasta, remate, adjudicación y escritura pública de compra venta, así como la declaración de que las inscripciones registrales practicadas en el Registro de la Propiedad núm. 8 relativas a las fincas objeto de ejecución en aquel procedimiento eran igualmente nulas, ordenándose la cancelación de las inscripciones. Tras la correspondiente tramitación, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia dictó Sentencia con fecha 11 de noviembre de 1996 desestimando la demanda.

e) Interpuesto recurso de apelación por CLEOP, S.A., y una vez celebrada la vista, en la que la parte apelante trajo a colación la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 (que consideró contraria a la Constitución la previsión del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria contemplado en el art. 129, párrafo segundo, de la Ley hipotecaria), la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, por providencia de 10 de julio de 1998, acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre «la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del contenido del párrafo 2 del art. 129 de la Ley hipotecaria, desarrollada por los arts. 234 a 236 del Reglamento hipotecario».

En el trámite de alegaciones, la apelada Abbey National Bank, S.A.E., en escrito presentado el día 22 del mismo mes y año, manifestó su disconformidad con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y la inutilidad, en todo caso del mismo, pues los derechos que afirma ostentar CLEOP, S.A., en ningún caso alterarían la condición de acreedor hipotecario y el derecho preferente de la apelada que, incluso en el supuesto de que se estimase el recurso de apelación, podría iniciar el correspondiente procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, de forma que, en poco más de un año, podría haberse adjudicado los inmuebles o haber cobrado el importe correspondiente al precio de adjudicación. Por tanto, lo único que se produciría con el planteamiento de la cuestión serían graves perjuicios por el retraso en la resolución definitiva del asunto, sin que, por lo demás, sea aplicable en el presente caso la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, ya que el supuesto contemplado en ella es radicalmente distinto al que nos ocupa. A su vez, la apelante presentó escrito en la misma fecha, en el que tras hacer referencia a las razones de inconstitucionalidad del precepto en cuestión sostenidas por el Tribunal Supremo, manifiesta la pertinencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si bien, al ser la normativa discutida anterior a la Constitución, se solicita alternativamente que la Sala dicte Sentencia declarando la nulidad del procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecaria, inaplicando aquélla en virtud de la disposición derogatoria tercera de la Constitución.

No consta que el Ministerio Fiscal haya formulado alegaciones.

f) Evacuado el trámite de audiencia, se dictó el Auto de 14 de abril de 1999 en el que se acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3. En la fundamentación del Auto de planteamiento, el órgano judicial proponente, tras exponer la doctrina de este Tribunal acerca de las cuestiones de inconstitucionalidad, realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones

para enmarcar las cuestiones que suscita el objeto del debate:

a) Nos hallaríamos ante uno de esos casos en que el proceso judicial no puede resolverse si antes no se despeja la duda acerca de la adecuación a la Constitución de los preceptos legales que las normas reglamentarias establecidas por el Real Decreto 290/1992 (que reguló el procedimiento de ejecución extrajudicial previsto en el art. 129 LH) desarrollan y ejecutan, sin que sea un obstáculo el hecho de que la Ley sea preconstitucional y el Reglamento postconstitucional, pues la Ley hipotecaria habla claramente de un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria. El tema reside en determinar si ese procedimiento, que es definido en el Reglamento, forma parte del contenido de la «potestad jurisdiccional» que corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, conforme manda el art. 117.3 CE.

b) El acreedor hipotecario tiene por Ley distintas opciones para la defensa de sus intereses, incluyendo el proceso declarativo ordinario, el juicio ejecutivo común, el llamado procedimiento judicial sumario, y el denominado procedimiento ejecutivo extrajudicial (este último siempre que concurren una serie de presupuestos), y que, según mantiene autorizada opinión doctrinal, no es un proceso, ni tampoco una ejecución. En este sentido, tras citar la doctrina sentada en la STC 69/1995, recaída en relación con el procedimiento judicial sumario regulado en el art. 131 LH, señala el Auto de planteamiento de la cuestión que, a efectos de dilucidar cuál es la naturaleza del «procedimiento», esto es, si nos hallamos ante un proceso de ejecución o no, habrá que repasar y analizar materialmente cuáles son las actuaciones que se pueden o deben realizar a su amparo. Tales actividades se concentran en: la comprobación por parte del fedatario público, con examen de los documentos y certificaciones registrales que se le han de presentar y debe recabar, de que se reúnen los presupuestos precisos para tramitar la ejecución; la realización del requerimiento de pago al deudor y, ante la falta de éste, la práctica de una serie de notificaciones a los que aparecen como interesados a partir de las certificaciones registrales; la realización de la subasta hasta la adjudicación, en su caso, quedando las diligencias practicadas consignadas en la escritura pública otorgada por el rematante o el adjudicatario y el dueño de la finca o la persona designada conforme al art. 234 RH. Dichas actuaciones cabría calificarlas de «ejecución» desde el punto de vista procesal, siguiendo la perspectiva que defiende la STS de 5 de mayo de 1998, mientras que no lo son en la postura que defiende la Sala Tercera del mismo Tribunal en las SSTs de 16 y 23 de octubre de 1995.

c) Por otra parte, debe resaltarse que la necesaria intervención de un órgano judicial, realizando actividad jurisdiccional propiamente dicha, no es preciso que se produzca en el seno de un proceso. Por ello, *a priori*, no se puede afirmar que el «monopolio de las actividades de ejecución se circunscribe a lo juzgado por los propios órganos jurisdiccionales» (STS de la Sala Tercera de 23 de octubre de 1995, fundamento de derecho segundo); o, al menos, ello no se puede afirmar sin recordar al tiempo las múltiples actuaciones jurisdiccionales cuya función es tutelar los derechos fundamentales y evitar que los mismos sean restringidos indebidamente.

En cualquier caso, si la potestad jurisdiccional consiste en la realización del derecho en el caso concreto por los Juzgados y Tribunales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, conforme se deduce del art. 117.3 CE y de los preceptos concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y si ésta abarca la tutela que se contiene y delimita en los arts. 24.1, 25, 53.2, 106.1 y 161 CE, en relación con los arts. 2, 7 y 8 LOPJ y art. 2 LOTC, habrá que relacio-

nar tal ámbito con lo que materialmente implica el procedimiento cuya constitucionalidad se cuestiona.

d) Afirma el órgano judicial que, a favor de la inconstitucionalidad de la regulación que se discute, desde una perspectiva jurisprudencial y también doctrinal, la regulación que contienen los preceptos del Reglamento hipotecario atribuye una facultad de autotutela jurídica de carácter privado, que estaría excluida, por mor precisamente de lo dispuesto en el art. 117.3 CE. En este punto, se sostiene que la subasta como acto independiente dentro de la ejecución debía estar sometida al control judicial, sin perjuicio de que la subasta se pudiera llevar a cabo por entidades privadas, añadiendo la consideración de que el procedimiento, al excluir la contradicción y la oposición dentro del mismo, deja al deudor hipotecario indefenso desde el punto de vista jurisdiccional. Así lo pone de relieve la STS de 4 de mayo de 1998, que consideró derogados el segundo párrafo del art. 129 LH y los arts. 234 a 236 RH, por entender que el procedimiento contemplado en los mismos vulnera el art. 117.3 CE, en concreto en el aspecto relativo al carácter exclusivo de la titularidad que corresponde a los órganos jurisdiccionales sobre la potestad de ejecución, así como el art. 24 CE, en cuanto no satisface suficientemente el derecho a la tutela judicial efectiva.

e) En cuanto al argumento contrario, que defendería la constitucionalidad del procedimiento y de su concreta regulación, partiría de considerar que, como defienden las SSTs de 16 y 23 de octubre de 1995, no nos hallamos ante una verdadera «ejecución procesal», reservada al poder judicial de forma exclusiva por el art. 117.3 CE y, por tanto, no afectada por la reserva legal. Desde esta perspectiva, en primer lugar, habría que señalar que la concreta regulación del procedimiento contiene una serie de actividades que no implican por sí mismas actuaciones de naturaleza distinta a otras actividades llevadas a cabo por los Notarios o por otros profesionales del Derecho de similar o, incluso, menor cualificación profesional. En segundo lugar, se trata de actuaciones «ejecutivas» que son desarrolladas normalmente –como la STS de la Sala Tercera recuerda– por las Administraciones Públicas o por otras entidades delegadas por las mismas. Es cierto que existiría la diferencia de que éstas serían actuaciones realizadas o autorizadas por otro poder público, en el ámbito del poder ejecutivo del Estado, pero ello no altera la naturaleza de la actividad que obligaría a respetar la exclusividad: si la Administración está legitimada, en virtud de sus facultades de autotutela, plenamente constitucionales, para embargar, para subastar, y, en suma, para seguir y ultimar toda la vía de apremio, no hay razón para no atribuir una facultad de gestionar una «venta pública» a una persona privada, garantizándose el adecuado control de esa actividad por los Juzgados o Tribunales. En tercer lugar, en relación con el hecho de que la «oposición» que el Reglamento hipotecario articula con respecto al acceso a la vía judicial sea más limitada, si se compara con el procedimiento judicial sumario, no es aventurado afirmar que las diferencias no son esenciales, sin que se advierta en la regulación que contienen los preceptos cuestionados actuaciones que supongan restricción, menoscabo o privación de derechos fundamentales o libertades públicas, cuya afectación, en uno u otro grado, exigiría la intervención judicial. Tampoco se observa que se vean implicadas actuaciones «decisorias» que vayan más allá de las funciones de «calificación» propias de Notarios y Registradores de la Propiedad, sin perjuicio siempre de los necesarios controles judiciales.

f) Concluye el órgano promotor de la cuestión afirmando que, a pesar de que ninguna de las partes era partidaria de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, estima que la doctrina constitucional expuesta permite, y los términos del debate incluso obligan a su planteamiento, por las razones siguientes: 1) No sería posible

entrar a valorar el fondo de la pretensión deducida entre las partes sin determinar previamente la constitucionalidad del procedimiento cuya nulidad se pretende por la parte demandante, que constituye un *prius* lógico y material. El carácter indisponible de lo relativo a la constitucionalidad de las leyes impide entrar a valorar el perjuicio que el transcurso del tiempo pueda ocasionar a las partes del pleito. 2) La condición de legitimada en el proceso de la actora deviene de su alegada condición de tercer acreedor, con independencia de que tal planteamiento se considere en último término ajustado a Derecho y, obviamente, abstracción hecha de si su pretensión de fondo prospera o no. 3) Aun hallándonos ante una ley preconstitucional, el hecho de que la regulación reglamentaria sea postconstitucional, de un lado, y, de otro, la radical disparidad de criterios existente en relación con el llamado procedimiento extrajudicial previsto en el párrafo segundo del art. 129 LH advertida entre las resoluciones dictadas por las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo de forma sucesiva, conducen a considerar obligado el planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

4. La Sección Tercera, por providencia de 19 de julio de 1999, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1919/99, tener por recibidas las actuaciones remitidas por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia y dar traslado de las mismas, conforme al art. 37.2 LOTC, al Senado y al Congreso de los Diputados, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse y formular las alegaciones que estimasen convenientes. En la misma providencia se acordó publicar la incoación de la cuestión de inconstitucionalidad en el «Boletín Oficial del Estado».

5. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 10 de septiembre de 1999, en el que interesó la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, con apoyo en los siguientes argumentos:

a) Comienza precisando cuál es la duda de constitucionalidad que se plantea en relación con el párrafo segundo del art. 129 LH, y afirmando que resulta absolutamente irrelevante para la decisión de la cuestión el problema de los sucesivos desarrollos reglamentarios que ha tenido el precepto legal, y cuál haya de considerarse aplicable en el proceso *a quo*.

b) Por otra parte, señala el Abogado del Estado el alcance del precepto cuestionado, haciendo hincapié en que, por decisión del legislador, queda fuera de la autonomía privada el establecer y regular el procedimiento extrajudicial para realizar el valor de la garantía, en la medida en que habrá de atemperarse al procedimiento previsto en el Reglamento de ejecución de la LH. Además, para la recta comprensión del precepto, desarrolla el Representante del Estado un análisis histórico de la cuestión, desde el *pignus* en el Derecho Romano, hasta la entrada en vigor del Código Civil, con el que, según afirma, cambió la situación, pues su art. 1872 regula la realización extrajudicial de la prenda «por ante Notario» y «precisamente en subasta pública», y, por una evidente razón de analogía –a la que parecía invitar el tenor del art. 1858 Cc–, se comenzó a pactar la realización extrajudicial del valor de las garantías hipotecarias. Menciona también la célebre Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 1893, que sentó la doctrina de que «el derecho a disponer el acreedor de la cosa hipotecada a fin de obtener un pago que el deudor demora o resiste, es perfectamente inherente a la naturaleza de la hipoteca, y no puede sostenerse el criterio de que el derecho sólo puede ejercerse mediante trámites judiciales. es evidente que no es condición indis-

pensable para la validez de la venta de la cosa hipotecada el que ésta tenga lugar por los trámites de la Ley de enjuiciamiento civil, pues pueden también los otorgantes estipular la enajenación de extrajudicial que deberá ajustarse al precepto del art. 1872 ya mencionado... no es aventurado afirmar que en el contrato de hipoteca se puede lícitamente pactar la venta en iguales condiciones, ya que lo que es justo tratándose de la venta de la prenda, no ha de reputarse injusto con relación a la de la cosa hipotecada». Esta doctrina fue aceptada por la Sala Civil del Tribunal Supremo y transformada en jurisprudencia por las Sentencias de 21 de octubre y 3 de noviembre de 1902, pasando al Reglamento hipotecario de 6 de agosto de 1915 y, finalmente se introdujo en la reforma hipotecaria de 1944 el párrafo hoy cuestionado. Por último, se refiere a la modificación introducida por la ponencia en el informe sobre el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, añadiendo a la nueva redacción del art. 129 LH la posibilidad de pactar la venta extrajudicial del bien hipotecado, que se realizaría por medio de Notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento hipotecario, con lo que el nuevo texto acepta rotundamente que el *ius distrahendi* del acreedor hipotecario pueda ser ejercitado tanto judicial como extrajudicialmente.

c) Sostiene el Abogado del Estado que el precepto cuestionado no viola ni el art. 24.1 ni el art. 117.3 CE, añadiendo que sólo si es constitucionalmente correcta la concepción acerca de la potestad jurisdiccional de ejecución que luce en las SSTS de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999, resultaría violado el art. 24.1 CE. En primer lugar, a su juicio la norma cuestionada no entorpece el libre acceso a la justicia del acreedor hipotecario, sino que se limita a permitir la realización extrajudicial de la garantía hipotecaria siempre que así lo convengan el acreedor y el hipotecante mediante pacto consignado en la escritura de constitución de la hipoteca. Lo que resultaría contrario a la Constitución, como se dijo en la STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, es que «la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia a arbitraje». Ahora bien, en nuestro caso ambas partes están conformes en la realización extrajudicial de la hipoteca, y lo está, ante todo, el posible demandante de la ejecución judicial, sin que se entorpezca y obstaculice el acceso a la jurisdicción del mismo; simplemente, se le da la posibilidad de elegir entre la realización extrajudicial o judicial de la hipoteca.

En segundo lugar, la pretendida infracción del art. 117.3 CE descansa, según entiende el Abogado del Estado, en una doble razón: de un lado, el precepto cuestionado violaría lo que la Sala Primera del Tribunal Supremo llama «exclusividad e integridad de la jurisdicción». De otro, el precepto cuestionado quebrantaría la reserva constitucional de ley en materia procesal, si bien esta supuesta violación tiene una condición meramente secundaria o dependiente de la anterior, de forma que si la realización extrajudicial de la hipoteca no vulnera la esfera constitucional propia de la potestad jurisdiccional de ejecución, no podría entenderse conculcada la reserva de ley procesal o principio de legalidad procesal.

Pues bien, las formalidades a que está sometido el ejercicio extrajudicial del *ius distrahendi* del acreedor hipotecario no pueden considerarse normas de procedimiento, desde el momento en que, de conformidad con el art. 1858 CC, enajenar el bien o derecho hipotecado es un poder jurídico privado, una de las facultades incluidas en el contenido del derecho real de hipoteca que, incluso, cuenta la base legal que le otorga el art. 129 LH. Por tanto, el problema central planteado en esta cuestión es si la enajenación del bien o derecho hipotecado ha de entenderse reservada por la Constitución al poder judicial, lo que equivaldría a entender prohibida por el art. 117.3 CE la realización extrajudicial de la hipoteca (aunque no de la prenda, según parece entender la Sala Primera del Tribu-

nal Supremo). Esto es, se trata de dilucidar si la enajenación del objeto hipotecado es actividad incluida dentro del concepto constitucional de «potestad jurisdiccional», que consiste en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» y corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes.

La concepción de la que parte la STS de la Sala Primera de 4 de mayo de 1998 está en claro conflicto con la mantenida en dos Sentencias firmes, anteriores, dictadas por la Sala Tercera del mismo Tribunal, de 16 y 23 de octubre de 1995. Dice la Sala Primera que estas Sentencias «no constituyen jurisprudencia para esta Sala de lo Civil, ni por ello la vincula» pero es necesario subrayar que las Sentencias de la Sala Tercera parten de una interpretación de los conceptos constitucionales del art. 117.3 CE totalmente opuesta, pues para ella la potestad jurisdiccional de ejecución reservada por la Constitución a los Jueces y Tribunales es la de hacer ejecutar lo juzgado, esto es, primordialmente lo determinado en las sentencias y resoluciones de los propios órganos judiciales, como lo corrobora la dicción del art. 118 CE. En este sentido, la interpretación del art. 117.3 CE sostenida por la Sala Tercera es la más congruente con la doctrina que hace reposar la reserva de jurisdicción en el característico efecto jurídico de las decisiones judiciales, orientación que parece lucir en la STC 12/1998, de 15 de enero, y en la calificación del arbitraje como equivalente jurisdiccional. En suma, lo que, según entiende el Abogado del Estado, resultaría inconstitucional es que el legislador privara a los Jueces y Tribunales de la potestad jurisdiccional de ejecutar los títulos ejecutivos judiciales.

Sin embargo, sostiene el representante del Estado que no hay duda razonable acerca de que el legislador puede legítimamente configurar títulos ejecutivos extrajudiciales, pero que pueda legítimamente confiar a Jueces y Tribunales la ejecución de dichos títulos es cuestión distinta de la que concierne al alcance de la reserva constitucional de jurisdicción en materia ejecutiva; se trata de una lícita opción del legislador, como pueden serlo otras distintas, pero lo reservado a la potestad jurisdiccional por la norma fundamental es, únicamente, la ejecución de sus propias sentencias y resoluciones, tal vez con el anexo de los laudos arbitrales. En cambio, son concebibles y constitucionalmente legítimos otros sistemas de ejecutar títulos extrajudiciales sin intervención de los Jueces y Tribunales, siempre que el legislador preserve ciertos valores. Consecuencia de ello es que, cuando atribuye a los Tribunales la ejecución de estos títulos extrajudiciales, el legislador obra no tanto sobre la base del apartado 3 del art. 117 CE, sino, más bien, con apoyo en el apartado 4 del mismo precepto. Dicho de otro modo, la ejecución judicial de títulos extrajudiciales sería, desde el punto de vista constitucional, una actividad propiamente *extra jurisdictionem*, no incluida en la reserva constitucional de jurisdicción, tal y como lo delimita nuestro Derecho constitucional. El legislador atribuye a los Juzgados y Tribunales la ejecución de los títulos extrajudiciales de parecida manera a como, con arreglo al art. 117.4 CE, podría encomendarles la llevanza del Registro Mercantil, aunque resulte ajustado a la Constitución organizar de otra manera dicho Registro, como también lo sería organizar de otra forma la llevanza del Registro del Estado Civil, o bien prever que la prenda pueda enajenarse mediante subasta pública judicial en vez de por subasta «por ante Notario», según actualmente establece el art. 1872 CC. Tampoco tendría por qué ser disconforme con la Constitución crear un sistema especial de ejecución de ciertos títulos extrajudiciales, gestionado o controlado por la Administración pública, siempre que ofreciera las adecuadas garantías de justicia, imparcialidad y equilibrio entre partes.

Es patente, además, que la reserva de jurisdicción que cabe inferir del art. 117.3 CE opera ante todo en defensa de

la división constitucional de poderes, teniendo por finalidad la protección de la potestad jurisdiccional frente a las posibles invasiones de los demás poderes del Estado. No es, en cambio, una regla constitucional de deslinde entre sociedad y Estado, por lo que resulta dificultoso emplear el art. 117.3 CE como criterio constitucional de deslinde entre *iurisdictio* pública y autonomía privada. Sin duda alguna, el principio de paz jurídica impide que un particular se tome la justicia por su mano frente a otro, efectuando por propia autoridad actos de fuerza o coerción respecto a la esfera patrimonial ajena, pero el fundamento constitucional de ello no está en el art. 117.3 CE sino, acaso, en el art. 9.1 y 3 CE, donde se prescribe la sujeción general de los ciudadanos al orden jurídico y se consagra el principio de seguridad jurídica.

d) En distinto plano, mantiene el Abogado del Estado que el examen de las normas reglamentarias que disciplinan el llamado procedimiento ejecutivo extrajudicial [arts. 234 a 236 o) RH] pone de relieve, ante todo, que ninguna de las actividades que se disciplinan permite al acreedor hipotecario o al fedatario público ningún acto de coerción sobre el patrimonio del deudor, hipotecante no deudor o tercero, sino que, por el contrario, se garantiza una equibrida e imparcial realización del valor. Son, por otra parte, normas que no exceden en lo más mínimo de la función notarial, presidida por un riguroso deber de imparcialidad que constituye una garantía para acreedor hipotecante y terceros. Tras exponer algunos aspectos esenciales del régimen reglamentario de la realización extrajudicial de la hipoteca desde la escritura de constitución del derecho real hasta el otorgamiento de la escritura pública de adjudicación y las alteraciones tabulares correspondientes, afirma el Abogado del Estado que la reforma introducida por Real Decreto 291/1992 se propuso reforzar las funciones notariales de control de la legalidad en el procedimiento, y llama la atención sobre que la puesta en posesión del adjudicatario en los bienes adquiridos, en cuanto justamente pueda envolver algún tipo de coerción, queda deferida al Juez competente. Además, queda perfectamente respetada la esfera propia de la potestad jurisdiccional en virtud de lo dispuesto en los arts. 236 n), 236 ñ) y 236 o) RH, el último de los cuales remite a los cinco últimos párrafos el art. 132 LH respecto a «las demás reclamaciones que puedan formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados». Es decir, el ejercicio extrajudicial del *ius distrahendi* del acreedor hipotecario no causa estado jurídico definitivo irrevocable, quedando plenamente abierto el acceso a la jurisdicción de todos los titulares de derechos para formular cuantas reclamaciones estimen procedentes, y sólo en la esfera jurisdiccional quedará establecido el derecho de manera definitiva e irrevocable, con autoridad de cosa juzgada.

e) Finalmente, manifiesta el Abogado del Estado que existe un *obiter dictum* de este Tribunal en el que no se pone en tela de juicio la constitucionalidad de la realización extrajudicial de la hipoteca, que se encuentra en el último párrafo del FJ 5 de la STC 41/1981, de 18 de diciembre.

6. El Presidente del Congreso de los Diputados, por escrito registrado en este Tribunal el 14 de septiembre de 1999, comunicó que, aun cuando la Cámara no se personará en el procedimiento ni formulará alegaciones, pone a disposición del Tribunal las actuaciones que pueda precisar.

7. Mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 15 de septiembre de 1999, la Presidenta del Senado solicitó que se diera por personada a aquella Cámara en el presente proceso y ofreció su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

8. El Fiscal General del Estado, por escrito recibido el 8 de octubre de 1999, pidió que se dictara Sentencia por la

que se declarase que los arts. 129, párrafo segundo, LH y 234 a 236 RH no contradicen los arts. 117.3 y 24.1 CE. En una sucinta exposición de las circunstancias del caso, que le llevan a apreciar la relevancia de la cuestión, advierte el Fiscal que el Tribunal plantea la cuestión de inconstitucionalidad cuando pudo acudir, si estaba convencido de la incompatibilidad del precepto cuestionado con la Constitución, a su derogación, dada su naturaleza preconstitucional, siguiendo el camino del Tribunal Supremo, que en la Sentencia de 4 de mayo de 1998 declara la contradicción de esta norma con los arts. 117.3 y 24 CE. La Audiencia Provincial no sigue este camino a su alcance y plantea la cuestión sin tener una duda clara y terminante de la validez constitucional del precepto, con la finalidad de que el Tribunal Constitucional resuelva, mediante la declaración constitucional que proceda, lo que ha sido objeto de conocimiento por la citada Sentencia del Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere a la posible contradicción entre el párrafo segundo del art. 129 LH y el art. 117.3 CE, que existiría si el regulado fuera un procedimiento de ejecución de la misma naturaleza que el contemplado en el párrafo primero del citado precepto, a juicio del Fiscal General hay que examinar las características especiales que dicho procedimiento presenta. En este sentido, el precepto cuestionado se fundamenta en la plena libertad de las partes contratantes, que pactan un crédito y una garantía de pago así como la forma de hacerla efectiva en caso de incumplimiento; acuerdo que sirve de base al procedimiento que garantiza el derecho de ambas partes y de los terceros que tengan relación registral con la garantía. Así, la efectividad de la hipoteca como garantía del cumplimiento de una obligación de pago puede obtenerse bien por medios judiciales bien por medios extrajudiciales, y la Ley hipotecaria establece estas dos posibilidades pero exige que la última siempre sea adoptada libremente por las partes, sin que la norma que establece este procedimiento sea imperativa, sino meramente dispositiva.

Pues bien, entiende el Ministerio público que la exclusividad de la potestad de ejecución no puede predicarse en la forma en que se afirma en la cuestión. El art. 117.3 CE debe ser interpretado de tal forma que, por un lado, se reduzca su contenido a los justos términos, y, por otro, permita hacerlo compatible con la posibilidad de que el legislador arbitre medios para resolver conflictos entre particulares distintos a la vía judicial, siempre que estén controlados por la jurisdicción mediante procedimientos que permitan acudir al órgano judicial para una revisión de lo actuado. Esta afirmación se fundamenta en la propia Constitución que, al lado de la potestad jurisdiccional, establece la jurisdicción contable (art. 136.2 CE) y la jurisdicción constitucional (arts. 159, 161 y siguientes CE), lo que supone que existen ámbitos o materias que, por su naturaleza, función y finalidad, no están sometidos al monopolio judicial. Incluso, la propia Ley de enjuiciamiento civil regula la mal llamada jurisdicción voluntaria, en la que el órgano judicial no actúa en ejercicio de la jurisdicción al no existir el presupuesto necesario para ello, como es la resolución de un conflicto o actuación de un derecho, sino que ejerce una función de administrador del derecho privado realizando respecto a relaciones jurídicas de derecho privado, cometidos y funciones que no son jurisdiccionales, sino que se solicita o es necesaria su intervención sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. Y junto a estas jurisdicciones encontramos procedimientos de ejecución que no pertenecen a la órbita judicial, como son la actuación ejecutiva de las Administraciones públicas, que están fuera del monopolio al no ser ejecuciones judiciales sino administrativas, aunque pertenezcan a actividades de organismos del Estado. Por tanto, si esta actividad escapa del ámbito de la ejecución procesal hay que reconocerle también al legislador la facultad de crear otros

ámbitos de ejecución que no sea la judicial aunque siempre dotados de todas las garantías.

Partiendo de estas consideraciones, se puede decir que el art. 129, párrafo segundo, LH no establece una ejecución procesal, por lo que no pertenece al monopolio de la jurisdicción ejecutiva establecido en el art. 117.3 CE. El procedimiento que crea tiene su origen en la voluntad concorde de las partes, que lo aceptan sometiéndose a las exigencias de la Ley para resolver y hacer efectivo, en su caso, un contrato de préstamo en una forma distinta a la judicial. La actividad que la Ley hipotecaria atribuye al Notario no tiene naturaleza procesal ni constituye actividad judicial, sino que consiste en la realización, bajo la fe pública notarial, de una serie de actos tendentes a la venta de un inmueble para el pago de una deuda debidamente acreditada y garantizada por hipoteca, y esta actividad pertenece al contenido que la Ley atribuye a la función notarial. Además, por ser voluntario, el procedimiento no supone la existencia de conflicto alguno de intereses ni controversia de oposición que obligue a actuar al órgano judicial, por lo que no invade las competencias de la potestad jurisdiccional de ejecución. Cuando el deudor elige el segundo procedimiento de los contemplados en el art. 129 LH, o paga el crédito o deuda o consiente la venta del inmueble que se encuentra afecto a dicho pago por el procedimiento que ambas partes han convenido voluntariamente, procedimiento que presenta una serie de garantías tanto para el deudor como para los terceros que tengan inscritos sus créditos en el Registro.

En cuanto a la posible vulneración del art. 24.1 CE, señala el Fiscal General del Estado que el precepto cuestionado no impide el acceso al proceso de ejecución, teniendo las partes la posibilidad de acudir al procedimiento ordinario, ejecutivo o judicial sumario, para hacer efectivo el crédito garantizado por hipoteca. Esto es, la norma de cuya constitucionalidad se duda mantiene la libertad del acreedor y del deudor de elegir entre los procedimientos judiciales y el procedimiento cuestionado, pero siempre respetando y protegiendo el acuerdo de las partes en la elección de la forma de cumplimiento del mismo. Es decir el precepto no se impone a las partes, no es una norma imperativa sino dispositiva, que se aplica únicamente en el supuesto de ser elegido expresamente por las partes, sin limitar la libertad de acceso al proceso consagrada en el art. 24.1 CE. Además, el derecho reconocido en éste no es absoluto, y la ley puede regularlo (art. 53.1 CE) y, en consecuencia, establecer una serie de condiciones para el acceso al proceso. En el art. 129 LH el legislador trata de aliviar la sobrecarga de los órganos judiciales, y su previsión tiene como finalidad no sólo conseguir una mayor rapidez, sino lograr disuadir a los contratantes de acudir al proceso judicial, siendo esta finalidad razonable y proporcionada a los fines perseguidos por el legislador. Por otra parte, señala el Fiscal, «hay que advertir que en este procedimiento, la norma establece la posibilidad de control judicial del procedimiento mediante su suspensión en los supuestos de procedimiento criminal por falsedad del título hipotecario o por comunicación del Registrador de la Propiedad del artículo 236.b apartado tercero (art. 136.ñ RH)», y, respecto de las demás reclamaciones que puedan formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, podrán acudir al proceso ordinario. Así, la posesión del bien inmueble se solicitará por el adjudicatario al Juez de Primera Instancia del lugar por el procedimiento de jurisdicción voluntaria establecido en la Ley de enjuiciamiento civil. Como consecuencia de lo expuesto afirma el Fiscal General que el precepto cuestionado no contradice el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE al no impedir ni limitar en ningún momento el acceso al proceso.

9. Con fecha 20 de diciembre de 1999 tuvo entrada en este Tribunal escrito del Presidente de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, al que se acompañaban actuaciones posteriores al Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Tales actuaciones traían causa del escrito presentado por CLEOP, S.A., desistiendo del recurso de apelación, al carecer de interés en dicho procedimiento, por haber sido restituida parcialmente del crédito que ostentaba contra Emprocon, S.L., y haber cedido, en virtud del propio pacto, la posesión que detentaba sobre el inmueble objeto de los autos. Previa audiencia de las partes, la Sala dictó Auto el 10 de diciembre de 1999, en cuya virtud declaró no haber lugar a tener por desistida a la parte apelante, al haberse planteado su solicitud después de la vista de apelación.

10. Por providencia de la Sección Tercera de este Tribunal se acordó incorporar a los autos la certificación del Auto de 10 de diciembre de 1999 con las nuevas actuaciones remitidas por el órgano judicial que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, indicando que, en virtud de dicha resolución, se dispuso no haber lugar a tener por desistida a la parte apelante del proceso de que dimana la cuestión por «haberse planteado después de la vista de la apelación».

Esta providencia fue notificada al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal con copia de la certificación del Auto y de las actuaciones recibidas, sin que ninguno de ellos efectuara alegación alguna sobre el particular.

11. Por providencia de 4 de julio de 2006, se señaló para votación y fallo de la presente Sentencia el día 6 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el párrafo segundo del art. 129 de la Ley hipotecaria (LH), desarrollado por los arts. 234 a 236 o) del Reglamento hipotecario (RH), en cuanto establece un procedimiento extrajudicial para la ejecución de las hipotecas. La cuestión trae causa del juicio declarativo de mayor cuantía promovido por CLEOP, S.A., en el que solicitaba la nulidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria instado por Abbey National Bank, S.A.E., contra Emprocon, S.L., ante el impago de su deuda, que se hizo efectivo sobre determinadas fincas hipotecadas, de las que CLEOP, S.A., afirmaba ser legítima poseedora en virtud de lo estipulado en el contrato celebrado con Emprocon, S.L., para la construcción de unas viviendas sobre una parcela de propiedad de esta última. Tras haberse producido una Sentencia desestimatoria de su pretensión en primera instancia, CLEOP, S.A., acudió en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia.

El órgano judicial proponente expone ante este Tribunal las distintas posturas que han mantenido las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo en relación con el procedimiento ejecutivo extrajudicial contemplado en el art. 129 LH. De una parte, señala que la Sentencia de la Sala Primera de 4 de mayo de 1998 consideró derogados el segundo párrafo del indicado precepto y los arts. 234 a 236 RH, por entender que el procedimiento contemplado en los mismos vulnera el art. 117.3 CE –en el aspecto relativo al carácter exclusivo de la titularidad que corresponde a los órganos jurisdiccionales sobre la potestad ejecución– así como el art. 24 CE –en cuanto no satisface suficientemente el derecho a la tutela judicial efectiva. Por otra, expone que la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha defendido la constitucionalidad del procedimiento y de su concreta regulación en las SSTS de 16 y 23 de octubre de 1995, sosteniendo que no nos hallamos ante una verdadera «ejecución procesal», reservada al poder

judicial de forma exclusiva por el art. 117.3 CE y, por tanto, no afectada por la reserva establecida en dicho precepto.

Tras lo cual concluye afirmando que, a pesar de que ninguna de las partes era partidaria de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la doctrina constitucional permite, y los términos del debate incluso obligan a su planteamiento. En tal sentido, insiste en que, «aún hallándonos ante una ley preconstitucional, el hecho de que la regulación reglamentaria sea postconstitucional, de un lado, y, de otro, la radical disparidad de criterio existente en relación con el llamado ‘procedimiento extrajudicial’ previsto en el párrafo segundo del art. 129 LH advertida entre las resoluciones dictadas por las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo de forma sucesiva, conducen a considerar obligado el planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional».

Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado han interesado la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, por entender que el procedimiento ejecutivo extrajudicial regulado en el párrafo segundo del art. 129 LH –en su redacción originaria– y en los preceptos concordantes de su Reglamento, no suponía vulneración de los arts. 117.3 y 24.1 CE.

2. Las peculiares circunstancias que concurren en el presente procedimiento aconsejan realizar con carácter preliminar dos precisiones acerca de su objeto. En primer lugar, es de reseñar que el precepto cuestionado –párrafo segundo del art. 129 de la Ley hipotecaria, texto refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946– es preconstitucional. Tal circunstancia, sin embargo, no supone un obstáculo al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues, como hemos dicho desde la STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1, de acuerdo con lo previsto en los arts. 161.1 a) y 163 CE y 27 LOTC, no puede negarse que este Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, según el art. 1 de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquélla de las leyes preconstitucionales, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la disposición derogatoria del texto constitucional.

Ahora bien, así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma, aunque pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. Por tanto, el carácter preconstitucional de la norma legal cuestionada, por sí mismo, no impone en modo alguno que el Juez o Tribunal deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad (STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 4). Siendo ello así, si el órgano judicial tiene dudas sobre la constitucionalidad de un precepto preconstitucional y opta por elevar la cuestión ante este Tribunal, como ocurre en el presente caso, deberemos conocer de la misma (STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 2).

3. El otro aspecto que hemos de aclarar es el relativo a la influencia que puede tener sobre la subsistencia de la presente cuestión el hecho de que el precepto discutido haya sido modificado por la disposición final novena de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que ha hecho desaparecer de su texto la referencia al «procedimiento ejecutivo extrajudicial» sobre el que recaían de manera específica las dudas de constitucionalidad. Pues bien, tal alteración no determina la pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, según reiterada doctrina de este Tribunal Constitucional, en los procesos que dimanen de cuestiones de inconstitucionalidad, la derogación, modificación o susti-

tución de la norma cuya constitucionalidad se pone en duda no priva de sentido al proceso constitucional, ni impide, por sí sola, el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada, modificada o sustituida en el proceso *a quo* puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal. De modo que, a diferencia de lo que, por regla general, acontece en los recursos de inconstitucionalidad, en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación, modificación o sustitución de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que tras esas operaciones resulte o no aplicable al proceso *a quo* y de que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (por todas, STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 4).

En el presente caso, resulta obvio que la modificación y posterior sustitución del precepto legal cuestionado no puede conllevar la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad ahora considerada, pues el juicio de constitucionalidad que sobre aquél habríamos de efectuar se conecta con su aplicación a un concreto proceso en el que el órgano judicial promotor de la cuestión ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso *a quo*, que fue la que permitió a la entidad crediticia ejecutar extrajudicialmente la hipoteca ante el impago del deudor hipotecario, operación a la que se opuso la apelante, aduciendo la nulidad de dicho procedimiento.

4. Antes de abordar el examen del fondo de la cuestión planteada, es preciso examinar la concurrencia de los presupuestos establecidos en los arts. 163 CE y 35 LOTC. A tal fin, hemos de comenzar precisando que, aun cuando el art. 37.1 LOTC abre la posibilidad de rechazar en trámite de admisión las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los órganos judiciales cuando faltaren las condiciones procesales (por todos, AATC 25/2003, de 28 de enero, FJ 3; y 188/2003, de 3 de junio, FJ 1), no existe ningún óbice para hacer un pronunciamiento de la misma naturaleza en la fase de resolución de las mismas, esto es, mediante Sentencia, dado que la tramitación específica del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo y cabe apreciar en Sentencia la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión (por todas, SSTC 133/2004, de 22 de julio, FJ 1; y 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 2).

En este punto, no se pueden dejar de advertir, ante todo, las deficiencias en que incurrió el órgano judicial a la hora de llevar a cabo la audiencia de las partes acerca de la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.2 LOTC). En efecto, según ha declarado reiteradamente este Tribunal, en dicho trámite resulta inexcusable que el órgano judicial identifique tanto el precepto o preceptos de cuya constitucionalidad se dude, como las normas de la Constitución que se consideren vulneradas (por todos, AATC 29/2003, de 28 de enero, FJ único; y 96/2004, de 23 de marzo, FJ 2). Pues bien, en la providencia por la que se acordó oír a las partes el órgano promotor de la cuestión tan sólo identificó el párrafo segundo del art. 129 LH, pero sin expresar cuáles serían las normas constitucionales que, a su juicio, éste podría vulnerar.

Pues bien, la realización del trámite de audiencia en tales términos no cumple los requisitos que le son constitucionalmente exigibles; y es que, así desarrollado, difícilmente puede satisfacer las dos funciones que, según reiterada jurisprudencia, le son inherentes: de un lado, garantizar una efectiva y real audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión de tanta entidad como es el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4); y, de otro, poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesa-

dos con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso (ATC 173/2006, de 6 de junio).

Todo ello, además, sin perder de vista la especial relevancia que dicho trámite tiene en relación con las partes en el proceso *a quo*, en cuanto que el art. 37.2 LOTC establece taxativamente quiénes pueden comparecer en el procedimiento, excluyendo la intervención de cualesquiera otras personas físicas o jurídicas, fueran cuales fueran los intereses que tengan en el mantenimiento o en la invalidación de la Ley (ATC 44/2004, de 10 de febrero, FJ 2); ello implica que, en principio, no se admita que sean parte en el proceso constitucional quienes lo fueran en el proceso con motivo del cual se suscitó la cuestión de inconstitucionalidad (por todos, AATC 349/1995, de 19 de diciembre, FJ 3; y 178/1996, de 26 de junio, FJ 2), con los matices que recoge, en su fundamento jurídico 2, la STC 48/2005, de 3 de marzo. Por tal razón, resulta fundamental el correcto desarrollo del trámite de audiencia a las partes que contempla el art. 35.2 LOTC, ya que es la única vía que les permite colaborar en el proceso de formación de la decisión del juzgador *a quo* respecto a la pertinencia de suscitarse la cuestión de inconstitucionalidad, al tiempo que les ofrece la oportunidad de que su parecer y alegaciones puedan ser apreciados por este Tribunal si se plantea la cuestión (AATC 145/1993, de 4 de mayo, FJ 2; 178/1996, de 26 de junio, FJ 2).

En definitiva, la importancia de la audiencia del art. 35.2 LOTC no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideren vulneradas, sin que el órgano judicial pueda elevar la cuestión de inconstitucionalidad sobre preceptos no sometidos a este trámite de alegaciones (por todos, AATC 29/2003, de 28 de enero, FJ único; 60/2004, de 24 de febrero, FJ 2; 96/2004, de 23 de marzo, FJ 2; y 173/2006, de 6 de junio, FJ único).

5. Las anteriores consideraciones ya abonarían una conclusión de inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, que se ve reforzada por el análisis de otro requisito –inherente a la configuración que de este proceso constitucional hacen los arts. 163 CE y 35 LOTC–, a cuyo tenor el órgano que lo promueve ha de hacer explícita la fundamentación en que apoya la posible inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

En efecto, como señalamos en la STC 17/1981, de 1 de junio (FJ 1), «[l]a regulación constitucional (art. 163 de la Constitución) y legal (art. 35.1 LOTC) de la cuestión de inconstitucionalidad no requiere como condición necesaria y suficiente para su planteamiento, como ocurre en algún otro sistema, la de que el juez o tribunal no considere como manifiestamente infundada una cuestión suscitada por alguna de las partes del proceso. Los preceptos indicados condicionan el planteamiento al hecho de que el órgano judicial considere, esto es, estime o juzgue, que la norma es inconstitucional, lo que si bien puede entenderse que no impone a aquél una afirmación de inconstitucionalidad y permite que el planteamiento se haga en los casos de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios, sí exige que el razonamiento que cuestiona la constitucionalidad haya de exteriorizarse, proporcionando los elementos que lleven al mismo, como explícitamente manda el art. 35.2 LOTC».

En el mismo sentido, precisamos en la STC 126/1987, de 16 de julio (FJ 3), que la exigencia de que el órgano proponente debe concretar el precepto constitucional que supone infringido no significa tan sólo que el Auto en que se plantea la cuestión haya de contener la cita de tal pre-

cepto o preceptos, sino que es preciso también que el órgano judicial exteriorice en él el razonamiento que le ha llevado a cuestionar la constitucionalidad de la norma aplicable. Así, no puede el Juez ni remitirse a las dudas que sobre la constitucionalidad de una norma hayan expresado las partes, que carecen de legitimación para proponer la cuestión ante este Tribunal, ni limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin aducir las razones que la abonan, ya que la decisión del Tribunal Constitucional ha de articularse, en principio, como respuesta a las razones por las que los órganos del Poder Judicial vienen a dudar, en un caso concreto, de la congruencia entre la Constitución y una norma con rango de Ley. Por consiguiente, es preciso, como se dice en la STC 103/1983, de 22 de noviembre, «que al plantearse o proponerse la cuestión se ofrezca una fundamentación suficiente de la inconstitucionalidad y de la relación entre la norma cuestionada y el fallo, fundamentación que no ha de estar constituida por una exposición exhaustiva de la totalidad de las razones que en el asunto puedan jugar, sino por aquellos argumentos que deban considerarse racionalmente suficientes para que la cuestión pueda ser tomada en cuenta o, como en otra sede dice la Ley de este Tribunal, que se justifique una decisión del Tribunal por poseer la materia un contenido constitucional» (FJ 1).

Pues bien, a pesar de la extensión del Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, lo cierto es que el órgano judicial no hace explícitas sus dudas acerca de la inconstitucionalidad del precepto cuestionado; esto es, no exterioriza el razonamiento a partir del cual pone en tela de juicio el ajuste a la Constitución de aquél, sino que se limita a exponer los argumentos de las posiciones doctrinales y, especialmente, jurisprudenciales a favor y en contra de la constitucionalidad del precepto, pero sin tomar partido por ninguna de ellas, y sin expresar, en definitiva, los motivos que alientan su propia duda acerca de dicha constitucionalidad. En especial, el Auto refleja las opuestas posturas manifestadas en este aspecto por las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo. Así, la Sala de lo Civil, en Sentencia de 5 de mayo de 1998, consideró que el «procedimiento ejecutivo extrajudicial» regulado en el párrafo segundo del art. 129 LH [y desarrollado por los arts. 234 a 236 o) RH] resultaba contrario a los arts. 117.3 y 24.1 CE, por lo que, en aplicación del apartado 3 de la disposición derogatoria de la Constitución, entendió que el precepto legal, de carácter preconstitucional, resultaba inaplicable por derogación, al ser norma opuesta a la Constitución, inaplicación que extendía a los arts. 234 a 236 o) RH, «en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa» (doctrina reiterada en la Sentencia de 20 de abril de 1999). En cambio, la Sala Tercera, en las SSTs de 16 y 23 de octubre de 1995, al conocer de sendos recursos interpuestos contra el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, por el que se modificó el Reglamento hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas, no consideró que existiera vulneración constitucional alguna.

En suma, lo que la Sala proponente pretende es que este Tribunal ejerza de árbitro en la polémica doctrinal existente entre las dos referidas Salas del Tribunal Supremo, determinando cuál de las dos interpretaciones resulta más acorde con el texto constitucional, y así lo pone de relieve claramente al recoger al final del Auto de 14 de abril de 1999 las razones del planteamiento de la cuestión, entre las que figura la radical disparidad de criterio entre las resoluciones de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo, que conduce a «considerar obligado el planteamiento de la cuestión ante ese Tribunal Constitucional».

Y siendo éste el objetivo perseguido por el órgano judicial con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, su admisión tropieza de modo irremediable con la finalidad propia de ésta que, según nuestra reiterada doctrina, «no es en modo alguno resolver controver-

sias interpretativas sobre la legalidad entre órganos jurisdiccionales o dudas sobre el alcance de determinado precepto legal, para lo cual el ordenamiento dispone de otros cauces, sino enjuiciar la conformidad a la Constitución de una norma con rango de Ley que sea aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo» (ATC 62/1997, de 26 de febrero, FJ 2). Por otra parte, hemos dicho también que la cuestión de inconstitucionalidad no puede ser instrumentada al modo de un cauce consultivo mediante el cual la jurisdicción constitucional vendría a despejar las dudas que abrigara el órgano judicial no ya sobre la constitucionalidad de un precepto legal, sino sobre cuál fuera, de entre las varias posibles, su interpretación y aplicación más acomodada a la Constitución [STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2 b)].

Por consiguiente, de admitir el planteamiento del órgano judicial se estaría desvirtuando la naturaleza propia de la cuestión de inconstitucionalidad, que «no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución» (SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; y 64/2003, de 27 de marzo, FJ 5). Y, en este caso, se estaría permitiendo obtener a través de ella una resolución de naturaleza abstracta acerca de la constitucionalidad del párrafo segundo del art. 129 LH, siendo así que este Tribunal la ha calificado como proceso de control concreto, expresión con la que se ha querido destacar «que es un proceso que tan sólo puede plantearse con ocasión de la aplicación del precepto cuestionado a un caso concreto y siempre que de su validez dependa el fallo suspendido en el proceso judicial», aunque, «una vez promovida la cuestión, el objeto y el tipo de control es en lo sustancial idéntico al del recurso de inconstitucionalidad ya que en los dos casos se trata de contrastar en abstracto el precepto legal con las normas que integran el llamado bloque de la constitucionalidad» (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 2).

Ratifica el carácter abstracto del pronunciamiento que se nos solicita el hecho de que, con posterioridad a la admisión a trámite y a la sustanciación de la presente cuestión de inconstitucionalidad, la representación procesal de la apelante en el procedimiento *a quo* presentó escrito solicitando que se le tuviera por desistida del recurso de apelación, al haber llegado a un previo acuerdo extraprocésal con la apelada para poner fin al litigio. Y aunque el órgano judicial haya denegado el desistimiento «al haberse planteado después de la vista de la apelación», lo cierto es que ha quedado relativizada la real existencia de una situación de dependencia entre la posible invalidez del precepto legal cuya constitucionalidad se cuestiona y la decisión del proceso *a quo*, de suerte que el juicio de constitucionalidad resultaría, en buena medida, desligado del caso de aplicación de la norma.

En definitiva, no se somete al conocimiento de este Tribunal una duda razonada sobre la posible inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 129 LH, esto es, una explicación comprensible de las razones en virtud de las cuales el órgano promotor de la cuestión duda de la constitucionalidad del precepto legal, sino una mera exposición doctrinal y jurisprudencial a favor y en contra de dicha constitucionalidad, para que resolvamos por cuál hay que decantarse. Plasmación razonada de las dudas de constitucionalidad que resultaba tanto más exigible cuanto que, al tratarse de una norma preconstitucional, este Tribunal no ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución. Y es que, como señalamos ya en la STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1.d), los Jueces y Tribunales deben inaplicar las leyes preconstitucionales «si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por

la vía de la cuestión de inconstitucionalidad». Resulta obvio decir que, ante dicha posibilidad, la opción por esta última solución requiere la efectiva existencia de dudas sobre la constitucionalidad del precepto; dudas que, como ha quedado dicho, deberán ser exteriorizadas por el órgano judicial, quedando debidamente reflejadas en el Auto de planteamiento de la cuestión.

Así pues, a la deficiencia formal advertida en el fundamento anterior se une la aquí expuesta, que afecta a la sustancia misma de la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que no cabe sino un pronunciamiento de inadmisión.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a seis de julio de dos mil seis.—
María Emilia Casas Baamonde.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—
Firmado y rubricado.