

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**1035** *Resolución de 26 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles II de Santa Cruz de Tenerife, por la que se deniega la inscripción de determinados pactos de una hipoteca naval.*

En el recurso interpuesto por don C. L. T., abogado, actuando en representación de «Ing Bank N.V., London Branch», y por don A. N. C. B., en representación de «Naviera Teekay Gas IV, S.L.», contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles II de Santa Cruz de Tenerife, doña Ana Margarita López Rubio, por la que deniega la inscripción de determinados pactos de una hipoteca naval.

#### Hechos

I

Por el notario de Madrid, don Joaquín Martín Rovira Perea, se interviene en fecha 24 de julio de 2018 póliza en virtud de la que la compañía «Naviera Teekay Gas IV, S.L.», constituye hipoteca naval sobre determinado buque denominado «Madrid Spirit» en garantía de un préstamo y a favor de la compañía «Ing Bank N.V., London Branch», que actúa como agente, y de las compañías «BNP Paribas», «Credit Agricole Corporate and Investment Bank» y «J.P. Morgan Securities PLC».

Entre otras cláusulas que no son de interés para la presente, la póliza comprende las siguientes:

#### «5.4 Venta extrajudicial notarial

5.4.1 Podrán igualmente las Partes Garantizadas, a través del Agente, exigir la venta extrajudicial del Buque, conforme al artículo 1.858 del Código Civil y artículos 129.II de la Ley Hipotecaria y artículos 234 a 246 del Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1047 (tal y como el mismo haya sido modificado en cada momento) («el Reglamento Hipotecario»), sin que el ejercicio de esta vía suponga la renuncia al ejercicio de las otras vías de ejecución contempladas en esta cláusula 5.

5.4.2 A los efectos de la venta extrajudicial del Buque, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 234.1.3.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario, el Hipotecante apodera expresamente al Agente para que, en nombre y representación del Hipotecante pueda otorgar la escritura pública de venta del Buque, conforme a lo previsto en la cláusula 7 del presente Contrato.

5.4.3 Corresponderá al Notario encargado de la subasta acordar, a petición del Agente, las medidas de publicidad de la misma que entienda razonables, siendo en todo caso los gastos que se deriven de ello incluidos en la liquidación de costas a cargo del Hipotecante».

#### «5.5 Venta extrajudicial por las Partes Garantizadas: pacto marciano.

5.5.1 Sin perjuicio de lo anterior, la ejecución de la Hipoteca podrá llevarse a cabo, a instancia de las Partes Garantizadas, a través del Agente, mediante (i) la adjudicación del Buque al Agente por precio referido en el párrafo siguiente; o (ii) la venta del Buque a terceros. A efectos de su venta a terceros, las partes acuerdan que el Agente está facultado para promover la transmisión del Buque por un precio objetivo que será, al

menos, el precio determinado conforme se dispone en el párrafo siguiente. El Hipotecante se obliga, en caso de ser requerido por el Agente, a transmitir la titularidad del Buque a favor del Agente, o de un tercero designado por el Agente, y a adoptar aquellas medidas necesarias para enajenar o transmitir el Buque.

5.5.2 El valor del Buque a los efectos de la ejecución de la Hipoteca según se dispone en el párrafo anterior será su valor de mercado al momento de su transmisión. El valor de mercado será determinado por una firma de corredores marítimos o «marine brokers» que será independiente, de prestigio e internacionalmente reconocida (el Bróker). Para proceder a su designación, el Agente remitirá al Hipotecante una lista de al menos cuatro (4) firmas o entidades que cumplan con los requisitos anteriormente mencionados, con el fin de que el Hipotecante, en el plazo de tres (3) días hábiles, a contar desde la fecha de recepción de la lista, seleccione dos (2) Brókeres. En el caso de que el Hipotecante no seleccionara ninguno dentro de dicho plazo, será el Agente quien seleccione dos (2) Brókeres y se lo notificará inmediatamente al Hipotecante.

5.5.3 Los Brókers determinarán el valor de mercado del Buque y el valor final de mercado será la media entre el valor de mercado establecido por cada Bróker. Cualesquiera costes que se deriven de la determinación del valor de mercado del Buque por los Brókers serán íntegramente asumidos por el Hipotecante. Asimismo, los Brókers no asumirán responsabilidad alguna por la valoración que realicen del Buque, salvo aquélla que se derive del dolo o negligencia grave. El Hipotecante se compromete a facilitar a los Brókers toda aquella información financiera, comercial, jurídica o técnica que éstos soliciten y que sea conveniente o necesaria, a criterio de los Brókers, para determinar el valor de mercado del Buque.

5.5.4 De conformidad con lo dispuesto en los párrafos anteriores, el Agente empleará el importe obtenido por la venta del Buque, una vez deducidos todos los gastos derivados del procedimiento de venta, de acuerdo con lo previsto en el contrato de Préstamo1».

## II

Presentada la referida documentación, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de Bienes Muebles de Santa Cruz de Tenerife

Nota de Despacho

Hechos

Entrada: 20180014209 Diario: 20 Folio: 2079 Asiento: 20180012262 Fecha: 24/07/2018 14:31:34

Fecha/lugar doc: 24/07/2018, Madrid N.º documento: Póliza 116

Aut/Not (s): Joaquín-Martín Rovira Perea

Clase de acto: hipoteca naval

Presentante: M. C. S. R.

Bien: Buque. Nombre Madrid Spirit NIB 258428 OMI 9239276 Matrícula Marítima provincia Tenerife distrito Santa Cruz de Tenerife lista LE Folio inscripción 7 Año de inscripción 2004 Motor: sin determinar, marca Kawasaki, modelo UA 400.

Intervinientes: Naviera Teekay Gas IV51 hipotecante

ING Bank N.V. London Branch acreedor

BNP Paribas acreedor

JP Morgan Securities P.L.C. acreedor

Credit Agricole Corporate and Investment Bank acreedor

El Registrador que de Bienes Muebles que suscribe, previo examen y calificación del documento de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, 18 del Código de Comercio y 6 del reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto practicar la inscripción solicitada, al:

Folio 13

Número de bien 20095001874

Descripción de bien Buque, Nombre Madrid Spirit NIB 258428 OMI 9239276 Matrícula Marítima provincia Tenerife distrito Santa Cruz de Tenerife lista LE Folio inscripción 7 Año de inscripción 2004 Motor: sin determinar, marca Kawasaki, modelo UA 400.

Se deniegan los pactos contenidos en los apartados 5.4 y 5.5 del precedente documento (venta extrajudicial notarial y venta extrajudicial por las partes garantizadas) por carecer de cobertura legal de acuerdo con el artículo 141 de la Ley de Navegación Marítima y su remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Capítulo V del Título IV del libro tercero.–

Contra la presente calificación (...)

Firmado con firma digital reconocida en Santa Cruz de Tenerife el diez de agosto de dos mil dieciocho por Ana Margarita López Rubio. Registradora de Bienes Muebles de Santa Cruz de Tenerife».

### III

Contra la anterior nota de calificación, don C. L. T., abogado, actuando en representación de «Ing Bank N.V., London Branch», y por don A. N. C. B., en representación de «Naviera Teekay Gas IV, S.L.», interponen recurso en virtud de escrito de fecha 21 de septiembre de 2018 en el que, resumidamente, exponen:

Primero. Que del artículo 141 de la Ley de Navegación Marítima no se deduce que la venta del buque hipotecado mediante venta ante notario carezca de cobertura legal por referirse al muy concreto supuesto de ejercicio de la acción hipotecaria por vía judicial. Que el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria no regula el ejercicio de ninguna acción sino el ejercicio por parte del acreedor del ius distrahendi que le corresponde por medio de una autoridad pública como es el notario.

Segundo. Que con anterioridad a la Ley de Navegación Marítima la hipoteca naval se regulaba por la Ley de Hipoteca naval de 1893, por la Ley Hipotecaria y por el Reglamento del Registro Mercantil de 1956. Que la Ley de 1893 lógicamente no hacía mención alguna del ejercicio extrajudicial de la hipoteca por no introducirse esta posibilidad hasta el Reglamento Hipotecario de 1915 pese a lo que era admisible su ejercicio. Que en base a la regulación del artículo 165 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de octubre de 1990 afirmó la viabilidad de la venta extrajudicial. Que así lo entiende la doctrina más autorizada.

Tercero. Que la regulación que contiene de la hipoteca naval no supone una regulación autónoma y completa debiendo completarse el marco normativo con el Convenio Internacional sobre privilegios marítimos y la hipoteca naval hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993, así como con la Ley Hipotecaria a la que se remite la Ley de Navegación Marítima. Que la remisión del artículo 144 de esta última debe entenderse a la Ley Hipotecaria y a sus normas de desarrollo como el Reglamento Hipotecario tal y como lo entiende la doctrina. Que la técnica de remisión es acorde con la utilizada por la Ley de Navegación Marítima de no duplicar el contenido de otras normas y que, como ha señalado la doctrina, se justifica en el carácter no conflictivo de la utilización de la venta extrajudicial. Que la omisión de toda referencia a la venta extrajudicial no puede entenderse como una prohibición. Que la referencia que hace el artículo 165 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 a la Ley de Hipoteca Naval ha de entenderse hoy a la Ley de Navegación Marítima.

Cuarto. Que en relación con el pacto marciano, la tradicional prohibición del pacto comisorio de nuestro ordenamiento jurídico ha sufrido una flexibilización como demuestra el Real Decreto Ley 5/2005, en relación con las garantías financieras y el Convenio de Ciudad del Cabo en materia de garantías aeronavales que se encuentra ratificado por España. Que la Dirección General de los Registros y del Notariado (con cita), ha fundamentado la existencia de la prohibición del pacto comisorio en la posibilidad de abuso por parte del acreedor. Que no existe tal posibilidad en la regulación

denegada al existir justa estimación tal y como acepta la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 307/2014. Que así ocurre en la cláusula denegada en la que se prevé que la valoración se lleve a cabo por una firma independiente de corredores marítimos y que el valor obtenido se aplique a la satisfacción de la deuda con entrega al dueño del remanente, en su caso. Que el pacto marciano encuentra su fundamento legal en el principio de autonomía de la voluntad sin que las normas limitativas o prohibitivas puedan ser objeto de interpretación extensiva como ha reiterado la propia Dirección General.

#### IV

La registradora emitió informe el día 19 de octubre de 2018, ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que notificado el notario que intervino la póliza de comercio, remitió informe fechado el día 11 de octubre de 2018.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 348, 1857, 1858, 1872, 1876, 1880 y 1884 del Código Civil; 1, 12, 18, 40, 82, 104, 129, 130, 132 y 326 de la Ley Hipotecaria; 1, 14, 25, 28, 42 y 43 de la Ley de 21 de agosto de 1893 sobre hipoteca naval; 127, 132, 133, 141 y 144 de la Ley 14/2014, de 24 julio, de Navegación Marítima; 86, 87 y 88 de la Ley de Hipoteca de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión; 82 y 168 de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, Ley General Tributaria; el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001; el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (especialmente, artículos sexto, undécimo, duodécimo y decimotercero); los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario; 66 y 74 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1902, 10 de junio de 1995, 26 de febrero de 2001, 30 de diciembre de 2002, 2 y 17 de febrero de 2006, 2 de julio de 2007, 21 de enero de 2008 y 20 de abril de 2009; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 1893, 12 de julio y 21 de octubre de 1901, 5 de diciembre de 1903, 19 de febrero y 28 de mayo de 1904, 19 de septiembre de 1906, 9 de junio de 1910, 27 de febrero de 1912, 12 de noviembre de 1913, 2 de junio de 1914, 3 de julio de 1920, 1 de julio de 1930, 24 de marzo de 1986, 11 de febrero, 5 de septiembre y 29 de diciembre de 1998, 26 de febrero de 2000, 28 de mayo de 2001, 13 de febrero de 2004, 19 de julio y 1 y 20 de octubre de 2010, 23 de julio de 2011, 30 de enero, 27 de febrero, 5 de marzo, 13 de abril y 13 de septiembre de 2012, 10, 13 y 17 de enero de 2013 y 18 de mayo de 2017; y, en relación con el pacto comisorio, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1982, 20 de mayo de 1986, 18 de febrero, 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de mayo de 1998, 15 de junio de 1999, 26 de abril de 2001, 10 de marzo de 2004, 5 de junio de 2008 y 21 de febrero de 2017, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 de junio de 1991, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999, 13 de marzo de 2000, 10 de enero de 2001, 19 de febrero de 2002, 20 de noviembre de 2006, 24 de septiembre de 2007, 26 de noviembre de 2008, 20 de julio, 20 de septiembre y 21 de octubre de 2012 y 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013.

1. Presentada póliza por la que se constituye hipoteca naval en garantía de un préstamo, la registradora de bienes muebles procede a la inscripción en el libro correspondiente denegando los pactos relativos a la venta extrajudicial ante notario y el del denominado pacto marciano, transcritos en los «Hechos» de la presente Resolución.

La registradora fundamenta su negativa en que, a su entender, carecen de cobertura legal de conformidad con el artículo 141 de la Ley 14/2014, de 24 julio, de Navegación Marítima. Recurren el deudor hipotecante y el acreedor que actúa como agente mediante un único escrito de recurso.

Para dar una respuesta jurídicamente adecuada al problema que plantea este expediente es preciso hacer referencia a la naturaleza del pacto de venta extrajudicial y al impacto que haya podido tener la entrada en vigor de la Ley de Navegación Marítima respecto de las hipotecas constituidas de acuerdo con la legislación anterior y, en general, la posibilidad de venta extrajudicial para las constituidas a partir de su entrada en vigor.

2. Por lo que se refiere a la primera cuestión, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca. La atribución del «ius vendendi» al acreedor no es un elemento añadido o circunstancial sino que integra el contenido esencial de su derecho (Resolución de 13 de abril de 2012).

Esta misma doctrina, amparada sólidamente en el derecho positivo, pone de manifiesto que el ejercicio de esa facultad consustancial del derecho del acreedor no puede ser llevada a cabo por su titular de forma unilateral, dada la proscripción en nuestro derecho del pacto comisorio (artículos 1858 y 1884 del Código Civil), por lo que es preciso que su ejercicio se acomode a los procedimientos legalmente preestablecidos, ya sean judiciales o extrajudiciales. Sólo de este modo la actuación del acreedor en ejercicio de su derecho recibe el amparo del ordenamiento jurídico y obtiene el reconocimiento de las consecuencias de él derivadas.

3. La realización del valor del bien hipotecado para su conversión en dinero está sujeta así a estrictos controles de legalidad que tienen como finalidad equilibrar los distintos intereses en juego: los propios del acreedor pero también los del deudor incumplidor, los del propietario de la cosa hipotecada y aquéllos de los eventuales terceros que acrediten derechos sobre el bien. Tan compleja trama de intereses ha sido objeto históricamente de una cuidadosa regulación a fin de que el ejercicio ponderado de las facultades inherentes al derecho real de hipoteca favorezca el crédito territorial mediante la utilización de los bienes inmuebles como respaldo de la actividad económica.

En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede ejercer el «ius distrahendi» inherente a su derecho mediante el ejercicio de la acción directa o de la ordinaria previstas en la norma ritual sujetas al control de jueces y tribunales. De este modo se hace efectiva la responsabilidad del deudor sobre el bien objeto de garantía desembocando en su enajenación forzosa por la vía de apremio.

Junto al ejercicio en el ámbito judicial del «ius distrahendi», nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de su ejercicio extrajudicial cuyo fundamento no es ya el ejercicio coercitivo por el ordenamiento de la responsabilidad del deudor, sino el previo consentimiento que éste presta para que se venda la finca y se realice su valor en caso de incumplimiento. Para garantizar en este ámbito que se respete el equilibrio de intereses a que se ha hecho referencia el ordenamiento exige que el ejercicio extrajudicial se lleve a cabo bajo el control y dirección de un funcionario público, el notario, cuya actuación está fuertemente regulada. Es cierto que el ejercicio extrajudicial ha planteado a nuestras más altas instancias severas dudas de adecuación al orden constitucional (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2009), pero no lo es menos que dichas dudas vienen referidas a la regulación anterior a la promulgación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que han quedado disipadas por el amparo legal que la misma le confirió al modificar el contenido del artículo 129 de la Ley Hipotecaria que, tras diversas reformas, establece hoy lo siguiente: «1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse: a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V. b) O

mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada».

Como ha afirmado esta Dirección General (vid. Resoluciones de 28 de mayo de 2001, 13 de febrero de 2004 y 29 de diciembre de 2005) la habilitación legal para el ejercicio extrajudicial del valor en cambio de un bien es plenamente conforme con nuestra tradición histórica, lo que justifica, como se pone de relieve por extenso en las Resoluciones citadas, que esté ampliamente reconocido en numerosos preceptos de nuestro ordenamiento y no sólo en relación con derechos de garantía.

4. Por lo que se refiere a la hipoteca naval o hipoteca de buque, la posibilidad de llevar a cabo de forma extrajudicial la realización de su valor (artículo 28 de la Ley de hipoteca naval de 21 de agosto de 1893), no ha sido objeto de cuestión a pesar de que su regulación no contemplaba dicha posibilidad. El artículo 42 de la Ley de hipoteca naval (derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil), establecía lo siguiente: «Requerido el deudor en cualquiera de las formas marcadas en el artículo anterior, si no satisficiera íntegramente su deuda en el término de tercer día, el acreedor podrá reclamar del Juez competente el pago de las cantidades adeudadas y el embargo de la nave o naves hipotecadas».

Y el siguiente artículo 43 (igualmente derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), establecía: «Cerciorado el Juez de la legalidad de la deuda por la presentación del documento en que se contrajo el préstamo, siempre que apareciese inscrito en el Registro, y de la falta de pago por la presentación del acta de requerimiento, acordará el embargo y mandará se proceda a la venta del buque o buques hipotecados, por los trámites establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil para la vía de apremio (...)».

La ausencia en el texto legal de cualquier referencia a la opción de llevar a cabo extrajudicialmente la realización del valor del buque hipotecado se explica porque ni siquiera en el ámbito hipotecario (siendo la Ley Hipotecaria anterior en el tiempo), existía un reconocimiento a dicha posibilidad. No fue hasta el Reglamento Hipotecario de 1915 cuando el pacto de venta extrajudicial obtuvo un reconocimiento reglamentario, a pesar de que con anterioridad ya era una práctica habitual su inclusión en las escrituras de hipoteca.

Pese a ello, y al modo de las hipotecas inmobiliarias, el pacto de venta extrajudicial en el ámbito de la hipoteca naval no ha suscitado problemas de aceptación como prueba el mismo supuesto de hecho que da lugar a la presente, en el que consta inscrito en el registro particular del buque pese a que la escritura pública y su inscripción en el Registro de Bienes Muebles se llevaron a cabo bajo la vigencia de la Ley de Hipoteca Naval de 1893.

Es cierto que el artículo 1 de la Ley de 1893 acudía a la ficción de afirmar que a los efectos de la propia Ley «(...) se considerarán tales buques como bienes inmuebles, entendiéndose modificado en este sentido el artículo 585 del vigente Código de Comercio», lo que justificaría la aplicación de la normativa relativa a la hipoteca inmobiliaria. Ahora bien, la Ley de hipoteca naval carecía de remisión alguna a la Ley Hipotecaria de 1861 dada su vocación de comprender una regulación global de la hipoteca de buque.

En resumen, pese a que la Ley de hipoteca naval de 1893 no contemplaba más ejecución que la judicial, sin remisión alguna a la legislación de hipoteca inmobiliaria, el pacto de venta extrajudicial se aceptó sin problemas (aún antes de su expreso reconocimiento en el Reglamento del Registro Mercantil de 1956), inscribiéndose en el folio correspondiente.

Curiosamente, la situación actual es la inversa, pues tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 julio, de Navegación Marítima, el buque tiene el carácter de bien mueble (artículo 60.1), y la regulación de la hipoteca naval contempla expresamente como derecho supletorio la Ley Hipotecaria al carecer de una regulación completa sobre aquella (artículo 144).

5. Llegados a este punto es preciso dar respuesta a la cuestión nuclear de la presente que consiste en determinar cuál ha de ser la relevancia del hecho de que la regulación actual de la Ley de Navegación Marítima no haga referencia alguna a la posibilidad de que la realización del valor del bien hipotecado se lleve a cabo de forma extrajudicial.

Dispone así el artículo 141 de la ley: «La acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por hipoteca naval, así como todo lo relativo al procedimiento a seguir y a la competencia para conocer del mismo, se sujetará a lo dispuesto en el capítulo V del título IV del libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo las especialidades establecidas en la presente ley», capítulo que se refiere a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados.

No cabe entender que el artículo transcrito contiene un mandato excluyente de reclamación procesal exclusiva por la vía de apremio pues nada obsta a que la acción ejercitada sea la ordinaria, igualmente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tampoco puede afirmarse que se pretenda imponer un monopolio de ejecución judicial de la garantía hipotecaria sobre el buque, pues si la hipoteca está constituida en garantía de una deuda tributaria, el procedimiento de realización será el previsto en la legislación administrativa. Así resulta de los artículos 82 y 168 de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, Ley General Tributaria, que se refieren tanto a la constitución de garantías hipotecarias sobre cualquier clase de bienes en garantía de deudas de dicha naturaleza como a su ejecución por los trámites del procedimiento de apremio administrativo y de acuerdo con las normas administrativas de competencia. En el mismo sentido, los artículos 66 y 74 de su reglamento de ejecución.

La cuestión se centra así en determinar si el artículo 141 de la Ley de Navegación Marítima, que no contiene un mandato de exclusividad de acción procesal ni de jurisdicción, puede interpretarse en el sentido de que excluye la venta extrajudicial ante notario.

La respuesta sólo puede ser negativa, pues como resulta de las consideraciones anteriores no contiene un mandato de limitación procesal sino de simple remisión, por lo demás perfectamente innecesaria (artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), a las normas del procedimiento de apremio para el caso de ejecución judicial por esta vía.

Aun así es preciso justificar cuál es el fundamento legal para que el pacto de venta extrajudicial pueda dar lugar a la realización del valor del buque hipotecado.

6. De forma reiterada este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 28 de mayo de 2001, 24 de marzo de 2003 y 29 de diciembre de 2005), ha afirmado que, establecido que el monopolio de las actividades de ejecución se circunscribe a lo juzgado por los propios órganos jurisdiccionales (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1995), es «(...) admisible no sólo la existencia de apremios administrativos, sino también la posibilidad de que el acreedor tenga derecho a enajenar un bien específico del deudor (ius distrahendi) porque lo permita una norma legal (v.gr., artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas, sobre enajenación de acciones por cuenta y riesgo del socio que se halle en mora en la obligación de desembolso de dividendos pasivos) o en virtud de un negocio jurídico, como los constitutivos de prenda o hipoteca (cfr., para la primera el artículo 1872 del Código Civil -que ni siquiera exige para la enajenación de la prenda «por ante Notario» que se haya pactado expresamente- y, para la segunda, el artículo 129, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria de 1946, sin que la omisión de esta posibilidad en el Código Civil pueda interpretarse como una muestra de la voluntad del legislador de admitir el procedimiento sólo para la prenda y no para la hipoteca, sino más bien como una consecuencia de la autonomía de la legislación hipotecaria con remisión a ella por parte del artículo 1880 del Código). La enajenación forzosa constituye un mero desenvolvimiento de la eficacia de la hipoteca, de suerte que, «in nuce», tal enajenación está en el mismo acto de constitución de la hipoteca (cfr. artículo 1858 del Código Civil y Resolución de 8 de noviembre de 1990). Habida cuenta de la elasticidad y carácter abstracto del dominio, cabe constituir un derecho real, como el de hipoteca, que confiere a su titular el «ius disponendi» sobre una cosa ajena, la perteneciente al deudor, sobre la

que se constituye la garantía, para el caso de incumplimiento de la obligación asegurada. Como expresa la Exposición de Motivos del Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, «la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado -el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada- que puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado». Lo que ocurre es que, conforme a la interdicción del comiso contenida en el artículo 1859 del Código Civil (que, por cierto, carecería de sentido si sólo se admitiera la ejecución judicial y no la manifestación de autotutela privada que ahora se cuestiona), no se trata de una enajenación que pueda realizar por sí solo el acreedor, en las condiciones libremente fijadas por él, sino una enajenación que ha de pasar por el tamiz de la dirección y del control de legalidad que realiza el Notario (cfr. artículo 236.2 del Reglamento Hipotecario: «La enajenación del bien hipotecado se formalizará en escritura pública, después de haberse consignado en acta notarial el cumplimiento de los trámites y diligencias previstos en los artículos siguientes»). Así, el título de adquisición del adjudicatario en dicho procedimiento queda integrado por la escritura de constitución de hipoteca, inscrita, y por la escritura de enajenación en ejercicio del «ius distrahendi», ya que una vez autorizadas ambas, el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes al constituir la hipoteca produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente».

Ahondando en la argumentación anterior, las Resoluciones de esta Dirección General de 10 y 17 de enero de 2013 afirman que, al igual que el «ius distrahendi» es consustancial al derecho del acreedor también lo es la facultad de ejercitarlo frente a cualquiera, «erga omnes», como ha reiterado la doctrina de nuestro Tribunal Supremo al interpretar los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1876 del Código Civil. La fuerza ofensiva del derecho de hipoteca es consustancial al mismo y no depende del modo concreto en cómo se ejercite siempre que, como ha quedado dicho, sea por uno de los cauces legalmente previstos. Desde esta perspectiva el pacto de venta extrajudicial no añade ni quita nada al derecho real de hipoteca como nada le quita o añade el pacto relativo a la tasación del bien o al domicilio para notificaciones a efectos de ejercitar la acción directa. En ambos casos lo único que se hace es posibilitar el ejercicio del derecho real por un cauce y por unos trámites predeterminados legalmente.

La inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de hipoteca le dota de pleno reconocimiento legal y provoca que, desde ese momento y salvo señaladísimas excepciones, sean irrelevantes para el acreedor las vicisitudes por las que pueda pasar la finca hipotecada. Si a la inscripción se añaden pactos relativos a su ejercicio, como el de venta extrajudicial, en nada queda alterada la eficacia del derecho inscrito; bien al contrario, se refuerza al poner en conocimiento de terceros que existe la posibilidad de que el derecho se ejercite en esa forma concreta y en su perjuicio. La validez del pacto y su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad fueron puestos de manifiesto desde muy pronto por esta Dirección General (vid. Resoluciones en el apartado «Vistos»), así como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. Sentencia de 21 de octubre de 1902).

Determinado así que el pacto de venta extrajudicial no atenta contra el principio de monopolio jurisdiccional de jueces y tribunales, que se trata de un pacto lícito que coadyuva al desenvolvimiento del derecho que ya ostenta el acreedor y que se trata de un pacto que hunde su origen en la tradición jurídica de nuestro ordenamiento, no existe argumento que permita excluirlo del contenido de la hipoteca naval como no existió en su momento cuando, sin estar contemplado legalmente por la Ley de 1893, constituía una cláusula frecuente, si no de estilo, accediendo a los libros del registro.

No existe pues causa jurídica que justifique su exclusión del contrato de hipoteca naval. Dispone así el artículo 132.1.h) de la Ley de Navegación Marítima: «1. En todo contrato en que se constituya hipoteca naval se hará constar: (...) h) Las demás estipulaciones que establezcan los contratantes sobre intereses, seguros, vencimiento anticipado y extensión y cualesquiera otras que tengan por conveniente», entre las que se puede encontrar el pacto de referencia

Y resultando un pacto lícito que desenvuelve el efecto del derecho de hipoteca, es preciso que resulte de la inscripción en el Registro de la Propiedad para su completa

eficacia. Dispone así el artículo 133 de la Ley de Navegación Marítima: «En la inscripción de la hipoteca se harán constar las circunstancias expresadas en el artículo anterior que tengan trascendencia real, así como las demás exigidas por la legislación hipotecaria».

7. Llegamos al último de los aspectos por considerar, pues no basta con que el pacto de venta extrajudicial sea lícito e inscribible. Como ha quedado expuesto, es preciso que la venta extrajudicial disponga de la preceptiva cobertura legal, pues la protección de las partes y de terceros exige que el control que ejerza el notario lo realice en los términos previstos legal y reglamentariamente.

Es el artículo 144 de la Ley de Navegación Marítima el que ofrece la oportuna cobertura legal al establecer: «Derecho supletorio. En todo lo no previsto en el presente capítulo será de aplicación lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

La Ley de Navegación Marítima pretende una regulación global del derecho marítimo español contemplando «(...) todos sus aspectos», como afirma su Preámbulo. Ahora bien, en materia de hipoteca naval, y a diferencia de la regulación de 1893, no pretende ser exhaustiva como resulta de la simple lectura del texto limitándose a regular sus aspectos más específicos con remisión en todo lo demás a la Ley Hipotecaria, norma de referencia en la materia de nuestro ordenamiento jurídico.

El carácter supletorio, en todo lo no específicamente regulado en la Ley de Navegación Marítima, implica un llamamiento a la total Ley Hipotecaria sin más exclusión que aquello específicamente previsto en la Ley especial o que resulte incompatible por razón de su objeto.

Como resulta de las consideraciones anteriores, el pacto de venta extrajudicial ante notario regulado en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria no resulta incompatible con la regulación de la hipoteca naval ni existe causa jurídica alguna que justifique su exclusión del llamamiento genérico que el artículo 144 de la Ley de Navegación Marítima hace al contenido de aquélla. Consecuentemente, no sólo persiste la posibilidad de llevar a cabo la realización del valor del buque por esta vía en relación con las hipotecas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Navegación Marítima, sino que no existe motivo alguno para excluirlo de la negociación en las que se constituyan con posterioridad y para proceder a su debida inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

En uno y otro caso el acreedor puede hacer valer el pacto de realización y el notario podrá ejercer su competencia de acuerdo con las previsiones de la Ley Hipotecaria y su Reglamento sin perjuicio de llevar a cabo las adaptaciones precisas por razón del objeto y de las especialidades legales que pudieran ser de aplicación.

Procede la estimación del motivo de recurso.

8. Cuestión distinta es la relativa a la admisibilidad e inscribibilidad del denominado pacto marciano o pacto en virtud del que el acreedor hace suya la cosa hipotecada o la cede a un tercero en función del valor que se le atribuye.

Esta Dirección General ha recordado en numerosas ocasiones (vid. «Vistos»), que el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil). En efecto, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 8 de abril de 1991 (expresamente invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia de 5 de junio de 2008), «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo». El Tribunal Supremo -Sala Primera- ha declarado reiteradamente (vid. entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008), que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquéllos, al tratarse de

preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.

También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos. En este sentido, la Resolución de 18 de octubre de 1994 aplica la prohibición en un supuesto de venta con pacto de retro en que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor, por entender que se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía de un crédito preexistente. En el mismo sentido, las Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2008 concluyeron que la opción de compra examinada se concedía en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de ésta), entendiendo que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

Como se afirmó en las Resoluciones de 21 y 22 de febrero y 5 de septiembre de 2013, comúnmente se considera que la prohibición de pacto comisorio «tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos. En primer lugar se destaca que su ratio descansa en el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. También se ha fundamentado la prohibición en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su «ius distraendi», protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. Asimismo, el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del «ius distraendi», en que está prevista la suerte de los mismos».

Doctrinalmente se ha propugnado la admisibilidad del pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. En apoyo de esta tesis se cita el denominado pacto marciano recogido en el Digesto (20,1,16,9 «Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla (Marcian, ad form, hypoth)»).

Debe tenerse en cuenta que en la misma venta extrajudicial del bien hipotecado a que se ha hecho referencia en los anteriores fundamentos de derecho de la presente Resolución se trata de atribuir al acreedor hipotecario, mediante el acuerdo de constitución de la hipoteca, el «ius distraendi», siempre con ciertas medidas que garanticen que la realización del bien se produzca en condiciones que no perjudiquen, objetivamente, al deudor: con una previa tasación (la cual, eso sí, ha sido previamente aceptada como correcta por ambas partes en la escritura de préstamo hipotecario que la incorpora), y con la limitación de que la ejecución deba, según los casos, realizarse por un porcentaje mínimo de ese valor de tasación.

Por otra parte, es indudable que los sistemas ordinarios de ejecución de las garantías presentan cierta ineficiencia, por el tiempo y los costes del procedimiento y por la baja calidad que con frecuencia presentan las ofertas (como acredita el hecho de que la Ley, en muchos casos, se tenga que preocupar de garantizar al deudor la obtención de un valor mínimo, llegando a conformarse con el 60% o el 70% de esa tasación objetiva). Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico se van abriendo nuevas vías de ejecución de las garantías o realización de los bienes objeto de éstas que resulten más eficientes.

A la hora de valorar esas nuevas formas de realización de los bienes sobre los que se constituye la garantía, cabe citar, por ejemplo, el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Instrumento de Adhesión de España al mismo, publicado en el «Boletín Oficial del Estado del 4 de octubre de 2013»), que permite que en las garantías internacionales que constituyen su objeto el acreedor garantizado pueda recurrir, si así se ha previsto, a tomar la posesión o el control de cualquier objeto gravado en su beneficio, o a vender o arrendar dicho objeto. Ello se deberá hacer, según el artículo 8 del mismo, «de una forma comercialmente razonable». De este modo, la posibilidad del pacto comisorio ha quedado incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, para garantías internacionales, con el requisito de que la apropiación o realización de la garantía se produzcan «de una forma comercialmente razonable».

El Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, admite la constitución de garantías sobre dinero, valores negociables o derechos de crédito mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho dado en garantía o mediante una pignoración del mismo en la que se conceda al beneficiario de la garantía un derecho de apropiación o de disposición del objeto de aquélla, para compensar su valor o aplicar su importe al cumplimiento de las obligaciones financieras principales. Para poder hacerlo, bastará que tanto las valoraciones de las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta, en particular en cuanto a las primeras mediante el ajuste al valor actual de mercado de esos valores negociables aportados como garantías. Ello indica que la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si esa valoración objetiva se ha producido.

El Tribunal Supremo ha admitido en la ejecución de la prenda la aplicación de la compensación por parte de la entidad acreedora si es la depositaria del importe de que se trate, toda vez que, al referirse a valores dinerarios no hay riesgo de abuso para el deudor (cfr. Sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1997 y 10 de marzo de 2004). Y en Sentencia de 24 de junio de 2010, afirmó que son dos los presupuestos que caracterizan la aplicación de la figura del pacto comisorio: «En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor». En la misma línea, la Sentencia de 21 de febrero de 2017 centra la inadmisión del pacto comisorio objeto del recurso en la inexistencia de un «procedimiento objetivable de valoración de la adquisición» (aparte otro problema, como era la ausencia de un mecanismo de restitución de los pagos ya realizados por el deudor), lo que da a entender que, de existir ese mecanismo de valoración objetiva del bien inmueble objeto de la garantía, el pacto podría haber sido admisible.

9. A la luz de las consideraciones anteriores, en el presente caso, debe entenderse que, en sí mismo, es válido el pacto en virtud del cual el deudor hipotecante se obliga, en caso de impago, a transmitir al acreedor o a la persona que este designe el buque hipotecado, pues el procedimiento pactado asegura al deudor la obtención del valor del bien: a la vista de la forma en que el precio o «valor de mercado» ha quedado determinado en la cláusula 5.5, el sistema acordado sí garantiza una obtención de un precio objetivamente real o razonable.

Ahora bien, debe determinarse si quedan garantizados adecuadamente los derechos de terceros (por ejemplo, los derechos de compradores o acreedores hipotecarios posteriores, en relación con el sobrante del precio que se obtuviera, una vez pagada la deuda garantizada). Y respecto de tal extremo es evidente que no se ha pactado un procedimiento que los asegure suficientemente, por ejemplo mediante la consignación judicial (o incluso notarial) del sobrante a disposición de esos terceros; por lo demás,

dados los términos del contrato, no sería posible integrarlo mediante una supuesta cláusula tácita que obligara a esa consignación. Por todo ello, y aun cuando el pacto marciano, tal como ha quedado configurado en el documento, debe reputarse válido, no es inscribible, por esa carencia indicada.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 26 de diciembre de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.