

Jurisdicción y ejecución extrajudicial

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA.—3. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—4. LA CUESTION DE FONDO: EL MONOPOLIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL: a) LA POSTURA DE LA SALA DE LO CIVIL; b) CONSIDERACIONES PREVIAS RELATIVAS AL CONCEPTO FORMAL Y MATERIAL; c) APLICACIÓN DE LA DISTINCIÓN ANTERIOR A LAS FUNCIONES ESTATALES; d) CONCLUSIÓN QUE SE DERIVA DE LO ANTERIOR; e) ¿INDIFERENCIA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL?; f) ARBITRAJE Y EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL.—5. ACTOS PRIVADOS Y FUNCIONES PUBLICAS: a) LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN CONVENCIONAL; b) PARTICULARES Y ACTOS LEGISLATIVOS; c) PARTICULARES Y ACTOS EJECUTIVOS; d) PARTICULARES Y ACTOS JURISDICCIONALES.—6. DIFERENCIAS ENTRE ACTOS PUBLICOS Y PRIVADOS: a) LA SUPREMACÍA DEL ESTADO; b) LA COERCIÓN ESTATAL; c) EL RECTO SENTIDO DEL MONOPOLIO JURISDICCIONAL.—7. INFRACCION DE RESERVA DE LEY.—8. UNA SALIDA PARA EL PROBLEMA.

1. INTRODUCCION

La Sentencia 402/1998, de 4 de mayo de 1998, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo tiene la virtud, por encima de discrepancias de las que es testimonio el presente escrito, de replantear cuestiones de principio, de esas que obligan al estudioso a volver sobre las bases y axiomas de su disciplina, o mejor, de las que él acepta y vive como tales. Quiero decir que la solución de la cuestión ventilada en la sentencia no puede hacerse acudiendo meramente a una serie de preceptos legales, sino aplicando principios generales y postulados dogmáticos, de los que dan lugar a distintas escuelas y métodos científicos. Por eso la cuestión, lejos de facilitar un entendimiento general, se presta a discrepancias abundantes, pues en definitiva no hace más que reflejar a pequeña escala los divergentes criterios sobre conceptos medulares de la ciencia jurídica.

La sentencia brinda una ocasión para reflexionar sobre lo que en el día a día tiende a aceptarse de un modo más o menos inconsciente y para confrontar el mayor o menor rigor de los distintos enfoques doctrinales. Si la con-

clusión a la que se llega es crítica, no por ello puede desmerecerse una sentencia bien construida, con coherencia interna, y que incita a cada cual a nada fácil ejercicio de depurar el propio juicio.

2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

La Sentencia 402/1998, de 4 de mayo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, estima el recurso de casación interpuesto contra la dictada por la Audiencia Provincial de Valencia sobre oposición a procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, anulando la sentencia recurrida y declarando: «...la inaplicación por derogación al ser norma opuesta a la Constitución del segundo párrafo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y la de los artículos 234 a 236.0), ambos inclusive, del Reglamento Hipotecario...»

La fundamentación de la que se deriva conclusión tan destacada —**derogación** de un precepto legal y de otros varios **infralegales**— puede resumirse en la forma siguiente. En lo relativo a la propia competencia, la Sala recuerda que el artículo 129, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria es norma legal preconstitucional y que, por lo tanto y vista la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional, su derogación por incompatible con la Constitución puede ser apreciada por ella misma.

En lo tocante a la cuestión de mérito, se afirma que la ejecución extrajudicial que consagra el mencionado artículo y, más en concreto, la ejecución mediante subasta pública notarial que en su desarrollo disciplinan los artículos 234 a 236.0) del Reglamento Hipotecario resultan incompatibles «con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato, e ítem más, en la voluntad específica de las partes al acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público». En particular, esa incompatibilidad se produce por la inadecuación de todos estos preceptos al artículo 117 de la Constitución: según su apartado 1 (en realidad debe referirse al 3), «la jurisdicción comprende... dos manifestaciones básicas, la actividad declarativa que se conduce por el proceso de declaración y la actividad ejecutiva, por el proceso de ejecución. Ambas manifestaciones jurisdiccionales... se desarrollan... en el único marco posible del poder judicial que tiene carácter exclusivo». Ahí radica la esencia de la postura de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: si el artículo 117.3 de la Ley fundamental dispone que *el ejercicio de la potestad jurisdiccional..., juzgando y haciendo juzgar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes*, no puede otorgarse una de esas dos actuaciones a quien no tenga la condición orgánica de poder judicial.

La derogación postconstitucional del artículo 129, apartado 2, de la Ley Hipotecaria provocaría la de los preceptos reglamentarios citados, al quedarse sin la base legal que los sustenta. Pero, además, éstos incurrirían en un segundo vicio, a saber, no respetar la reserva de ley que el artículo 117.3 de la Constitución implanta para la regulación de los procesos.

3. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En principio, desde el punto de vista competencial, la sentencia comentada tiene sólido apoyo jurídico. Lo que examina es la cuestión de la vigencia o derogación de una norma legal por otra posterior como es la Constitución. Ciertamente, ésta no es sólo posterior sino también superior, ostenta la máxima jerarquía del Derecho positivo. Ateniéndose a este último rasgo, la solución bien pudo ser otra, en el sentido de reservar su control al Tribunal Constitucional al igual que ocurre con las leyes posteriores a la Constitución. Sin embargo, y por razones no desdeñables, el Tribunal Constitucional ha mantenido una línea constante de ver en estos conflictos tanto un problema de vigencia de las leyes como de validez (sentencias 4/1981, 14/1981 y 66/1983), en cuya virtud y por lo primero todo Tribunal puede determinar si la Ley preconstitucional ha sido sustituida por otra posterior cual sería la Constitución, esto es, tratar la cuestión como una más de sucesión de normas en el tiempo.

No puede argüirse, como a veces se ha hecho, que el tema encerraba un problema de constitucionalidad, por mor de la aplicación de la Constitución, y que por lo mismo tenía que haberse deferido al Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad. La Sala de lo Civil, estando convencida de la incompatibilidad entre el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria y el 117.3 de la *lex legum*, podía dar por derogado al primero, vista la Disposición Derogatoria, apartado 3, de la propia Constitución y la doctrina de su máximo intérprete, antes referida. La vinculatoriedad general de la Constitución (art. 9.1) obliga a todos los poderes públicos a aplicar sin más sus determinaciones, sin que se pueda transformar toda aplicación de la Ley fundamental en una atribución reservada del Tribunal Constitucional, que sería tanto como dejar en letra muerta ese último mandato.

Pero, es más, la solución habría sido la misma aunque la Constitución no existiese y siempre que su norma (art. 117.3) formase parte de otra ley posterior, como precisamente es el caso. Si toda ley posterior deroga a la anterior contradictoria (art. 2.2 del Código Civil) este mismo resultado derogatorio habría que defender para el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria a la vista del artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio), que justamente repite el mandato del 117.3 constitucional. Dado el contenido que el Tribunal Supremo asociaba a este último —**incompatibilidad** con el pre-

cepto **hipotecario**— su mera constancia en una ley posterior habría bastado para provocar el efecto derogatorio. Y en dicho caso ni siquiera la duda del Tribunal de instancia habría permitido plantear la cuestión de inconstitucionalidad. De ahí la confirmación de la competencia del Tribunal Supremo para entender la cuestión que nos ocupa y la coherencia argumental de la sentencia comentada.

Ahora bien, si la cuestión se desenvuelve hasta aquí con entera lógica, la misma cobra un sesgo muy diferente cuando se examinan otros datos. Nos referimos a los previos pronunciamientos en sentido opuesto de la Sala 3.^a de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. La Sentencia de 16 de octubre de 1995 había proclamado la conformidad del artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria con el 117 constitucional porque el objeto del primero «es ejecutar ante notario un derecho hipotecario de origen contractual, no una resolución judicial..., quedando en todo caso expedito el juicio declarativo ordinario», doctrina que se reitera en la de 23 de octubre de 1995.

Ciertamente, al ser el orden civil independiente del administrativo no tenía que someterse necesariamente el primero a la jurisprudencia del segundo, por más que resulte del todo deseable la armonía entre ambos. Pero una discrepancia que en otro orden de cosas hubiera tenido cierta apoyatura, no la tiene en el presente, donde a la postre se estaba valorando la constitucionalidad de una norma legal. La misma doctrina del Tribunal Constitucional que legitima ese enjuiciamiento por los tribunales ordinarios encuentra un límite en un caso de discrepancia, como el presente. Según la sentencia ya citada 14/1981, de 21 de mayo, la intervención del máximo intérprete constitucional debe dejarse «para aquellos supuestos en que la persistencia de interpretaciones contrarias a la Constitución o la dispersión de criterios reclamen una solución de alcance general». Visto lo anterior, ¿no puede afirmarse que la separación por la Sala de lo Civil de lo previamente sustentado por la de lo contencioso-administrativo constituye un caso de «dispersión de criterios» en tema no precisamente baladí?, y si esto es así, ¿no se necesita una «solución de alcance general» que sólo puede lograrse defiriendo la cuestión al Tribunal Constitucional? Por tanto, he aquí el primer reproche: la Sala de lo Civil se separa de una doctrina constitucional aplicable al caso y curiosamente contenida en una sentencia que ella misma cita (aunque con referencia al año errada: 14/1991 en lugar de 14/1981).

Segundo reproche: la sentencia comentada invoca respecto al fondo del asunto la 167/1987, de 28 de octubre, del Tribunal Constitucional, escasamente relevante, pues apenas añade algo sustantivo a lo que proclama el artículo 117.3 constitucional y, en cambio, ignora la 41/1981, de 18 de diciembre, que se refiere especialmente a la ejecución **extrajudicial** ante notario del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su reglamento, sin que asome ningún tipo de objeción o reparo, de donde puede inferirse que el órgano de la justicia constitucional había admitido la constitucionalidad de

dicho procedimiento. Que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estuviese convencida de lo contrario no le autorizaba en modo alguno a prescindir de dicha doctrina, pues esta observancia le venía impuesta por los artículos 164.1 de la Constitución y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A lo sumo debió presentar la cuestión de inconstitucionalidad si entendió que dicha sentencia no era lo suficientemente concreta o clara. Pero actuar como si dicho pronunciamiento no existiese no puede tener otra explicación lógica que el hecho de que pasase desapercibido para el Tribunal Supremo: no cabe pensar que, de haberlo conocido, no lo hubiese tomado en cuenta siquiera a efectos de demostrar su **inaplicabilidad** al caso sometido a su fallo.

4. LA CUESTION DE FONDO: EL MONOPOLIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL

a) LA POSTURA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Para completar lo antes recogido sobre el contenido esencial de la sentencia 402/1998, del Tribunal Supremo, baste ahora señalar que la misma considera que la ejecución extrajudicial de la hipoteca, aunque derive de un contrato, «se asemeja a la defensa privada justamente proscrita por la intervención de los Tribunales de Justicia» (fundamento cuarto); que si se admitiese habría que admitir consecuentemente «una jurisdicción civil plenamente convencionalizada» y que —**siendo esto lo básico**— que el monopolio de las actividades de ejecución no puede circunscribirse a lo juzgado por los órganos jurisdiccionales, pues ello daría «al traste con la ejecución de los títulos extrajurisdiccionales o, al menos propicia una interpretación desmembradora por vía legal de aquel cometido jurisdiccional» (fundamento quinto), siendo así que el artículo 117 de la Constitución reserva con carácter exclusivo dicha función a los jueces y tribunales (fundamento sexto).

b) CONSIDERACIONES PREVIAS RELATIVAS AL CONCEPTO FORMAL Y MATERIAL

La postura que se resume no es inédita y posiblemente contará con no pocos seguidores: según relata C. DÍAZ GONZÁLEZ, la Ley Hipotecaria de 1909 no pudo consagrar este procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca por las reservas que suscitó en las Cortes una atribución que parecía invadir campos reservados a los jueces (1). O sea, la misma posición que ahora sustenta el Tribunal Supremo.

(1) Véase *Derecho hipotecario*, Ed. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1967, III, pág. 275.

Problemas como el presente han suscitado numerosísimos debates doctrinales, pues en definitiva subyacen los diversos modos de entender conceptos básicos del Derecho, con oposición muy marcada de métodos y escuelas. Dado el tiempo transcurrido, cabe barruntar que lo más probable es que permanezcan como debate inacabado, volviéndose una y otra vez casi al mismo punto de partida. Pero, como dijimos al principio, tienen la ventaja de concitar la atención de juristas de muy diversas disciplinas, pues a muchos de ellos, si no a todos, afecta la forma de entender cuestiones que están en la base del Estado y el Derecho.

La cuestión básica de la que a nuestro juicio pende la correcta inteligencia del tema que aborda la sentencia comentada es el concepto de las funciones estatales. Decía G. JELLINEK que los abundantes desencuentros doctrinales en este campo se han producido por mantener un único concepto de las mismas, extraído de lo existente en un momento dado, lo cual sólo proporcionaría una visión parcial y a la larga contradictoria (2).

Si se mantiene una consideración formal quiere decirse que se acepta como único criterio interpretativo el sustentado por las leyes vigentes, y no habrá fenómeno jurídico que se explique sino en la medida que esté regulado por una disposición legal. Este es el enfoque que preside la sentencia del Tribunal Supremo: no puede haber actividad ejecutiva en manos de quien no sea poder judicial, pues esa exclusividad aparece reconocida en la ley suprema. Sin embargo, esta aproximación puramente formal es insuficiente para interpretar los silencios de la ley y contradictoria en cuanto otra norma legal puede conducir a conclusión opuesta. Sin perjuicio de lo que después se examina más en detalle, permítasenos adelantar como ejemplo que la misma Constitución (art. 97) reserva la función ejecutiva al Gobierno. Luego, alguna diferencia tendrá que existir entre esta función ejecutiva y la que el artículo 117.3 atribuye a los tribunales, pues no parece admisible que ambos poderes estatales tenga reconocida la misma función. Esto es lo que nos lleva a postular que sólo barajando un concepto formal y un concepto material puede llegarse a una comprensión global y coherente del problema.

Concepto forma y concepto material pueden coincidir pero también discrepar. La complicación que esto supone se compensa por la atalaya que proporciona para una visión coherente de las funciones públicas. Obviamente el primer concepto nos dice lo que es una institución en un momento dado, según la legislación vigente; apela por tanto a lo histórico y es por lo mismo mudable. El concepto material aspira a expresar lo que por sí misma es una

(2) Según JELLINEK, el error de perspectiva obedece «a la convicción, inconsciente a menudo, de que la separación de los órganos y formas necesita tener como base una distinción real. Una vez más, búscase en la historia lo racional, y con el caso particular histórico se construye la teoría general». Véase *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1973, pág. 451 y sigs.

realidad jurídica; es independiente del Derecho que existe en un momento dado, lo que le dota de condición de universalidad y permanencia. El análisis jurídico no puede prescindir del formal, pues lo contrario sería situarse al margen del Derecho. Pero en no pocas ocasiones necesita del complemento y de la corrección del concepto material para que la aplicación de las leyes responda a lo que en definitiva importa, que es su espíritu y finalidad.

c) APLICACIÓN DE LA DISTINCIÓN ANTERIOR A LAS FUNCIONES ESTATALES

Si aplicamos la distinción anterior y, en concreto el concepto formal, a las funciones estatales obtendremos la visión más divulgada, que es la que trasluce la sentencia del Tribunal Supremo, y así la función legislativa es la propia del legislador o parlamento, que entre nosotros se materializa en las Cortes Generales según dispone el artículo 66.2 de la Constitución; la función ejecutiva es la que corresponde al poder ejecutivo (Gobierno y Administración), lo que se refleja en los artículos 97 y 103 y la función jurisdiccional es la reservada a los jueces y tribunales, como consta en el artículo 117.

Ciertamente, ni nuestra Constitución ni ninguna otra han operado en el vacío: la atribución de dicha condición orgánica no es caprichosa ni puro convencionalismo, sino que obedece a un fundamento real o material. El legislador, llámase así por tener a su cargo la función legislativa o de establecimiento de normas abstractas susceptibles de aplicación indefinida. El poder ejecutivo recibe este nombre no por otro hecho que el de estar encargado de la función de ejecutar, o sea, de aplicar esas leyes que aprueba el anterior. Y el poder judicial, también llamado jurisdiccional, merece esta denominación por asumir la función jurisdiccional, la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Existe, de este modo, una interdependencia clara entre el concepto formal y el concepto material (lo cual —por cierto— viene a confirmar la inmanencia de ambos al razonamiento jurídico). Los dos conceptos en buena medida coinciden y se explican mutuamente.

Pero la realidad es mucho más compleja y rica que ese esquema inicial. Basta echar una ojeada a cualquier sistema jurídico, incluso del llamado Estado de Derecho, para comprobar que las cosas no son tan simples. Se equivocaría gravemente quien afirmase que el poder legislativo absorbe toda la función materialmente legislativa y sólo ella, o que el poder ejecutivo se limita a dictar actos materialmente ejecutivos, o que los jueces son los únicos que realizan actividad jurisdiccional y no otra cosa.

En nuestro Derecho, por no ir más lejos, el poder ejecutivo es también legislador, participa por varios títulos en la función materialmente legislativa: desde la iniciativa legislativa —que implica la redacción de futuros

textos legales, en la práctica los más **importantes**— hasta la aprobación de reglamentos. Pues si ley materialmente entendida (como, por ejemplo, hace el art. 2 del Código Civil) es todo mandato abstracto dictado por autoridad legítima susceptible de aplicación reiterada, ¿acaso no convienen estos caracteres al reglamento administrativo? Y si esto es así, ¿no es corolario la cotitularidad del poder llamado ejecutivo en la función materialmente legislativa?

Por su parte, el Parlamento o poder legislativo no sólo legisla, por muy característico que esto sea de su posición, sino que realiza actos materialmente ejecutivos, esto es, actos que lejos de innovar el ordenamiento jurídico se limitan a aplicarlo en una relación simétrica a la que normalmente emplea la Administración Pública. Pensemos en nuestro Derecho en la elección del presidente del Gobierno y su destitución (arts. 99 y 114 de la Constitución), en la designación del Defensor del Pueblo (art. 54), en la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial (art. 122.3), y en la de ocho magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159). Son todos ellos actos que nada tienen que ver con la creación de normas, sino ejecución de normas vigentes como las citadas y que cualitativamente no se diferencian de las elecciones y nombramientos para cargos que de ordinario competen al Gobierno. Las cámaras parlamentarias emiten también autorizaciones con o sin forma de ley, dirigen mociones al ejecutivo y cuentan con su propia administración, actuaciones que en modo alguno responden a lo **definitorio** de la actividad legislativa.

¿Ocurre lo mismo con el poder judicial? La respuesta afirmativa es tan fácil como en los casos anteriores, y ello asimismo en sentido positivo y negativo: ni toda la función materialmente jurisdiccional está en manos de los jueces y tribunales ni éstos se acantonan a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Fijémosnos en los rasgos **definitorios** más usuales de la función o actividad jurisdiccional. Según GUASP, es la función estatal por la que el poder público satisface pretensiones (3). Y esta satisfacción se hace aplicando las leyes en un procedimiento caracterizado por la dualidad de partes, el signo contradictorio de sus posiciones y la alterabilidad del llamado a proporcionar el fallo o solución. Puede haber otros rasgos, pero seguramente los anteriores recogen la esencia de su naturaleza. Pues bien, el mismo esquema se percibe cuando la Administración pública resuelve recursos administrativos y reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales (arts. 107-126 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común). Se dirá que median otras diferencias con la función jurisdiccional de los jueces, especialmente la independencia de estos últimos, lo cual es ciertamente innegable.

(3) Véase *Derecho procesal civil*, IEP, Madrid, 1977, pág. 101 y sigs.

Pero esta independencia es garantía de la posición imparcial de los jueces en el Estado de Derecho, no elemento definitorio en sí de la actividad jurisdiccional, del mismo modo que los privilegios de inmunidad e inviolabilidad de los parlamentarios no definen ninguna de las funciones a su cargo.

Esas diferencias adjetivas no impiden que los elementos configuradores de la función jurisdiccional sean coincidentes cuando la ejercen los funcionarios administrativos y los judiciales: se trata, en ambos casos, de una aplicación de las leyes destinada a la satisfacción de una pretensión (pues el recurso administrativo implica el ejercicio de una acción contra un acto administrativo), los que la asumen están vinculados por el Derecho (art. 103 de la Constitución para la Administración pública y 117.1 para el Poder Judicial), y aparecen dos partes enfrentadas (en el ejemplo citado el particular recurrente y la propia administración). Si alguna duda quedaba, la afinidad se comprueba mejor en el caso de las reclamaciones económico-administrativas (Real Decreto-legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, por el que se articula la Ley 39/1980, y su reglamento de 1 de marzo de 1996), donde los que juzgan se llaman Tribunales —central y regionales— y están estrictamente separados del órgano que dicta el acto impugnado y a pesar de ello pertenecen a la esfera administrativa. Otra manifestación la encontramos en algunas funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano claramente administrativo (art. 20 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia), pero con denominación y procedimientos parangonables a los de un juez (arts. 20 y sigs. de la misma Ley). Lo cual no quiere decir que la intervención del ejecutivo sea redundante respecto a la de los jueces o viceversa, ni mucho menos que sea ociosa la función jurisdiccional de los tribunales (4). Pero sobre esto volveremos más adelante.

En sentido opuesto, el poder judicial no se ocupa solamente de la función jurisdiccional típica, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino de otras cualitativamente distintas como expresamente reconoce el inciso final del artículo 117.4 de la Constitución. Por sólo citar unos ejemplos, cabe mencionar los supuestos recogidos en la propia Carta Magna: necesidad de autorización judicial para entrada en un domicilio (art. 18.2), para la intervención

(4) I DE OTTO (*Estudios sobre el poder judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 17 y sigs.), aunque pretendía alcanzar un concepto absoluto de jurisdicción, incurría en vacilaciones por no reconocer la realidad que comentamos: admitía que órganos administrativos juzgan, pero negaba, acto seguido, su materialidad jurisdiccional por no tratarse de jueces imparciales. A nuestro juicio, ese defecto de imparcialidad sólo supone una más deficiente o insuficiente actividad jurisdiccional, pero no que conceptualmente esa actividad no sea juzgadora. Una cosa es la actividad jurisdiccional y otra la nota de independencia. Una cosa es decir que la actividad jurisdiccional de los jueces oficiales requiere la independencia (cierto) y otra que la actividad jurisdiccional sea exclusiva de los mismos. Una cosa es el sentido material de la jurisdicción y otra el elemento adjetivo de la independencia.

de comunicaciones (art. 18.3) y para el secuestro de publicaciones (art. 20.5). Se trata de controles sobre actuaciones gubernativas muy distintos de los actos procesales típicos. Por otro lado, los jueces tienen a su cargo buena parte de la jurisdicción voluntaria que, al parecer de GUASP, es «administración judicial del Derecho privado, sin constituir auténtica jurisdicción» (5). Finalmente, para no alargar más la cita, jueces y magistrados integran de modo mayoritario las juntas electorales encargadas de la administración electoral (arts. 8 y sigs. de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio), cuya naturaleza no jurisdiccional se deduce hasta de su título (6).

d) CONCLUSIÓN QUE SE DERIVA DE LO ANTERIOR

La conclusión que se desprende de lo anterior es que el principio de división de poderes, consustancial al Estado de Derecho, no puede interpretarse más que como tal principio, en un sentido tendencial, nunca de modo absoluto. Como ya advirtió JELLINEK, «el poder del Estado no se deja fraccionar en sus manifestaciones exteriores, de suerte que pueda hacerse una división de las funciones por los órganos correspondientes (7). El otorgamiento de cada función —legislativa, ejecutiva y jurisdiccional— al poder homónimo es una norma general pero que no se consume al ciento por ciento.

Dicho principio —repetimos que irrenunciable— no admite una traslación literal a la realidad. Al contrario, ésta da muestras de la presencia de numerosas derogaciones parciales, que no pueden presentarse como desviaciones injustificadas, pues las más de las veces obedecen a un fundamento lógico desde la perspectiva de la propia subsistencia del Estado de Derecho. De ahí, como señaló el profesor de Heidelberg y como venimos reclamando, que sea imprescindible separar las funciones formales y materiales si se quiere plantear adecuadamente problemas como el que nos ocupa.

Este es uno de los errores de la sentencia 402/1998: no remontar el vuelo sobre la letra del artículo 117.3 de la Constitución y no advertir que la misma y el ordenamiento jurídico ofrecen sobrados ejemplos de intervenciones de otros poderes en la función más característica de cada uno de ellos.

Que la ejecución extrajudicial de la hipoteca es una actividad ejecutiva es algo que no puede dudarse: su propia denominación así lo expresa. Pero que

(5) Véase *ob. cit.*, pág. 946 y sigs.

(6) Aplicando este desdoblamiento de perspectivas en ocasión anterior, quisimos demostrar que el control de constitucionalidad de las leyes no es propiamente actividad jurisdiccional, a pesar de estar a cargo de un intitulado Tribunal (el Constitucional), sino legislativa: dicho órgano actúa como legislador negativo. Véase F. SANTAOLALLA, «Naturaleza del control de constitucionalidad de las leyes», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 35, 1995, págs. 117 y sigs.

(7) Véase *Teoría, ob. cit.*, pág. 460.

esta actividad ejecutiva tenga que corresponder necesariamente a los jueces es mucho más dudoso: como actividad ejecutiva también puede corresponder al poder del mismo nombre (art. 97 de la Ley fundamental), máxime si se tiene en cuenta que hasta la ejecución de sentencias que afectan a la Administración pública «corresponderá al órgano que hubiera dictado el acto o la disposición objeto del recurso», tal como ordena el artículo 103 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, precepto que nadie ha entendido derogado hasta la fecha. En este sentido, el procedimiento notarial contemplado en el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria satisface las exigencias de este poder, pues el notario es funcionario público (art. 1 de la Ley del Notariado) que se sitúa en la órbita de la Administración pública (según el art. 1 del Reglamento del Notariado dependiente del Ministerio de Justicia). Y, sobre todo, como queda dicho, el artículo 117.3 de la Constitución no puede interpretarse en un sentido puramente literal. Debe equilibrarse con otros principios y preceptos constitucionales, expresos o tácitos.

e) ¿INDIFERENCIA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL?

¿Significa lo anterior predicar un indiferentismo absoluto en punto a las funciones estatales?, ¿cómo y dónde poner la frontera entre la función que corresponde a cada poder?, ¿no se está abriendo la puerta para que el legislador haga y deshaga a su antojo hasta el extremo de que los mandatos constitucionales no signifiquen nada? Estas preguntas pueden surgir casi inmediatamente de lo que acaba de defenderse. De ahí la necesidad de adelantar una contestación.

El relativismo del que venimos hablando no significa esa posible indiferencia ni que se borren las diferencias entre los tres poderes del Estado. Todos ellos se contraponen y siguen jugando el papel de contrapeso que MONTESQUIEU defendió como clave del Estado constitucional (8).

El poder ejecutivo dispone de capacidad normativa, sus reglamentos son materialmente legislación, pero ello no les equipara a las leyes en sentido estricto o formal, las que emanan del poder legislativo. Diversos artículos de nuestra Constitución garantizan su subordinación a estas últimas (9.3, 97, 103), otros la reserva de ley formal (art. 53,1, junto a otros muchos), mientras un tercer grupo permite la anulación de tales reglamentos cuando lo

(8) «Todo se perdería (para la libertad) si el mismo hombre, o la misma asamblea de principales o nobles, o del pueblo ejercieren estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares», decía el antiguo presidente del Parlamento de Burdeos en su famoso *L'esprit des lois*, libro XI, capítulo VI. Cito por la edición de Flammarion, París, 1979, pág. 295.

anterior no se respete (art. 106.1 y concordantes de la LOPJ). Por tanto, la igualdad de naturaleza de todas estas disposiciones no supone su equiparación en rango ni que no existan medidas para combatir una posible extralimitación de las inferiores.

Del mismo modo, que la actividad jurisdiccional del ejecutivo posea un común denominador con la que despliegan los jueces y tribunales no significa una identidad absoluta, sino antes bien una marcada distinción en la medida que la primera se subordina íntegramente a la segunda, esto es, los actos dictados para resolver un recurso en vía administrativa son siempre revisables por los órganos judiciales (arts. 1 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, 8 y 9.4 de la LOPJ y 26.3 de la Ley 50/1997). En cambio, los actos jurisdiccionales procedentes del poder judicial no son susceptibles de revisión por ningún otro poder público o social (salvo los contados casos en que resulta procedente el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional o los recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que implican también actividad jurisdiccional, superpuesta a la de los tribunales ordinarios). En definitiva, lo que distingue a la función jurisdiccional de los jueces no es algo cualitativo sino su condición superior e irrevocable (9). Lo que reclama el Estado de Derecho y, en particular, el derecho fundamental a la tutela judicial es que todos los actos jurisdiccionales emitidos por cualquier persona o poder sean enjuiciables en un momento ulterior por los tribunales en sentido estricto.

Lo que conculcaría los principios constitucionales mentados y, en especial, los artículos 24 y 117.3 de la Ley suprema es que las decisiones juzgadoras emitidas por la Administración pública no pudiesen ser revisadas por los jueces ordinarios.

Esta revisión del procedimiento ejecutivo notarial está expresamente asegurada por los artículos 236.n) y 236.o) (este último en cuanto se remite al 132 de la Ley Hipotecaria) del Reglamento Hipotecario, por lo que no puede afirmarse que posterguen los principios a los que nos venimos refiriendo. La sentencia comentada (fundamento noveno) es consciente de esa vía procesal, pero la rechaza por parecerle insuficiente un derecho a plantear un juicio declarativo de oposición por nulidad del título o de las actuaciones extrajudiciales. Pero, si se acepta, como creemos haber demostrado, que la ejecución extrajudicial no es en sí misma inconstitucional en la medida que pueda ser enjuiciada por los jueces, nos preguntamos qué otro cauce procesal distinto del juicio declarativo podría asegurar la plena revisión de cualquier ilícito que se hubiese producido en el título o en el procedimiento ante notario.

(9) REQUEJO PAGÉS, sin plantearse el problema que nos ocupa, advierte certeramente que lo **definitorio** de la jurisdicción es constituir una forma de aplicación del Derecho que representa el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento. Véase *Jurisdicción e independencia judicial*, CEC, Madrid, 1989, pág. 89 y sigs.

f) ARBITRAJE Y EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

La Sala de lo civil, en esta sentencia que glosamos, comete una contradicción que socava la base de su argumentación. Por un lado, admite la institución del arbitraje o «potestad de decidir el Derecho, o sea, de establecer la certeza del derecho (que) puede remitirse por voluntad de las partes al juicio de **árbitros**» (según lo define su fundamento cuarto), pero acto seguido rechaza que su ejecución —**precisamente** por ser acto **ejecutivo**— pueda corresponder a órganos no judiciales: «la ejecución del laudo —**añade**— es función atribuida exclusivamente a la jurisdicción».

En realidad, si se afirma que el arbitraje es actividad de decidir el derecho, de fijar su certeza —**punto** en el que **coincidimos**— quiere decirse que es, materialmente contemplado, actividad jurisdiccional, pues así es como entendemos a esta última: aplicación del derecho en un caso concreto que enfrenta a dos partes mediante la decisión de un tercero. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje debía entonces recibir la misma consideración a la vista del modal *exclusivamente* del artículo 117.3 de la Constitución y, consiguientemente, reputarse inconstitucional dicho instituto, pues siendo el juzgar y la ejecución de lo juzgado manifestaciones de la misma potestad jurisdiccional el sentido de la exclusividad tiene que ser el mismo para ambas. Dicho con otras palabras, si la nota de exclusividad se entiende en un sentido tan absoluto como para calificar de inconstitucional un acto de ejecución notarial de un título privado, la misma inconstitucionalidad hay que reconocer en el juicio, en ese «decidir el derecho», emitido por quien no es juez, cual ocurre con el **árbitro**.

5. ACTOS PRIVADOS Y FUNCIONES PUBLICAS

a) LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN CONVENCIONAL

No concluye con lo anterior la argumentación del Tribunal Supremo. Aporta otras razones que invitan a una reflexión más profunda y, seguramente, más polémica. Para la Sala de lo Civil otro motivo de la derogación de la ejecución hipotecaria extrajudicial es que «tal ejecución tiene su origen en un contrato, e ítem más, en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público», añadiendo que «la autoejecución se asemeja a la defensa privada justamente proscrita por la intervención de los Tribunales de Justicia». La oposición a este carácter convencional es tan marcada que se llega a afirmar que «este Derecho privado ... pugna con los principios de las sociedades de civilización desarrollada».

Compartimos de estos asertos aspectos evidentes, como la indisponibilidad de las normas imperativas de Derecho público (en realidad habría que añadir las imperativas de Derecho privado), y que la autoejecución se asemeja a la defensa privada. Pero, frente a la sentencia, creemos que es posible esa «defensa privada» porque los particulares son también partícipes en la función jurisdiccional, como lo son en la legislativa y en la ejecutiva. Esto es, el Estado de Derecho y la Constitución admiten que los miembros de la comunidad puedan realizar actos materialmente legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales. Naturalmente, no se trata de actos formalmente tales, pues por definición éstos corresponden a los entes u órganos investidos oficialmente de la condición de legislativo, ejecutivo y judicial, según corresponda. También, naturalmente, tales actos no son idénticos a los que proceden de los poderes oficiales del Estado. Pero sí queremos decir que comparten con ellos una común naturaleza: lo que son por sí mismos. Veamos algunas pruebas.

b) PARTICULARES Y ACTOS LEGISLATIVOS

No sólo el Estado dicta actos legislativos, por más que los suyos sean los más importantes, sino también los particulares. Repetimos que estamos utilizando este vocablo en su acepción material, en el sentido genérico de normas. Pues si norma es un mandato abstracto susceptible de aplicación reiterada podemos convenir en atribuir esta calidad allí donde nos encontremos con un acto que responda a estas características.

Los individuos aprueban normas para regular sus espacios de libertad que el derecho estatal deja a su discreción. El hecho evidente de que no puedan contradecir las disposiciones obligatorias de este último sólo demuestra su carácter subordinado, no su carencia de naturaleza normativa.

No hace falta invocar las teorías kelsenianas sobre la común condición normativa de la legislación estatal y los contratos celebrados entre particulares, de modo tal que los segundos no serían más que desarrollo o concreción de la primera (10). El artículo 1.091 del Código Civil sería, por lo demás, una buena baza en favor de esta tesis al decir que *las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*. Tampoco se requiere acogerse a las concepciones institucionalistas de SANTI ROMANO, según las cuales el ordenamiento jurídico general del Estado encerraría otros menores producto de las diversas instituciones que surgen en la realidad social (11).

(10) Por eso, según KELSEN, la mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del Derecho. Véase de este autor, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1977, pág. 147 y sigs.

(11) Véase su obra, *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963, pág. 205 y sigs.

Son muchas las muestras de esta potestad normativa en manos de individuos o grupos sociales y que traspasan el ámbito de lo puramente contractual. Normas que permiten regular determinadas relaciones interindividuales y que conviven pacíficamente con las procedentes de una autoridad pública. Tal vez haya que citar en primer lugar al Derecho consuetudinario (art. 1 del Código Civil), exponente claro de un derecho extraestatal. Como derecho escrito hay que mencionar a los convenios colectivos de trabajo, cuyo carácter más que obligacional se demuestra por el hecho de que vinculan a personas que no son partes en los mismos: según el artículo 82.3 del T. R. del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto-legislativo 1/1995, de 24 de marzo, *obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia*. Pensemos en los estatutos y reglamentos de que se dotan los sindicatos, tal como admite el artículo 2.2.a) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical o en los reglamentos de régimen interior que aprueban los consejos escolares [arts. 42.j) y 57.1 de la Ley Orgánica 8/1985, de regulación del derecho a la educación], que se imponen a los miembros de los respectivos centros o en las *normas de régimen interior, que obligarán a todo titular* y que puede aprobar el conjunto de propietarios al amparo de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de la propiedad horizontal o, por no alargar más la cita, en el *reglamento interno del sindicato* que debe aprobar la Asamblea General de Obligacionistas (art. 297 del T. R. de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto-legislativo 1564/1989). No parece dudoso que en todos estos casos —y en otros de alcance parecido— estamos en presencia de disposiciones normativas, dados su tenor abstracto y su capacidad de aplicación reiterada o, lo que es lo mismo, ante legislación entendida *lato sensu*. Y si esto es así, la conclusión es que puede haber legislación (material) que no procede del Estado.

La extensión y la intensidad de la legislación estatal ha podido ocultar este hecho tan natural de que los particulares establezcan normas autónomas para regular su convivencia. Repetimos que otra cosa es que esta normación esté subordinada al derecho del Estado y que sólo pueda moverse dentro de los límites que éste le traza, muy a menudo de un modo tan restrictivo que apenas tiene ocasión de aflorar. Pero allí donde no exista *ius cogens* estatal renace la ocasión para la legislación por parte de los particulares. Obviamente, la supremacía e inderogabilidad del derecho estatal no deriva sólo de sus mandatos particulares, sino también de sus cláusulas generales. Y, así, toda normativa autónoma que constituya abuso de derecho habrá de tenerse por nula al amparo del artículo 7.2 del Código Civil (ahora más claro en virtud de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación).

Esta posibilidad de que los particulares realicen una actividad materialmente legislativa está seguramente asociada al principio de libertad a que

responde el Estado de Derecho. Una legislación estatal que regulase agotadamente todas las relaciones sociales sería posiblemente una legislación totalitaria, antítesis de la anterior. Por eso es natural y hasta conviene al primero que se den estas manifestaciones jurídicas de carácter privado. Sin duda, ello debe conciliarse con otras exigencias que legitiman que sectores enteros estén sustraídos íntegramente y otros en buena parte. De ahí la superposición de planos normativos y la clara subordinación de las normas privadas a las públicas. Pero que a su modo también los particulares participan en la legislación (material) parece indiscutible.

c) PARTICULARES Y ACTOS EJECUTIVOS

Del mismo modo los particulares participan en la función ejecutiva. Si ésta consiste en realizar los actos aplicativos de las leyes, en ejecutar lo previsto en las normas generales, no hay duda de que los mismos realizan esta actividad cuando cumplen las normas públicas o privadas. Esto es lo más normal y hasta lo deseable para la pervivencia del derecho positivo, el cual no podía estimarse vigente si no gozase de un mínimo de observancia espontánea. Si los particulares no ejecutasen medianamente los mandatos normativos, la **conflictividad** social que ello crearía sería seguramente inasimilable por el Estado.

Se dirá, con razón, que estamos usando un sentido impropio de la función ejecutiva, pues ésta aparece reservada por el artículo 97 de la Constitución al Gobierno del Estado y que, consiguientemente, no la pueden ostentar los particulares. Pero esa posible objeción supondría que estamos optando por una visión exclusivamente formal de la realidad: la definida por las leyes, en este caso por la Constitución. Decir eso es algo evidente: la función ejecutiva es exclusiva del Gobierno por que así lo ordena la Constitución y los actos ejecutivos legalmente reservados a la Administración pública no pueden adoptarse por los particulares.

Pero, ¿es que no ejecutan las leyes los ciudadanos cuando cumplen sus obligaciones tributarias?, ¿puede trazarse una diferencia sustantiva entre estos actos y los que adopta la Administración instando precisamente a su realización?, ¿acaso no constituyen todos ellos actos de cumplimiento de las mismas leyes y, por ende, poseedores de la misma naturaleza? La única diferencia es la subjetiva, pero cualitativamente los actos que realizan sujetos diversos son equivalentes. Aquí nos situamos en una perspectiva material, no utilizada por las leyes, pero no por ello menos existente. No olvidarse de esta segunda puede ser el medio de plantear correctamente problemas como el que nos ocupa.

d) PARTICULARES Y ACTOS JURISDICCIONALES

Ya barruntará el lector que el criterio sostenido nos lleva a defender la realización de actos jurisdiccionales y, por tanto, el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los particulares, de esos que las leyes se limitan normalmente a contemplar como justiciables, más como destinatario que como sujeto agente de la administración de la justicia.

Esa actuación materialmente jurisdiccional privada se concreta en algo que la sentencia de referencia conoce y aprueba, como es el arbitraje. Si éste supone la resolución de una controversia por un tercero al que se remiten las partes enfrentadas, quiere decirse que están presentes los elementos definitorios de la función jurisdiccional (*supra*), y, por tanto, no debe existir reparo en reconocer su naturaleza común con la actividad desplegada por jueces y tribunales. En este sentido, Díez-PICAZO ha reconocido que la determinación de un tercero, como el árbitro, es siempre un juicio desde un punto de vista lógico (12). MERINO MERCHÁN defiende también una justicia convencional y señala que «la categoría de juicios privados es científicamente irrefutable» (13).

El propio derecho del Estado reconoce indirectamente, pero con claridad, esto que venimos defendiendo. El artículo 12.2 de la Ley 36/1998, de 5 de diciembre, de arbitraje, dispone que *cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a Derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio*, de donde se desprende que lo que resuelve el arbitraje es una cuestión litigiosa y que ello se hace, o puede hacerse, conforme a Derecho, razón por la cual se exige que la resolución o laudo lo emita un jurista. Todos estos rasgos son también predicables de la función juzgadora de los tribunales, confirmándose su común calidad: los jueces resuelven cuestiones litigiosas, lo hacen conforme a Derecho y son juristas de profesión.

Lo anterior nos muestra, en contra del criterio sustentado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que puede existir una justicia privada, convencional, y que la misma no repugna a la Constitución y al Estado de Derecho. Al margen de las consideraciones de orden práctico que suelen esgrimirse a favor del arbitraje (del tipo de la necesidad de descargar de trabajo a los siempre agobiados tribunales), creemos que la propia naturaleza del Estado de Derecho, basado a la postre en el principio de libertad, quiere que los individuos resuelvan en lo posible autónomamente sus controversias y que sólo cuando el conflicto se haga insuperable por estos medios se impetre la intervención estatal.

(12) Véase, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 60 y sigs.

(13) Véase, «El arbitraje privado y la potestad jurisdiccional del Estado», en AA.VV., *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Ed. Complutense, vol. II, pág. 1069 y sigs.

El principio del que debe partirse es, pues, el de la libertad de los privados. El artículo 5 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, proclamó algo capital para el Estado de Derecho: *todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie podrá ser obligado a hacer lo que ella no ordene*. Hay que ser consciente de que lo que hacen la Ley Hipotecaria y la Ley del arbitraje no es despojar a la jurisdicción estatal de algo que le corresponda naturalmente, sino regular un fenómeno que seguiría siendo lícito aunque dichas leyes no existiesen y salvo prohibición expresa, cosa esta última que no se da en el caso presente. Nada de extraño, por ende, en estas previsiones.

Pero la común naturaleza entre los actos normativos, ejecutivos y jurisdiccionales procedentes de los particulares con los homónimos de los poderes estatales no significa identidad absoluta.

6. DIFERENCIAS ENTRE ACTOS PUBLICOS Y PRIVADOS

a) LA SUPREMACÍA DEL ESTADO

Como decimos, el común denominador de los actos normativos, ejecutivos y jurisdiccionales, se deban al Estado o a los súbditos, no debe hacer olvidar las dos diferencias que median entre ellos. Por un lado, está la diferencia ya advertida de grado, de alcance cuantitativo: todos esos posibles actos de los particulares se someten al poder del Estado y por tanto sólo pueden existir en la medida que no lo impida su legislación.

La capacidad normativa de las organizaciones privadas está subordinada a lo que dispongan las leyes del Estado y no pueden contrariarla ni excederse del ámbito que ésta les ceda. Así, la autonomía contractual está severamente cercenada en ámbitos como el del seguro (Ley de 8 de agosto de 1980, reguladora del contrato de seguro, y Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados); las fundaciones se rigen por la voluntad de su fundador y por sus estatutos (art. 1.2 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general), pero a su vez tal voluntad o tales estatutos son nulos si contradicen dicha ley (art. 9.2 de ídem); las iglesias y confesiones religiosas pueden *establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal*, pero ello no puede significar la vulneración de *los derechos y libertades reconocidos por la Constitución* (art. 6.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa); y otro tanto ocurre con la capacidad normativa interna de los sindicatos (arts. 12 y sigs. de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical).

Los sujetos privados también realizan infinidad de actos de ejecución de las leyes, muchos de ellos en paralelo a los que proceden de la Administración pública (piénsese en las innumerables relaciones juridico-administrativas y en diversos negocios jurídicos privados de carácter bilateral), pero tampoco es raro que actividades materialmente ejecutivas sean concebidas como monopolio de los órganos públicos. Tal sería el caso de la emisión de billetes, prevista como exclusiva del Banco de España por el artículo 15 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España, o la seguridad pública, definida como exclusiva del Estado por el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. **Incidentalmente** no está de más recordar la tendencia creciente a que el sector privado participe en actividades hasta hace poco tenidas como intransferibles de los poderes públicos: ya que se ha citado el tema de la seguridad puede invocarse la admisión de servicios privados de vigilancia y seguridad por la Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada. Otro ejemplo sería el caso de las telecomunicaciones y la televisión, antaño monopolio estatal y hoy compartidas con la iniciativa privada (Leyes 10/1998, de 3 de mayo, de regulación de la televisión privada, y 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones).

También los actos materialmente jurisdiccionales que proceden de los particulares están sometidos al imperio estatal y no pueden darse más que en la medida que lo admita su legislación. Por eso, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, traza límites y requisitos al arbitraje y dispone un sistema de control por los jueces y tribunales (arts. 38-51) para hacerlos efectivos.

Y, en el caso juzgado por la sentencia del Tribunal Supremo, está también garantizada esta subordinación. El procedimiento hipotecario ejecutivo notarial puede ser revisado por los tribunales ordinarios con ocasión de cualquier vicio jurídico que se pueda producir, según previenen los artículos 236.n) y 236.o) del Reglamento Hipotecario. No sólo su origen es voluntario sino que, además, su conclusión es reversible si lesiona cualquier derecho o interés protegido. Lo cual demuestra —como ya se adelantó— que el derecho a la tutela judicial permanece indemne: si se acude al procedimiento ejecutivo notarial es porque libremente así se quiso, no porque se tratase de algo impuesto por una de las partes o por las disposiciones estatales, permaneciendo además franco el acceso a los tribunales para cualquier reclamación que se suscite contra el mismo.

Pero tampoco puede pensarse que el Estado ejerza un señorío absoluto e ilimitado que le permita avocar cualquier actuación legislativa, ejecutiva o jurisdiccional en manos privadas. El mismo artículo 5 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, proclamaba algo que desde entonces se entiende inherente a un sistema de libertades: que *la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad*. Vuelve a repetirse

la presunción de libertad de los particulares que veíamos en el epígrafe anterior y que supone que el Estado sólo puede sustraer una actuación del ámbito privado cuando se considere que lo exige el interés público, esto es, por razones atinentes a la libertad, a la justicia o a la seguridad del mayor número.

La conclusión que se deriva de lo anterior es que el Estado no puede suprimir la justicia convencional o el procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecario más que si se estima que así lo demanda el interés público. Y no parece ser éste el caso: la sentencia comentada no apela a la lesión de algún valor sustantivo, sino a una consideración puramente formal como es la supuesta invasión de un atributo reservado exclusivamente al poder judicial por el artículo 117.3 de la norma suprema. El vicio sería de orden competencial, sin esgrimirse ninguna razón de mérito por la que habría que interpretar este artículo en sentido tan radical y excluyente (14).

b) LA COERCIÓN ESTATAL

Pero hay una segunda diferencia entre la actividad materialmente legislativa, ejecutiva y jurisdiccional de los sujetos privados y la de los poderes públicos. Se trata de un elemento separable, discernible de aquéllas, y con una dimensión cualitativa, en el sentido de significar algo por sí mismo. No consiste en legislar, ni en ejecutar (aplicar) la ley ni en juzgar. Pero puede acompañar a esas actuaciones cuando son públicas, procedentes de órganos del Estado, pero no puede hacerlo, en cambio, si se trata de actuaciones privadas. Nos referimos a la imposición coactiva.

El Estado es el único depositario legítimo del uso de la fuerza y goza de la facultad de imponer sus mandatos legales, sus resoluciones administrativas y sus sentencias y autos judiciales por vía coercitiva, venciendo cualquier resistencia que pueda oponerse. Desde que HOBBS iluminó los fundamentos del Estado hace tres siglos es algo que resulta indubitado (15). Curiosamente, no recordamos ningún precepto legal que recoja expresamente principio tan básico, pero sin duda ello es consecuencia directa del hecho de ser el Estado soberano, lo que nuestra Constitución recoge en el artículo 1.2.

Por el contrario, semejante recurso a la vía de hecho está radicalmente excluida para los particulares: sus normas autónomas, sus actos aplicativos y

(14) Debe recordarse en este punto que el procedimiento ejecutivo judicial de los artículos 130 y 131 de la Ley Hipotecaria, con el que guarda un paralelismo evidente el notarial (sólo desmentido en los aspectos en que el segundo introduce más garantías), ha sido reiteradamente aceptado por el Tribunal Constitucional: Sentencias 41/1981, de 18 de diciembre; 6/1992, de 16 de enero y 217/1993, de 30 de junio.

(15) Así, DE OTTO, en *Estudios...*, cit., pág. 25, reconoce que la ejecución forzosa es monopolio del poder público.

sus actos de justicia convencional necesitan de la intervención pública para imponerse por la fuerza. Reflejo de esta realidad y del monopolio estatal de la coacción se encuentra en la tipificación como delito de la realización arbitraria del propio derecho: según el artículo 435 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) *el que para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses* (16). Sólo en muy contados y justificados casos autoriza el Derecho al recurso privado a la fuerza, como sería la legítima defensa, el estado de necesidad (art. 20 del mismo Código), etcétera.

Este límite está sobradamente observado en el procedimiento extrajudicial hipotecario, razón por la cual no puede afirmarse que vulnere ningún principio constitucional. En efecto, el artículo 236.m) del Reglamento Hipotecario dispone que *el adjudicatario podrá pedir la posesión de los bienes adquiridos al Juez de Primera Instancia del lugar donde radiquen*, de donde se deduce claramente que si no hay entrega espontánea de la finca adjudicada en la subasta notarial, el interesado no tendrá más alternativa que recurrir a la instancia judicial, la cual como órgano estatal es la única para disponer la entrega forzosa. Es ahí donde se muestra el respeto al monopolio jurisdiccional rectamente entendido y a la supremacía del Estado. Razón por la cual no podemos aceptar que el citado procedimiento haya quedado derogado por una supuesta norma constitucional contraria.

c) EL RECTO SENTIDO DEL MONOPOLIO JURISDICCIONAL

Se podría ver en lo anterior una consecuencia negativa para el principio de exclusividad de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de los tribunales, cuyos límites quedarían difuminados ante esta coparticipación de los privados en actos materialmente equiparables. Pero nada de esto acontece si se interpreta principio tan característico del Estado de Derecho en sus justos términos, alejándole del rigorismo que impregna la sentencia comentada.

El recto sentido de esa atribución exclusiva que recoge el artículo 117.3 de la Constitución no es proscribir toda actividad juzgadora y de ejecución de lo juzgado de los particulares, sino establecer un límite definido ante las

(16) Otra muestra se encuentra en el delito de coacciones. A tenor del artículo 172, par. 1, del Código Penal, *el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le competiere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados*. Véase también los artículos 163, 245.2 y 246.

ramas del Estado distintas del judicial, para así dar efectividad al principio de división de poderes, garantía a su vez de un régimen de libertades, como se desprende del artículo 16 de la repetida Declaración de derechos de 1789 (*toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución*). Lo que busca este principio es evitar una vuelta al absolutismo por la vía de la acumulación de funciones tan decisivas y heterogéneas en un mismo órgano estatal. Es, en definitiva, un principio de proyección intraestatal más que extraestatal. En concreto, la reserva jurisdiccional opera básicamente frente a los poderes legislativo y ejecutivo y no frente a los particulares. Paralelamente, el mismo principio de división de poderes exige la reserva del bloque fundamental de la función legislativa al Parlamento y sólo tolera una participación complementaria y subordinada en la misma al poder ejecutivo. Del mismo modo la parte más granada de la función ejecutiva es atributo del Gobierno sin perjuicio de que a veces intervenga el legislativo por la vía del control. Y, como se deduce de esto último y como ya señalamos en el epígrafe 4, ni siquiera frente a los otros poderes estas reservas tienen un valor absoluto que permita hablar de monopolios en sentido estricto.

Que principios como el enunciado en el artículo 117.3 de la Constitución atienden al reparto de las funciones estatales entre sus diversos componentes y no a supuestas exclusiones de los particulares lo demuestra el más conocido teórico de la división de poderes: MONTESQUIEU señalaba que no habría libertad «si la potestad de juzgar no estuviese separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese reunida con la potestad legislativa, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario; si estuviese reunida con la potestad ejecutiva, el juez podría tener la fuerza de un opresor» (17). Lo que le preocupaba era el detrimento de la libertad individual por obra de la concentración de funciones en una misma autoridad. Su postulado separador se enmarcaba, por tanto, en la esfera estatal, muy alejada de cuestiones como las que ahora nos ocupan. En sentido análogo, HAMILTON, en el número 78 de *El Federalista*, tras ensalzar la división de poderes, aducía que «así como la libertad no puede temer nada de un poder judicial separado, tendría en cambio que temer todo de su unión con cualquiera de los otros departamentos» (18). Recientemente lo mismo se reconoce por K. LÖEWENSTEIN (19) y ya, más apegado a nuestra Constitución, por L. M. Díez-PICAZO (20).

(17) Véase, *L'esprit...*, cit., pág. 294.

(18) Cito por *The Federalist papers*, de A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, Bantam Books, pág. 394.

(19) En su conocido opúsculo *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, pág. 295 y sigs.

(20) Véase, *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 43 y sigs.

7. INFRACCION DE RESERVA DE LEY

Un punto de coincidencia con la sentencia de la Sala de lo Civil lo tenemos en su apreciación (fundamento décimo) de que el artículo 129, párrafo 2, de la Ley Hipotecaria representa una vulneración de la reserva legal. Ahora bien, consecuente con sus planteamientos, la sentencia considera que la vulneración se concreta en el olvido de la referencia final del artículo 117.3 de la Ley suprema *a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*. Como la ejecución hipotecaria sería una actividad procesal, debería observarse la reserva legal de las normas procesales.

Parécenos que dicha reserva está concebida para los procesos en sentido estricto, o sea, los que se siguen ante los Tribunales de justicia. Por lo cual no puede alcanzar a un procedimiento extrajudicial como es el ejecutivo notarial. En cambio sí nos parece incumplida la reserva legal que se deriva del artículo 33 (derecho de propiedad) en concordancia con el 53.1, ambos de la Constitución, en la medida que el segundo preceptúa que *sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades* (los reconocidos en el capítulo segundo del título I, entre los cuales el citado). Hay que tener en cuenta que el procedimiento hipotecario determina una transmisión del dominio a favor del rematante o adjudicatario y que la escritura que así lo recoge es título bastante para la correspondiente inscripción registral (arts. 234 y 236.1 del Reglamento Hipotecario), lo que demuestra que la regulación que así lo disciplina incide en el derecho de propiedad. En definitiva, lo que hace el artículo 129, párrafo 2, de la Ley Hipotecaria al remitirse en bloque al reglamento es una deslegalización, al menos parcial, improcedente a la luz de aquellos mandatos constitucionales, remisión tanto más sorprendente si se la compara con la regulación que de por sí incorporan los artículos 130 y 131 para el paralelo procedimiento seguido ante los jueces. El contenido del Reglamento Hipotecario (arts. 234 a 236) no suscita reparos de inconstitucionalidad, salvo el advertido de su insuficiencia de rango. Esto debería subsanarse.

8. UNA SALIDA PARA EL PROBLEMA

Es dudoso si el fallo criticado, habida cuenta de su carácter único en el momento de escribir este comentario, causa jurisprudencia de tal modo que los restantes tribunales y, en general, los destinatarios de esa legislación deban entenderla derogada. La inseguridad aumenta si se tiene en cuenta las resoluciones de signo opuesto del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, a las que ya se ha hecho referencia.

De lo anterior, y vista su repercusión social, que sea urgente una clarificación en la materia. Como el único vicio que reconocemos en dicha normativa es el formal de insuficiencia de rango, nos atrevemos a postular su inmediata transformación en ley o norma con rango de ley. Esto es, lo que disciplinan buena parte de los artículos 234 a 236.o) del Reglamento Hipotecario debe formar parte de la propia Ley Hipotecaria o de una ley independiente, a cuyo efecto podría remitirse a las Cortes un proyecto de ley a tramitar, si las circunstancias lo exigen, por el procedimiento de urgencia o, incluso, aprobarse mediante Decreto-ley. Dicho texto debería normar el núcleo del procedimiento extrajudicial, que aproximadamente abarcaría los mismos aspectos que recogen los artículos 130 y 131 de la Ley Hipotecaria para el procedimiento judicial, pudiendo abandonar el resto a la disciplina reglamentaria, también en consonancia con lo efectuado para este último.

Con ello se subsanaría el único defecto comprobado y se introduciría un elemento de seguridad al menos temporal. Pero no sólo esto, sino que se alumbraría una norma que no podría ser enjuiciada por un tribunal ordinario por mor de su condición postconstitucional, a diferencia de lo que ocurre con la actual Ley Hipotecaria, y que sólo admitiría su revisión por el máximo intérprete constitucional, evitándose así discrepancias tan turbadoras como las aludidas. El Tribunal Constitucional, a través de los cauces oportunos, podría dirimir de una vez por todas si la ejecución hipotecaria extrajudicial se acomoda a las exigencias constitucionales.

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ
Letrado de las Cortes Generales
y Profesor Titular de Derecho Constitucional