

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NÚMERO 2 DE SABADELL**

Ejecución hipotecaria nº XXXXXXXX
Incidente de oposición

AUTO

En Sabadell, a 30 de septiembre de 2010

HECHOS

PRIMERO.- El procurador de los tribunales XXXXXXXXXXXXX, actuando en representación de XXXXXXXXXXXXX, presentó escrito de demanda ejecutiva hipotecaria el 14 de enero de 2009 contra XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en el que solicitaba el despacho de la ejecución de título no judicial consistente en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria de XXXXXXXXXXXXX.

SEGUNDO.- Por auto de 31 de marzo de 2009 se despachó la ejecución solicitada por el ejecutante y se ordenó la notificación de dicha resolución al ejecutado. Por escrito de 10 de julio de 2009 el procurador de los tribunales XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en representación de XXXXXXXXXXXXX, se opuso a la ejecución alegando pluspetición y nulidad por existencia de cláusulas abusivas.

TERCERO.- Se señaló para la celebración de la vista de oposición el día 4 de febrero de 2010. La misma tuvo lugar con la comparecencia de la parte ejecutante y la ejecutada oponente.

CUARTO.- Las partes se ratificaron en sus escritos. La defensa de la ejecutada propuso como medios de prueba el interrogatorio del legal representante de la ejecutante. La parte ejecutante propuso la documental ya aportada. Fue admitida toda la prueba propuesta.

QUINTO.- No se practicó el interrogatorio de la parte ejecutante, dada su incomparecencia. Tras su práctica han quedado las actuaciones pendientes para su resolución.

SEXTO.- Atendiendo a que, de la interpretación literal y sistemática de los artículos 695, 698 y 579 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (en adelante LEC), puesto ello en relación con el principio de legalidad y de sometimiento del Poder Judicial al imperio de la ley, el sentido del auto que debía dictarse debía ser el sostenido por la

defensa de la parte ejecutante y atendiendo, ello no obstante, al mismo tiempo, a las dudas de inconstitucionalidad que esta regulación podía generar respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (artículo 24 de la Constitución, en adelante CE), en relación con el principio de igualdad procesal (derivado del artículo 14 de la CE), el derecho a la vivienda digna y adecuada (artículo 47 de la CE) y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (artículo 9.3 de la CE), se dio el traslado a las partes y al Ministerio Fiscal previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC).

SÉPTIMO.- La parte ejecutante ha presentado escrito de 19 de marzo de 2010 en el que se opone al planteamiento de la cuestión; la parte ejecutada ha presentado escrito de 19 de marzo de 2010 en el que efectúa alegaciones en el sentido de la procedencia de su planteamiento; el Ministerio Fiscal ha presentado escrito de 8 de septiembre de 2010 en el que considera pertinente el planteamiento de la cuestión, al depender el fallo del procedimiento de la validez de los artículos indicados.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Motivos de oposición alegados.* Expone la parte ejecutada en su escrito de oposición que si bien suscribió la escritura de préstamo, no conocía ni comprendía el alcance del contrato. Expone que se trata de una señora mayor, que percibe una pensión baja, con pérdida de audición y un nivel cultural bajo. Ante la posibilidad de cambiar de vivienda, acudió a una inmobiliaria, donde le informaron que vendiendo su vivienda actual podía acceder a una nueva vivienda, pagando una pequeña hipoteca. Las dos operaciones, venta de la vivienda e hipoteca, se harían el 27 de julio de 2007. Se ha aportado como documentos 2 y 3 contratos de 18 de abril de 2007 por los que la ejecutada vende su vivienda de la calle XXXXXX de Sabadell a un tercero por 180.304 euros y, a su vez, compra a la inmobiliaria la vivienda sita en la XXXXXXXX de XXXXXX (las firmas de vendedor y comprador coinciden), por un precio de 310.500 euros. La inmobiliaria puso en contacto a la ejecutada con la entidad bancaria para la concertación de la hipoteca. Debido a dificultades en la operación, motivadas por la situación del mercado inmobiliario, la vivienda de la ejecutada no se vendió el día fijado para elevar el contrato a escritura pública, el 27 de julio de 2007. La inmobiliaria planteó la posibilidad de que la ejecutada pidiera un crédito por 157.000 euros con la garantía de la vivienda que pretendía vender, devolviendo el crédito un año después. Dados los ingresos de la ejecutada, tanto la inmobiliaria como la entidad bancaria podían prever que no se realizaría el pago si no lograba vender la vivienda, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de un solo pago en el plazo de un solo año. La entidad bancaria no sólo concertó esta operación sino que al mismo tiempo concedió a la ejecutada un crédito de 179.000 euros con la garantía de la vivienda que compra en la XXXXXX. Las

condiciones y plazos en que se concedieron ambos créditos serían abusivos y temerarios. Aparentemente, se trataría de la concesión de una hipoteca como medio de financiación temporal, pero con sujeción a la condición de que se vendiera la primera vivienda, hecho que no dependía únicamente de la ejecutada, ya que intervenían factores como la situación del mercado inmobiliario o la facilidad al acceso a los créditos. Por todo ello considera esta parte que XXXXXXXXXXXXX no puede exigir al amparo de la cláusula de amortización el reintegro en un pago único del capital prestado más intereses, al integrar una cláusula abusiva. Se da la circunstancia de que la misma XXXXXXXXXXXXX ha presentado demanda de ejecución hipotecaria por el préstamo de 179.000 euros ante el Juzgado de Primera Instancia XXXX de Sabadell (proceso XXXXXXXXX), lo que agravaría la situación de la ejecutada.

SEGUNDO.- Imposibilidad jurídico-procesal de entrar en el fondo. Pues bien, planteada en estos términos la oposición, la regulación procesal de la oposición a la ejecución hipotecaria impide de modo absoluto entrar en el fondo y obliga a la instancia judicial a desestimar la oposición por no haberse alegado un motivo legalmente tasado. En la presente resolución no se examina el fondo de la oposición, ni la veracidad o credibilidad de la tesis sustentada por la parte ejecutada, sino la medida en que su eventual examen pudiera ser relevante. A estos estrictos efectos, los argumentos expuestos en el escrito de oposición, analizados desde una perspectiva de derecho material, sí parecen potencialmente relevantes respecto de la procedencia o no de la continuación de la ejecución contra la vivienda de la ejecutada. No puede negarse que las especiales circunstancias fácticas y los antecedentes contractuales previos a la demanda de ejecución generan una situación jurídica relevante que, ello no obstante, no puede ser tenida en cuenta por la instancia judicial al resolver la oposición, atendiendo al principio de legalidad, que obliga al juez a aplicar los claros términos de los artículos 695 y 698 de la LEC.

TERCERO.- Influencia en el fallo. Como se argumentará más adelante, un vicio de nulidad (que pueda afectar a la suscripción del contrato previo o incluso a una cláusula insertada en la escritura pública que constituye precisamente el título no judicial que se está ejecutando) puede incidir de modo directo en la concurrencia de un estricto incumplimiento de la obligación personal garantizada y del correspondiente vencimiento anticipado, presupuestos ambos de toda ejecución hipotecaria. Ello es especialmente relevante si acudimos a la más reciente doctrina jurisprudencial (STS de 16 de diciembre de 2009), que abre vías a la apreciación jurisdiccional de causas de nulidad de cláusulas insertadas en escrituras públicas de hipoteca (vencimiento anticipado cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa, renuncia en caso de cesión del préstamo por la entidad al derecho de notificación que le asiste, resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias o resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro). Lógicamente, este pronunciamiento se produce en un proceso declarativo, no en uno de ejecución como el presente, pero precisamente por ello pone de manifiesto las extraordinarias implicaciones de las limitaciones de cognición del proceso de ejecución

hipotecaria. Si, además, se pone en relación esta línea jurisprudencial con la elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el control, incluso de oficio por parte del órgano judicial, de cláusulas contractuales (Sentencias de 26/10/06, Sentencia de 27/06/00 y Sentencia de 21/11/02), se acentúan las implicaciones de las limitaciones cognitivas del proceso de ejecución hipotecaria: si el legislador, de modo expreso, prohíbe al ejecutado alegar como motivo de oposición la ausencia de vencimiento o la concurrencia de una causa de nulidad, lógicamente ello no podrá ser apreciado de oficio por el tribunal, aunque puedan darse sus presupuestos, por lo que habrá que subastar la vivienda. Es por ello que la instancia judicial dispone de una única alternativa: aplicar los preceptos de la LEC y desestimar la oposición sin entrar en el fondo o, de considerar la posible concurrencia de un vicio de inconstitucionalidad, plantear la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional; esta es la opción acogida en la presente resolución, en los términos que a continuación se exponen.

CUARTO.- Cuestión de inconstitucionalidad: régimen general y preceptos afectados. El artículo 163 de la CE permite el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando el órgano judicial considere que «la norma con rango de ley», aplicable al caso, y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución; en el mismo sentido, el artículo 35.1 de la LOTC reitera la exigencia de que la norma cuestionada posea «rango de ley»; y, por último, su artículo 27.2 enumera las normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad, concretando como tales las leyes, actos y disposiciones con fuerza de ley presentes en nuestro ordenamiento. En el presente caso se plantea la cuestión respecto de tres artículos de la LEC (695, 698 y 579), por lo tanto, con rango de ley, en cuanto a la posible infracción o vulneración que su vigencia, en abstracto, no referida a un proceso concreto, pueda generar en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (artículo 24 de la CE), en relación con el derecho a la vivienda digna y adecuada (artículo 47 de la CE) y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (artículo 9.3 de la CE).

QUINTO.- Finalidad y ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad. La finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es en modo alguno resolver controversias interpretativas sobre la legalidad entre órganos jurisdiccionales o dudas sobre el alcance interpretativo de determinado precepto legal (para lo cual el ordenamiento dispone de otros cauces), sino enjuiciar la conformidad a la Constitución de una norma con rango de ley que sea aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo. En el presente caso no se pide que el Tribunal Constitucional decida cuál es la interpretación constitucionalmente conforme de los artículos anteriormente referidos, ni cuál de las interpretaciones apuntadas en esta resolución es la más correcta desde esta perspectiva, sino que lo que se cuestiona, aunque sea en forma de duda (fórmula aceptada por el Tribunal Constitucional en su STC 17/1981, fundamento jurídico 1.º), es la constitucionalidad de tres preceptos previstos para la ejecución hipotecaria en relación con los artículos de la Constitución ya mencionados. Al mismo tiempo, la cuestión de inconstitucionalidad no es cauce adecuado para la impugnación de un bloque o una parte del sistema normativo o del ordenamiento jurídico, o de una

concreta institución. En el presente caso, si bien la cuestión afecta de modo genérico al sistema procesal legal de oposición a la ejecución hipotecaria, se concreta en tres artículos perfectamente identificados, en concreto, el artículo 695 de la LEC, puesto en relación con los artículos 698 y 579 del mismo texto legal.

SEXTO.- Juicio de relevancia constitucional y tipo especial de proceso judicial. El necesario juicio de relevancia constitucional evita que la cuestión de constitucionalidad se convierta en un medio de impugnación directa y abstracta de la ley, asegurando, al propio tiempo, que su uso sirva a la finalidad de conciliar la doble obligación que recae sobre los órganos judiciales de actuar sometidos a la ley y a la Constitución. El juicio de relevancia tiene que realizarse necesariamente a la luz de la relación de interdependencia existente entre pretensión procesal, objeto del proceso y resolución judicial, de lo que se deriva que su sentido y alcance vengán siempre determinados y condicionados por la clase de proceso en el que se produce y por el contenido y finalidad de la pretensión que en el mismo se ejercita. Esta circunstancia se da especialmente en el presente caso, en el que se plantea una cuestión de inconstitucionalidad respecto de un proceso especial de ejecución, la hipotecaria. Precisamente por ello, debe tenerse presente la estrecha relación que, en general y en especial en este caso, se produce entre derecho material y regulación procesal. Esta relación se concreta en que planteados, en un proceso de ejecución hipotecaria concreto (el presente) ciertos motivos de oposición, jurídica y objetivamente relevantes para su continuación y viabilidad (al menos atendiendo a la naturaleza jurídica material de la institución de la garantía hipotecaria), el juzgado no puede examinarlos, en atención al principio de legalidad, y debe proceder de modo automático a la subasta del bien inmueble, incluso aunque se trate de la vivienda habitual del ejecutado.

SEPTIMO.- Viabilidad de la cuestión respecto de sentencias y/o autos. La presente cuestión de inconstitucionalidad se formula respecto de una serie de artículos que deben aplicarse en un auto, no una sentencia, despachando un proceso de ejecución hipotecaria (art. 686 LEC) o, en su caso, resolviendo una oposición a la ejecución hipotecaria (art. 695.2 LEC). De modo especial y según la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 76/1982, de 14 de diciembre (cuestión de inconstitucionalidad número 411/1982), la cuestión de inconstitucionalidad puede plantearse no sólo respecto a las resoluciones judiciales que deban dictarse y revistan la forma de sentencia, sino también respecto a las que se dicten en forma de autos, de forma que el vocablo «fallo» en el artículo 163 de la CE significa el pronunciamiento decisivo e imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal. Como es lógico, tal posibilidad no excluye las resoluciones que se dictan para que se ejecuten las decisiones judiciales o títulos no judiciales, supuestos en los que pueden surgir problemas de constitucionalidad. Esta interpretación flexible de los requisitos para interponer la cuestión de inconstitucionalidad se justifica plenamente por el carácter no formalista que la inspira en general.

OCTAVO.- *Ámbito de la cuestión.* La presente cuestión se refiere a la imposibilidad de examinar en sede de oposición posibles nulidades relativas a las circunstancias en que se suscribió tanto la obligación garantizada como la garantía hipotecaria o al mismo contenido objetivo de las cláusulas contractuales, eventualmente determinante de su carácter abusivo. Dada la actual regulación procesal, es imposible no ya abordar jurisdiccionalmente como se debiera estos supuestos, sino ni siquiera detectarlos, puesto que las facultades de examen de la procedencia del despacho de la ejecución por parte del juez y los motivos de oposición a la ejecución que puede articular el ejecutado son extraordinariamente limitados. Es innegable que la misma naturaleza jurídica de la garantía hipotecaria justifica que el ámbito de cognición de la ejecución sea limitado, pero no (al menos no necesariamente, en términos constitucionales) que lo sea de un modo absoluto y respecto de todos los supuestos que puedan darse, incluso cuando el bien afectado es la vivienda. En una primera visión superficial, la respuesta pudiera ser clara: la hipoteca es meramente una garantía (de naturaleza real) que, ante la alegación del acreedor de que el prestatario ha incumplido la obligación personal de pago (un crédito), debe ejecutarse, con independencia de las circunstancias en que éste se haya producido y con independencia de que el contenido de las cláusulas relativas a los supuestos y efectos del vencimiento anticipado puedan presentar algún tipo de abuso determinantes de su eventual nulidad. Estas cuestiones sólo afectarían a la relación obligacional y, en su caso, debería debatirse en un juicio declarativo independiente. Pues bien, veremos a continuación que un examen más detenido y ajustado a la realidad social subyacente a este tipo de situaciones nos permitirá apreciar, al menos, que la respuesta no puede ser en ningún caso tan clara ni sencilla.

NOVENO.- *STC 41/1981 y justificación de un nuevo pronunciamiento.* Lógicamente, al abordar esta materia, no puede desconocerse la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de diciembre, en la que, al resolver un recurso de amparo, analizó y confirmó la constitucionalidad del antiguo régimen procesal de la Ley hipotecaria, para concluir que eran aceptables las limitaciones a la oposición. Deben efectuarse las siguientes consideraciones:

A) En el supuesto de que una normativa legal no haya variado (que no es el presente caso), el TC debería poder valorar de nuevo, 28 años más tarde, su constitucionalidad, al haber cambiado radicalmente la realidad social y la economía sobre la cual deben efectuarse las correspondientes ponderaciones.

B) Como es evidente, la normativa sí ha cambiado y lo que se cuestiona ahora es la actual LEC, no la anterior LEC y Ley hipotecaria entonces vigente.

C) De modo muy especial, el supuesto analizado por el TC se refería a la hipoteca constituida entre dos personas jurídicas (la sociedad "C.S. Inmobiliarios, S.A." y el Banco Hipotecario de España, S.A.), por lo que no afectaba a un bien inmueble constitutivo de vivienda, derecho constitucional sí afectado en los supuestos que estamos analizando y que precisamente justifica la necesidad de un nuevo pronunciamiento. Por ello los

juicios de ponderación constitucional que ahora deberán realizarse son sustancialmente distintos.

D) Incluso con independencia de todo ello, aunque ambas legislaciones (la anterior sobre la que se pronunció el TC y la actual respecto de la que se plantean nuevas dudas de inconstitucionalidad) responden a unos mismos principios extraordinariamente restrictivos, en la actual, de un modo puntual pero sustancial, se han introducido ciertas modificaciones en perjuicio del ejecutado, añadidas a las ya existentes, de por sí extraordinarias, que generan dudas serias de la constitucionalidad:

* Se trata, en primer lugar, de la eliminación del requerimiento previo obligatorio en el que el prestatario podía efectuar alegaciones; en segundo lugar, de la información que el ejecutante debía incluir en la demanda; y, en tercer lugar, de las extraordinariamente exigentes condiciones que se le imponen actualmente al ejecutado para que el procedimiento declarativo al que debe acudir tenga algún efecto en el ejecutivo.

* De hecho, si consideráramos que ya no procede un nuevo pronunciamiento del TC, siguiendo esta sencilla *regla de tres*, llegaríamos a una conclusión absurda: en cualquier materia en la que ya se haya pronunciado el TC, ya no podría plantearse una cuestión de inconstitucionalidad, aunque la normativa haya variado con posterioridad, incluso, en el presente caso, aunque se haya promulgado ni más ni menos que una nueva Ley de enjuiciamiento civil.

DÉCIMO.- Despacho de la ejecución. La denegación de la tramitación de la ejecución puede ocurrir en dos momentos distintos: en la fase de admisión y en la fase de resolución de una eventual oposición. En el primer caso, sin dar audiencia al demandado y tras examinar la demanda, el título ejecutivo y los documentos presentados con ella, el juez denegará la ejecución *in limine litis*. En caso de que se hubiere despachado la ejecución, si, una vez planteada la oposición, el juez apreciara posteriormente la procedencia de su estimación, debe dictar auto en el que se declare que no procede continuar con la ejecución. Según el artículo 551 de la LEC, presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará en todo caso la ejecución siempre que (es decir, si no concurre alguno de estos elementos, denegará el despacho) concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título. La ejecución se despachará mediante auto, que no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado. El artículo 552 de la LEC advierte que si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución, que será directamente apelable.

DECIMOPRIMERO.- *Motivos de oposición, procesales y de fondo, a la ejecución ordinaria de título ejecutivo no judicial.* Con carácter general para la oposición a la ejecución ordinaria (no hipotecaria), distingue la LEC entre motivos procesales y de fondo. En cuanto a los procesales, el artículo 559.1 (sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales) prevé que el ejecutado podrá también oponerse a la ejecución alegando los defectos siguientes: carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda; falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda; nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520 (cantidad legal mínima). Igualmente, por remisión tácita a los artículos 517 y 551, hay que tener presente que se despachará la ejecución siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título. En cuanto a los motivos de oposición de fondo, en este caso únicamente respecto de los títulos ejecutivos no judiciales, prevé el artículo 557 los siguientes motivos: 1ª Pago. 2ª Compensación. 3ª Pluspetición. 4ª Prescripción y caducidad. 5ª Quita, espera o pacto o promesa de no pedir. 6ª Transacción.

DECIMOSEGUNDO.- *Motivos de oposición de fondo a la ejecución hipotecaria.* Por el contrario, aun siendo restrictivos los términos de la oposición a la ejecución general, establece el artículo 695 de la LEC un sistema aún más tasado de motivos de oposición para la ejecución hipotecaria: 1ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía. 2ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. Formulada la oposición, se suspenderá la ejecución y el tribunal, mediante providencia, convocará a las partes a una comparecencia, en la que oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente. Ciertamente, uno de los motivos de oposición es la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, con los requisitos ya indicados. Ello no obstante, de inmediato se aprecia que este motivo de oposición se refiere estrictamente al mismo cumplimiento íntegro de los pagos a los que se obligó el deudor hipotecario, hasta el punto de que puede aportar una certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o una escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía. Así, ninguno de estos motivos de oposición parece incluir, como veremos, la posibilidad de examinar las concretas condiciones y circunstancias específicas en que, en cada caso, se ha producido el impago o se suscribió la obligación de pago o se pactaron ciertas cláusulas eventualmente abusivas y nulas.

DECIMOTERCERO.- *Motivos de oposición procesales a la ejecución hipotecaria: requisitos legales para llevar aparejada ejecución.* Ello no obstante, debe entenderse que las limitaciones que acaban de indicarse se refieren sólo a los motivos de oposición de fondo, mientras que los motivos de oposición procesales, generales para la ejecución de título no judicial, resultan, por su propia naturaleza, de plena aplicación a la ejecución hipotecaria, por la remisión que efectúa el artículo 681 de la LEC. En efecto, son aplicables las normas generales del proceso de ejecución (entre ellos el artículo 551 de la LEC). Por ello, sobre la base del artículo 559.1.3 puede discutirse si la deuda no ha nacido o se ha extinguido por una causa recogida expresamente en el título. En efecto, si de la lectura del título y de las alegaciones contenidas en el escrito de demanda ejecutiva se aprecia que no ha concurrido un presupuesto expresamente previsto en el título para el nacimiento, despliegue o exigibilidad de la garantía real en que consiste la hipoteca, en tal caso el juzgado puede apreciar que el título no cumple con un requisito legal para llevar aparejada ejecución, siempre por referencia a un presupuesto que consta en el mismo título como condicionante para su fuerza ejecutiva. Este tipo de examen queda enmarcado en el ámbito de los requisitos y presupuestos procesales y, por ello, puede ser apreciado de oficio para denegar el despacho de la ejecución o, en su caso, alegado por el ejecutado como motivo procesal de oposición. De todos modos, este supuesto consiste meramente en la concurrencia en la realidad jurídica de un presupuesto previsto en el mismo título para poder desplegar su fuerza ejecutiva.

DECIMOCUARTO.- *Incumplimiento por el deudor hipotecario de la obligación de pago.* Podríamos plantearnos si se restringe de modo constitucionalmente injustificado la potestad judicial para ponderar la medida en que concurren los presupuestos para disponer, por auto, el despacho de la ejecución hipotecaria. En efecto, es indiscutible que uno de ellos, de hecho, el fundamental o más habitual, es el incumplimiento por el deudor hipotecario de su obligación de pago. De modo habitual las demandas de ejecución hipotecaria indican el alcance del impago objetivo producido, respecto del cual el tribunal está obligado a suponer que el mismo se ha dado en la realidad, es decir, que se ha producido una ausencia (impago total) o insuficiencia (impago parcial) en las cantidades abonadas por el ejecutado al acreedor hipotecario. Podría alegarse que se trata de un hecho (las circunstancias que rodearon el impago) que, además de ser ajeno a la propia naturaleza de la ejecución hipotecaria, es absolutamente irrelevante a los efectos del despacho de la ejecución, al tener que depender éste únicamente de haberse producido el impago, sin más, con independencia de sus circunstancias. Así suelen expresarse, de hecho, las escrituras públicas en que se constituyen las garantías hipotecarias, en las que se indica como causa de vencimiento anticipado, para poder acudir al proceso judicial de ejecución hipotecaria, el incumplimiento por el deudor hipotecario de su obligación de pagar cualquiera de las cuotas pactadas (incluso de parte de una de ellas) o de cualquiera de los variados conceptos jurídicos estipulados (el intenso desequilibrio contractual inherente a este tipo de cláusulas nos pueden llevar a suponer que no son fruto de una intensa negociación entre las partes sino mas bien que son predispuestas por la entidad prestadora). Así, el presupuesto para que pueda

despacharse la ejecución hipotecaria (habitualmente, entre otros, el incumplimiento de la obligación de pago) no está definido expresamente en la normativa procesal, sino que implícitamente se remite a lo pactado entre las partes, como es lógico y coherente en atención al principio de autonomía de la voluntad. Es decir, la normativa únicamente fija los motivos para denegar el despacho de la ejecución o para oponerse al mismo, pero no atiende a los supuestos en que una parte puede acceder a la vía judicial ejecutiva.

DECIMOQUINTO.- *Eventual vicio del consentimiento, circunstancias del impago o nulidad de una cláusula abusiva.* Debemos plantearnos qué se entiende por “incumplimiento de la obligación de pago”, entre otros motivos porque la normativa procesal indicada no lo define de ningún modo (podría haberlo hecho o incluso lo razonable es que se hubiera hecho, especialmente en un ámbito de tanta sensibilidad social como es la ejecución hipotecaria). En primer lugar, descartaremos una equiparación superficial entre “incumplimiento de la obligación de pago” e “inexistencia o insuficiencia de pago”, puesto que son dos proposiciones lingüísticas que no coinciden entre sí. Así, la noción de “incumplimiento” presenta una larga historia en la tradición jurídica occidental, que ha cristalizado, entre otros, en el artículo 1.258 del Código Civil, según el cual los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Asimismo, atendiendo al desenvolvimiento efectivo del sector hipotecario inmobiliario, seguramente se ha llegado a un momento en el que puede afirmarse, sin temor a faltar al rigor, que en el mismo los contratos principales (escrituras de venta y de préstamos hipotecarios) no son efectivamente negociados entre las partes sino en su mayor parte predispuestos por la entidad prestadora del dinero, lo que puede explicar precisamente los habituales desequilibrios y abusos que recogen, como se desprende de la ya indicada STS de 16 de diciembre de 2009. Todo ello con independencia de que se haya producido una intervención subsiguiente del notario o del registrador. Por esto debemos plantearnos la eventual aplicación de ciertos aspectos de la normativa de protección a los consumidores en la interpretación de ciertas cláusulas escrituradas. Es precisamente por ello que no es tan evidente que en el marco de una ejecución hipotecaria, en la que se pretende la realización del bien expresamente sujeto a la garantía (que puede tratarse de la vivienda habitual del deudor hipotecario), la noción de “incumplimiento de la obligación de pago”, como presupuesto para el despacho de la ejecución, queda suficientemente integrada, en términos de garantías constitucionales, por la mera alegación escrita por el acreedor hipotecario de un mero dato, objetivo, aséptico y carente de cualquier referencia a las circunstancias fácticas concurrentes, relativo a la inexistencia o insuficiencia del pago de una cuota hipotecaria. Parece por el contrario que podría tener alguna relevancia, en cuanto a la ponderación de la procedencia del despacho o de la continuación de la ejecución, el examen de tales circunstancias, a los efectos de apreciar la realidad misma de un incumplimiento imputable al deudor hipotecario, con efectos de resolución anticipada de la deuda hipotecaria, o para valorar, en su caso, la posible concurrencia de un vicio en el consentimiento al tiempo de suscribir la obligación o la

posible nulidad de una cláusula pactada, dado su eventual carácter abusivo. Para entender este planteamiento debemos acudir a la noción de accesoriedad.

DECIMOSEXTO.- *Accesoriedad entre crédito y garantía real.* En este punto podemos plantearnos si, en el ámbito de cognición judicial que acabamos de definir para el supuesto del artículo 559.1.3 (el documento no cumpla los requisitos legales para llevar aparejada ejecución), es posible entrar a examinar la posibilidad o eventualidad de que, en un caso en el que la escritura de hipoteca indica, como causa de vencimiento anticipado y de exigibilidad de la garantía real, el impago de alguna de las cuotas, puede el tribunal, al despachar ejecución, examinar la medida en que puede haberse dado en la realidad un vicio en el consentimiento generador de nulidad (esto es evidente que no) o la medida en que una cláusula determinada de la escritura, relacionada, directa o indirectamente, con la concreta fuerza ejecutiva que se insta, pueda generar un desequilibrio o abuso entre las posiciones de las partes, generador de una eventual nulidad de la misma. Ello se basaría en que la relación jurídica documentada es una deuda hipotecaria, es decir, la deuda asegurada junto con la hipoteca constituida para garantizar su cumplimiento. La relación entre estos dos componentes nos remite a la idea de accesoriedad, por la finalidad de garantía o aseguramiento de la hipoteca respecto de un crédito. Se ha discutido por la doctrina el grado de dependencia o subordinación de la primera respecto del segundo. La concepción clásica postula subordinación, mientras que otros autores sostienen que existe una especie de unidad compleja del crédito hipotecario, que adquiere una entidad real y se rige por principios distintos al derecho de obligaciones. En cualquier caso, si se aprecia que la garantía real no sólo se constituye en atención precisamente a la concesión del crédito personal sino que integra el fundamento o causa económica esencial del negocio (puesto que se imputa sobre el bien para cuya adquisición se concedió el préstamo), debemos admitir en todo caso un cierto grado de subordinación. Así, dada la consustancial y estructural accesoriedad existente entre relación obligacional (crédito) y garantía real (hipoteca), la crisis o los defectos jurídicos originarios de la primera se erigen como presupuesto o condicionantes, respectivamente, para la viabilidad y exigibilidad de la segunda, circunstancia que nos permite afirmar que las cuestiones de fondo de la primera se transmutan en cuestiones procesales de la segunda, con independencia de que, a pesar de dicha trasmutación, sigan siendo, de modo simultáneo, cuestiones de fondo respecto de la relación obligacional.

DECIMOSEPTIMO.- *Examen de oficio: información insuficiente.* Pues bien, acogiendo este planteamiento, vemos, ello no obstante, que el tribunal debe despachar la ejecución sin poder tener en cuenta hechos posteriores a la emisión de los documentos que le son presentados, en especial si tenemos en cuenta que ya no existe el requerimiento previo al despacho de la ejecución. El antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria daba cierta base para permitir al tribunal examinar cuestiones relativas a la relación jurídica documentada, es decir, el crédito asegurado (certeza, subsistencia, exigibilidad y cuantía), a cuyo efecto disponía no sólo del título y del escrito de

demanda, sino también del acta notarial del requerimiento previo, en el que el deudor podía hacer constar las alegaciones que considerara oportunas. En efecto, el artículo 131 de la Ley Hipotecaria establecía como requisito indispensable para el despacho de la ejecución que el juez examinara la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito. Además, el acreedor debía hacer constar en la demanda los hechos y las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta. Se requería un pronunciamiento del juez relativo a que el crédito había nacido, cuando ello no se desprendiera directamente del mismo título, y que no se había extinguido, que había llegado a su término natural o anticipado el vencimiento. Ello se explica porque el título ejecutivo únicamente refleja la existencia y contenido de la relación jurídica documentada en el momento de la creación del título, pero no en el momento de despacharse la ejecución. En el anterior sistema el juez debía atender no sólo al escrito de demanda sino también a las alegaciones que pudiera hacer el deudor al contestar el requerimiento de pago, que era previo al despacho de la ejecución. La actual LEC únicamente exige que en la demanda ejecutiva se exprese la cantidad reclamada. Ello no obstante, como hemos visto, en aplicación del artículo 551.1 puede entenderse que el juez debe atender no sólo a la regularidad formal del título sino también a su contenido, lo que debe integrarse con el artículo 559, relativo a las causas de oposición por motivos procesales. Así, no deberá despacharse la ejecución si al tribunal no le consta el nacimiento efectivo de la deuda hipotecaria, que sea exigible y que no se haya extinguido. Ello no obstante, con la regulación actual el tribunal no dispondrá de la información necesaria para ponderar si no ha concurrido en la realidad un incumplimiento sustancial con los efectos indicados o si en la suscripción se produjo algún vicio del consentimiento invalidante, por lo que se ve impelido a despachar la ejecución sobre la base de las alegaciones efectuadas exclusivamente por el ejecutante. Esta situación podría resultar asumible en términos constitucionales (derecho a la tutela judicial efectiva) si se le diera al ejecutado, en sede de oposición, la oportunidad de introducir este tipo de alegaciones. Como veremos, ello no obstante, esta eventualidad tampoco es permitida por la normativa procesal.

DECIMOCTAVO.- Como motivo de oposición de naturaleza procesal: trámite procesal inadecuado. Del tenor y contundencia del artículo 695 debemos concluir que el legislador no admite que el ejecutado pueda plantear esta cuestión como motivo de oposición de fondo. Por el contrario, según hemos visto, sí podemos integrarlo en sede de motivos de oposición procesal, a cuyo efecto es de aplicación el régimen general de ejecución de títulos no judiciales. Así, según el artículo 551 y 552, si no concurren los requisitos y presupuestos para el despacho de la ejecución, por ejemplo, porque los actos de ejecución, como la realización del bien hipotecado, no son conformes con la naturaleza (accesoria) y el contenido (existencia de un verdadero incumplimiento o de un vicio del consentimiento) del título, el ejecutado puede oponerse por tal motivo. A estos efectos, el artículo 559 prevé para la resolución de la oposición por motivos procesales un mero traslado y excluye la celebración de una vista, propia de la oposición por motivos de fondo. Ello no impide la práctica de prueba, aunque deberá ser preferentemente documental. En definitiva, vemos que, incluso en el caso (no seguido

en la práctica) de que se asumiera la presente tesis (según la cual el ejecutado puede oponerse por este motivo como cuestión procesal), la naturaleza del trámite procesal para su resolución impide, por sí mismo, la práctica de los medios de prueba que serían objetivamente necesarios (interrogatorios, testificales, oficios, etc.) para que el tribunal pudiera llegar a formarse un juicio sobre las circunstancias reales, extradocumentales, coatóneas o posteriores a la suscripción de la escritura, que pudieran determinar, en esta hipótesis, que el título no lleve aparejada ejecución. Así, podemos concluir que, incluso aceptando la interpretación de los preceptos aplicables en la forma más favorable al ejecutado, apreciamos una posible vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

DECIMONOVENO.- *Extraordinaria limitación del ámbito de cognición de la ejecución hipotecaria.* Pues bien, veamos en qué medida las limitaciones institucionales internas insertadas por el legislador en los cauces por medio de los cuales se construye el debate jurídico en el seno de un proceso de ejecución hipotecaria pueden explicarse razonablemente, en términos constitucionales, por la propia naturaleza jurídica (garantía) del título no judicial ejecutado o, por lo contrario, pueden suponer, en ciertos aspectos, una extralimitación que requiere una nueva delimitación procesal por parte del Tribunal Constitucional. Así, en cuanto a los motivos básicos de oposición, se constata que el legislador no permite que el tribunal pueda entrar a valorar de ningún modo las circunstancias fácticas que han rodeado el impago, la suscripción de la escritura pública o la negociación de determinadas cláusulas, eventualmente abusivas y por ello nulas. Según hemos visto, ello es así tanto si consideramos que esta cuestión excede del marco de los requisitos procesales y presupuestos que pueda examinar el tribunal antes de despachar ejecución o, incluso admitiendo esta eventualidad, por no disponer de la información necesaria al efecto (no hay requerimiento previo). En cuanto a la oposición del ejecutado, esta cuestión no puede integrar un motivo de oposición de fondo y, si lo admitimos como motivo procesal (realizando una interpretación a él favorable), el trámite procesal previsto al efecto (escrito) es absolutamente inadecuado e insuficiente. Evidentemente, no puede esperarse que se permita la tramitación exhaustiva y sin límites cognitivos, como si se tratara de una especie de procedimiento declarativo en el que puedan sustanciarse todos los motivos de oposición imaginables. Únicamente se está indicando que no parece razonable ni admisible, desde el punto de vista del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que en el marco de una ejecución hipotecaria que afecta a un bien de primera necesidad como es la vivienda el propio sistema legal impida, de modo absoluto y sin ninguna alternativa interpretativa por parte del tribunal, que se introduzca en el proceso de ejecución un mínimo examen de estas circunstancias, objetivamente relevantes para la viabilidad jurídica de la fuerza ejecutiva del título. Debemos plantearnos si la mera naturaleza ejecutiva del proceso y la especial fuerza ejecutiva del título (una escritura pública de garantía en forma de préstamo hipotecario) justifican, por sí mismas, este tan restrictivo y perjudicial régimen procesal. No parece razonable ni, quizás, constitucional, que, en atención a los delicados bienes e intereses afectados cuando el bien que desea ejecutarse es una vivienda habitual, ni el modo en que suelen suscribirse estos documentos (a pesar de la

intervención notarial, suelen estar predispuestos por la entidad que presta el dinero, como parece admitir la propia Sala Civil del Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 16 de diciembre de 2009), se siga un régimen procesal en el que ni siquiera se permita, en abstracto, con independencia absoluta de las concretas circunstancias concurrentes, que el tribunal pueda llegar a tener conocimiento de los antecedentes fácticos relevantes, como presupuesto para el despliegue de la garantía hipotecaria.

VIGÉSIMO.- *Argumento de la fuerza ejecutiva del título.* En contra de este planteamiento pueden esgrimirse, como suele ser habitual, varios argumentos. En primer lugar, el de la fuerza ejecutiva del título. En efecto, característica común de los procedimientos cuestionados es la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones. La presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o de acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización. El deudor tiene unas posibilidades de contención muy limitadas. Puede detener la ejecución mediante el pago, y por ello, la ley prevé que debe hacerse el oportuno requerimiento, si el acreedor no lo ha hecho antes; pero fuera de esa posibilidad el demandado tiene muy contadas posibilidades. Frente a las excepciones que permite la normativa para la ejecución ordinaria, en la hipotecaria, además de verse sustancialmente reducidas, remite la ley a que las reclamaciones que pueda formular el deudor «se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento». Ello se correspondería con la limitación del ámbito de la contradicción. Así, en el procedimiento de ejecución hipotecaria se limita extraordinariamente la contradicción procesal, hasta el punto de que falta la controversia entre las partes. En puridad, podría decirse que se trata de un proceso o procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resultaría lógica, según esta visión, a partir de la naturaleza del título. La garantía del crédito hipotecario consiste en la sujeción del valor de la finca hipotecada, que es, simplemente, potencial, porque la realización del valor sólo puede producirse si se da la «conditio iuris» de que se incumpla la obligación asegurada. Producida tal «conditio iuris», la sujeción potencial se actualiza y el valor se realiza. El procedimiento sería una vía de apremio, en que el juez realiza un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí solo porque se lo impide el principio de la paz jurídica.

VIGESIMOPRIMERO.- *Incumplimiento de la obligación de pago como «conditio iuris».* Es en este punto donde insertamos las dudas sobre la constitucionalidad del régimen legal, puesto que lo que deba entenderse por la misma «conditio iuris», núcleo de la ejecución hipotecaria, no está prevista de ningún modo por el legislador, al remitirlo de modo tácito a lo que se prevea en la escritura pública. Por ello, el examen de si se ha “incumplido” la obligación asegurada, puede requerir, hay que insistir, en determinados y especiales casos, examinar las condiciones y circunstancias en que este “incumplimiento” o esta conducta contractual del deudor se ha producido. Y ello tanto respecto de la entidad del impago como, más concretamente, de si el incumplimiento se

refiere a una obligación expresamente pactada en una cláusula de la que pueda predicarse, como sostiene la parte ejecutada en el presente caso, algún desequilibrio o abuso generador de nulidad. En otras palabras, es lógico que la actividad del juez sea comprobar si subsiste el crédito (si subsiste la sujeción potencial) y si se ha producido la «conditio iuris» que la hace actual (si se ha incumplido la obligación), de modo que, acreditados registral y judicialmente ambos extremos, se pasa directamente a la enajenación de la finca. La cuestión está en determinar si se da, en efecto, en el caso concreto, esa condición, es decir, el incumplimiento de la obligación, la resolución contractual, el vencimiento anticipado y la exigibilidad de la garantía. En determinados casos en que podría ser relevante, ello no podrá ser constatado por el juez al despachar la ejecución ni podrá ser planteado por la parte ejecutada en forma de oposición a la ejecución.

VIGESIMOSEGUNDO.- Remisión al proceso declarativo ordinario subsiguiente. Como mecanismo de cierre, prevé el legislador la remisión de cualquier otra cuestión discutida al proceso declarativo correspondiente, que no provocará la suspensión de la ejecución hipotecaria. Así, el artículo 698 establece que cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo. Ciertamente, no deja de ser indicativa la expresión utilizada por el legislador de “entorpecer” la ejecución hipotecaria. No parece, en términos de garantías constitucionales (derecho de defensa, derecho a una vivienda e interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos), que la mera remisión a un proceso declarativo ordinario posterior evite la referida indefensión substancial, entre otros motivos porque su objeto sería el propio del anterior proceso de ejecución, con la particularidad de que en el mismo no pudo ser debatido, debido al régimen procesal aplicable.

VIGESIMOTERCERO.- Ausencia de cosa juzgada. Es cierto que en este punto se ha argumentado en algunas ocasiones por el propio Tribunal Constitucional que el juicio sumario que realiza el juez al despachar la ejecución hipotecaria no genera cosa juzgada, por lo que quedaría abierto el camino al proceso ordinario subsiguiente. También puede argumentarse que la situación del deudor o del titular del dominio de la finca hipotecada no se puede enjuiciar sólo a partir de la regulación de la ejecución, sino que viene decidida por el conjunto de las relaciones procesales posibles. Lo expeditivo de la ejecución no eliminaría la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se referiría a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor; habría por ello una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. Quedarían abiertas todas las posibilidades de contradicción y la normativa se limitaría a establecer que sólo unas concretas excepciones puedan producir suspensión. No se limitarían, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta

perspectiva, no se produciría una violación del artículo 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela.

VIGESIMOCUARTO.- *Efectiva indefensión.* Ello no obstante, las garantías que ofrece al ejecutado hipotecario la posibilidad de acudir a un proceso declarativo ulterior son en todo caso insuficientes para poder concluir que con ellas se elude la indefensión generada por el hecho de no poder tratar esta cuestión en el marco procesal adecuado y oportuno, es decir, la misma ejecución hipotecaria. Como es evidente, el legislador no podía limitar de modo absoluto las reclamaciones que con ocasión de la ejecución hipotecaria pudiera instar el deudor. Por ello lo que hace es desplazar gran parte de las mismas a otro proceso declarativo futuro, con la problemática de que algunas de ellas constituyen precisamente un presupuesto esencial del despacho de la ejecución hipotecaria, que, paradójicamente, no podrá ser examinado en la misma. Analizaremos por separado la incidencia que sobre el proceso de ejecución hipotecaria pueda tener la tramitación de un proceso penal o uno civil.

VIGESIMOQUINTO.- *Prejudicialidad penal.* En primer lugar, en cuanto a la suspensión por prejudicialidad penal, prevé el artículo 697 que estos procedimientos sólo se suspenderán por prejudicialidad penal cuando se acredite la existencia de causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución. Lógicamente ello no acontece cuando lo que desea plantear el deudor hipotecario es una posible causa de nulidad civil o un vicio del consentimiento, generador de error, sin trascendencia penal.

VIGESIMOSEXTO.- *Procedimiento civil y aseguramiento de su resultado.* Por otro lado, respecto de la posible pendencia simultánea de un juicio civil ordinario, es cierto que prevé el legislador que podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención de todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor. El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención. Esta es, veremos que sólo aparentemente, una de las escasas previsiones en beneficio del deudor hipotecario, aunque se trata de una tutela legal que no afecta directamente al proceso de ejecución, ya que no lo suspende; es decir, únicamente se refiere a la retención de las cantidades obtenidas. Por ello, aunque prosperara el juicio declarativo subsiguiente, si ya se ha procedido a la expulsión del ejecutado de su vivienda, difícilmente podrá obtenerse una restitución a la situación anterior real. En cualquier caso, es evidente que las posibilidades reales de que un deudor hipotecario ejecutado

decida acudir a un proceso declarativo ulterior, ajeno a la ejecución, son tan escasas (entre otros motivos, por la situación personal y económica por la que seguramente estará pasando) que, en última instancia, no generan una tutela substancial o efectiva. Además, no se trata de una garantía automática, sino que dependerá del criterio del tribunal, en atención de los documentos y las razones dadas, a lo que debe añadirse que si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente (lo que, dadas las circunstancias, es bastante probable que suceda), el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de los perjuicios (lo que es casi seguro que no podrá asumir el deudor hipotecario).

VIGESIMOSEPTIMO.- Artículo 579: insuficiencia del producto de la venta. Una vez examinados los extraordinaria e injustificadamente restringidos términos de la oposición a la ejecución, así como la insuficiencia de las garantías previstas por el legislador para que lo primero no pueda erigirse, en abstracto y de modo potencial, en un factor procesal de conculcación del derecho fundamental del deudor hipotecario ejecutado a la tutela judicial efectiva y a la igualdad procesal de partes, debemos centrar ahora nuestra atención en lo dispuesto en un precepto ciertamente especial, que interpretado juntamente con el resto del sistema legal de ejecución hipotecaria, puede realzar más si cabe sus efectos vulneradores de tales derechos constitucionales. En efecto, a diferencia de otros sistemas hipotecarios, como el norteamericano, en el que si el deudor no abona las cuotas pactadas, debe entregar al acreedor el inmueble y, simplificando, se cancelan las deudas asumidas con ocasión del préstamo hipotecario de vivienda, en el sistema español la situación es sustancialmente distinta: evidentemente, el deudor ve ejecutado el bien inmueble y, en el caso habitual de tratarse de su vivienda, se ve privado de la misma; pero además, para el caso de que lo obtenido con la venta del inmueble sea insuficiente, el acreedor podrá perseguirle indefinidamente contra todos sus bienes e ingresos, presentes y futuros, hasta el completo abono de las cantidades pactadas, que, en muchos casos, no se limitan al capital prestado y sus intereses, sino que incluyen muchos otros conceptos económicos. Se trata del artículo 579 de la LEC, ubicado de hecho fuera del apartado propio de la ejecución hipotecaria, pero que constituye un nuevo argumento, de especial importancia, para la posible inconstitucionalidad del régimen legal de ejecución hipotecaria. Los preceptos analizados hasta el momento quizá por sí solos podrían generar ciertas dudas en cuanto a su eventual inconstitucionalidad. Ello no obstante, una vez se les une sistemáticamente el artículo 579, captamos la probable inconstitucionalidad del sistema de oposición hipotecaria y de continuación de la misma en caso de insuficiencia del producto obtenido con la venta del inmueble. Prevé este artículo que cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el Capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

VIGESIMOCTAVO.- Nueva oportunidad de oposición. Se trata de una concatenación de un proceso de ejecución hipotecaria, dirigido exclusivamente contra el bien gravado, y de uno de ejecución dineraria ordinario, dirigido contra la globalidad del patrimonio del deudor hipotecario. En el primero se maximiza las alternativas procesales de la parte ejecutante y prácticamente se eliminan las del ejecutado, lo que se traducirá en la exclusión del examen de cualquier cuestión de fondo. En este punto debemos recordar que la naturaleza propia del proceso de ejecución hipotecaria, que es la que justifica la limitación extraordinaria de las alternativas procesales y materiales de los ejecutados, deriva del hecho de basarse y perseguir exclusivamente el bien específicamente hipotecado. Este precepto parece consolidar normativamente una especie de continuidad aséptica entre ambos tipos de procesos de ejecución, de tan dispares presupuestos y efectos. En efecto, a la vista de los parcos términos del artículo 579 y de su tenor literal (la ejecución “proseguirá”), parece que no va a otorgarse al ejecutado un nuevo trámite de oposición (según el régimen ordinario de ejecución de títulos no judiciales), puesto que el mismo se le da al notificarle el auto despachando la ejecución, auto que parece que no debe adoptarse en este caso. Ello no obstante, efectuando una interpretación sistemática, así como constitucional, de sus posibles implicaciones en materia de indefensión, debemos suponer que, de darse esta eventualidad procesal (la del artículo 579), cuando se disponga acordar la continuación de la ejecución por el importe que quede por cubrir, la previsión legislativa “con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución” deberá entenderse que incluye una nueva oportunidad de oposición por parte del ejecutor (ya no hipotecario, sino ordinario), según el sistema general de motivos de oposición fijado para la ejecución ordinaria de títulos ejecutivos no judiciales. En caso de no admitirse esta interpretación (postura que constituye la práctica forense mayoritaria), la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario frente al acreedor hipotecario adquiriría unas dimensiones absolutamente inadmisibles en el seno de un Estado constitucional, democrático, social y de derecho (artículo 1 de la Constitución).

VIGESIMONOVENO.- Tutela judicial efectiva: derecho de configuración legal y posible conculcación del principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos. Todos los derechos fundamentales precisan de desarrollo legislativo, al tiempo que existen otros conocidos como derechos de configuración legal que presentan una mayor indeterminación y por ello necesitan un mayor complemento legislativo que termine de diseñar su contenido y les permita alcanzar plena efectividad. Es indudable que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como un derecho de configuración legal, por lo que es el legislador quien, en atención a la naturaleza del objeto que tenga cada uno de los procesos que cree, podrá establecer el tipo de procedimiento y las limitaciones de cognición que considere oportunas. Así, este Tribunal ha declarado reiteradamente, ya desde su temprana STC 20/1981, que el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce en el art. 24.1 CE, comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, por lo que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una

resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, que, no obstante, se satisface también cuando se obtiene una resolución de inadmisión, si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial. Es, así, el derecho a la tutela judicial un derecho prestacional de configuración legal, cuyo ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente (STC 185/1987). Dicho esto, que se trate de un derecho prestacional de configuración legal no excluye la concurrencia de límites al legislar, puesto que de lo contrario la virtualidad jurídico-constitucional del derecho desaparecería. Estos límites pueden remitirse, según la propia doctrina del alto tribunal, a la prohibición de establecer obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente. Es precisamente en este punto donde procede analizar si, a pesar de la naturaleza de este derecho, los extraordinariamente limitados límites previstos por el legislador para las posibilidades de alegación del ejecutado permiten tachar a los preceptos analizados de inconstitucionales, por integrar obstáculos o trabas arbitrarios, al ser desproporcionados en atención a la naturaleza del proceso especial de ejecución para el que se han establecido. La ponderación conjunta de los preceptos 695, 698 y 579 de la Ley de enjuiciamiento civil nos llevan a una conclusión posiblemente positiva. Observamos igualmente la relación entre la eventual desproporción de los límites procesales establecidos por el legislador y la posible conculcación del principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, previsto en el artículo 9.3 de la Constitución, puesto que el tribunal deberá seguir adelante con la subasta de la vivienda sin siquiera examinar unos hechos potencialmente relevantes alegados por el ejecutado.

TRIGÉSIMO.- Derecho constitucional a una vivienda digna. Fijada la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se aprecia claramente la potencial conculcación simultánea al derecho constitucional a una vivienda digna. Con independencia de la naturaleza jurídica que pueda reconocerse a este derecho, es evidente que no por ello deja de integrar un derecho constitucional, que pueda ser ponderado a los efectos de una cuestión de inconstitucionalidad. De hecho, el actual régimen legal, tan limitativo del derecho a la tutela judicial efectiva, podría superar el juicio de constitucionalidad, sobre la base de la fuerza de la garantía hipotecaria, para supuestos en los que el inmueble contra el que se dirige la ejecución no constituye vivienda; por el contrario, no sucede lo mismo para el caso de tratarse de vivienda, precisamente porque esa restricción extraordinaria de la tutela judicial lleva al ejecutado a dejar de disponer de su vivienda, que será subastada y adjudicada, previamente al lanzamiento, sin que haya podido efectuar ninguna de las alegaciones a que ya se ha hecho referencia. Es la consideración conjunta y concatenada de la limitación de la tutela judicial y su efecto directo sobre la disposición de la vivienda la que lleva a plantear las dudas de inconstitucionalidad, en el sentido de que un régimen legal procesal respetuoso con la

Constitución seguramente debería prever un régimen de motivos de oposición más amplio, al menos cuando el bien contra el que se dirige la ejecución hipotecaria constituya vivienda efectiva y actual del ejecutado hipotecario.

TRIGESIMOPRIMERO.- Ponderación. Llegados a este punto, debemos abordar el juicio ponderativo del que extraemos la posible inconstitucionalidad de los artículos 695, 698 y 579 de la LEC. Es innegable que para poder ejercitar una garantía como la hipotecaria el acreedor prestador no tiene que probar exhaustivamente las circunstancias fácticas que han llevado a la concurrencia jurídica de la causa de vencimiento anticipado y resolución, a cuyo efecto parece razonable exigirle la mera referencia en el escrito de demanda ejecutiva a las circunstancias temporales e importe del impago. Ello no obstante, ya no es tan evidente que sea proporcionado, adecuado e idóneo, en términos constitucionales, negarle al ejecutado hipotecario cualquier facultad procesal de efectuar alegaciones sobre las circunstancias del impago referido en la demanda ejecutiva, de los posibles vicios del consentimiento al tiempo de la suscripción del título o de posibles nulidades de algunas de las cláusulas, dado su eventual carácter abusivo o desequilibrante. En efecto, con el actual régimen procesal, no parece que los principios y derechos que puedan verse afectados (en perjuicio del acreedor hipotecario o incluso del sistema económico general) por la ampliación del ámbito de cognición de la oposición a la ejecución justifiquen, en términos de proporcionalidad, negar cualquier facultad de alegación y prueba al ejecutado. Por el contrario, no se dispone de la posibilidad procesal de alcanzar un tipo de información que, en su caso, podría motivar la denegación del despacho de la ejecución o la estimación de la oposición, a cuyo efecto ya hemos analizado que las garantías que ofrece al ejecutado la remisión legal al juicio declarativo correspondiente son tan frágiles e insubstanciales que no permiten superar el referido juicio de proporcionalidad constitucional.

PARTE DISPOSITIVA

Se plantea ante el Tribunal Constitucional como cuestión la posible inconstitucionalidad de los artículos 695, 698 y 579 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (artículo 24 de la Constitución), el derecho a la vivienda digna y adecuada (artículo 47 de la Constitución) y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución).

Se dispone la suspensión provisional de las presentes actuaciones hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión.

Remítase la presente cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer ningún recurso.

Así lo acuerda, manda y firma Guillem Soler Solé, magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, doy fe.