



**Tribunal Constitucional (Pleno).**  
**Sentencia núm. 41/1981 de 18 diciembre**

[RTC\1981\41](#)

Recursos de amparo contra resoluciones de Juzgado de 1ª Instancia de Madrid e inconstitucionalidad de artículos reguladores del procedimiento de ejecución hipotecario.

Pretensión de inconstitucionalidad formulada por particulares respecto de Leyes que vulneren derechos fundamentales, siempre que sean inescindibles el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la ley.

**Derecho a la jurisdicción:** tutela efectiva de Jueces y Tribunales: inexistencia de violación del art. 24 de la Constitución Española.

**Jurisdicción:** Constitucional

Recurso de Amparo núms. 55/1981, 56/1981 y 57/1981

**Ponente:** Don luis diez-picazo y ponce de león

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel García-Pelayo y Alonso, Presidente; don Jerónimo Arozamena Sierra, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Francisco Rubio Llorente, doña Gloria Begué Cantón, don Luis Díez Picazo, don Francisco Tomás y Valiente, don Angel Escudero del Corral y don Antonio Truyol Serra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de amparo acumulados (números de registro 55, 56 y 57 de 1981) promovidos por las Sociedades «Construcciones y Servicios Inmobiliarios, S. A.» y «Urbanizadora Móstoles Residencial, S. A.», representadas por el Procurador don Samuel Martínez de Lecea, bajo la dirección del Letrado don José María Mohedano Fuertes, sobre pretendida violación de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución ( RCL 1978\2836), por resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia números 4 y 11 de Madrid y sobre inconstitucionalidad del artículo 1.560 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del Decreto-ley de 5 de febrero de 1869 (NDL 24574) y de los artículos 33, 34 y 35 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 (NDL 3096). Han sido partes en el asunto el Fiscal general del Estado y el Banco Hipotecario de España, representado por el Procurador don Francisco Sánchez Sanz y dirigido por el Letrado don Francisco Sanz Estremera, y ponente el Magistrado don Luis Díez Picazo.

I. ANTECEDENTES

1.

El día 12 de mayo de 1978 la Sociedad «Construcciones y Servicios Inmobiliarios, S. A.» y el «Banco Hipotecario de España, S. A.», otorgaron una escritura de préstamo con hipoteca de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-ley 13/1975, de 17 de noviembre de dicho año ( RCL 1975\2291 y NDL 30746 bis), y en la Orden ministerial de 20 de noviembre siguiente ( RCL 1975\2337 y NDL 30746 bis, nota). El préstamo lo constituía la cantidad de veinticuatro millones cuatrocientas mil pesetas, que se desatinaban a la construcción de viviendas y a facilitar la compra de las mismas a los adquirentes. El interés era el 13 por 100 anual; se fijó una duración de quince años y se estipularon las condiciones de las amortizaciones, constituyéndose hipoteca sobre la finca que en dicha escritura se describía.

El Banco Hipotecario de España acudió al Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid iniciando el procedimiento establecido en la Ley de 2 de diciembre de 1872 y solicitando que se realizara

el oportuno requerimiento de pago al deudor, lo que se efectuó por medio de diligencia de 4 de junio de 1980. En dicho procedimiento solicitó el Banco en 9 de enero de 1981 la práctica de un nuevo requerimiento, el secuestro y posesión interina de la finca hipotecada y, para el caso de que el deudor no diera cumplimiento al requerimiento de pago, la enajenación en pública subasta de la finca hipotecada. El Juzgado lo acordó así en providencia de 16 de enero de 1981, que fue dada a conocer al deudor hipotecario, el cual, por escrito de fecha 11 de febrero, solicitó del Juzgado que se le tuviera por parte en el procedimiento y que se le diera traslado del escrito de iniciación del mismo con el fin de oponerse a él en defensa de sus intereses. Por providencia de 6 de marzo, el Juzgado accedió a la primera de las indicadas peticiones, pero rechazó la segunda. Esta resolución fue recurrida por el Banco Hipotecario de España y por la Sociedad «Construcciones y Servicios inmobiliarios, S. A.». Impugnaba el Banco el que se hubiera tenido por parte a la Sociedad deudora, mientras esta última atacaba la decisión de no permitirle formular oposición. El Juzgado, por auto de 1 de abril de 1981, estimó el recurso del Banco Hipotecario de España y desestimó el de la Sociedad «Construcciones y Servicios Inmobiliarios, S. A.», acordando en definitiva no tenerla por parte ni comparecida en los autos.

2.

Por escrito de fecha 28 de abril de 1981 la Sociedad «Construcciones y Servicios Inmobiliarios, S. A.», acudió ante este Tribunal formulando demanda de amparo y solicitando que se declare la nulidad de la providencia de 6 de marzo y del auto de 1 de abril del Juzgado de Primera Instancia número 11, por haberse, en su opinión, violado en ellos su derecho a la tutela jurisdiccional, a la defensa y a la utilización de medios de prueba protegido para cualquier clase de procesos por el artículo 24 de la Constitución. Solicitaba también el recurrente que se preserve su derecho a la tutela jurisdiccional para actuar como parte en el juicio, alegando en él las excepciones que para los procedimientos de naturaleza ejecutiva prevén la Sección 1.<sup>a</sup> del título XV y el título XVI del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por último, pedía que previa elevación de la cuestión al Pleno del Tribunal, se declare la inconstitucionalidad y la derogación -con los efectos previstos en los artículos 38 y siguientes de la L. O. T. C., ( RCL 1979\2383), del artículo 1.560 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del Decreto-ley de 5 de febrero de 1869 y de la Ley de 2 de diciembre de 1872-.

3.

Con fecha 17 de mayo de 1978 el Banco Hipotecario de España y la Sociedad «Urbanizadora Móstoles Residencial, Sociedad Anónima», otorgaron una escritura pública de préstamo hipotecario con arreglo a lo dispuesto en el ya citado Decreto 13/1975, de 17 de noviembre, y en la Orden ministerial de 20 del mismo mes y año. El importe de este préstamo era de veinte millones novecientos veinte mil pesetas y las condiciones del mismo similares a las del que se ha hecho mérito en el apartado primero.

También con este crédito inició el Banco Hipotecario de España un procedimiento judicial, que se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid. En él se practicaron los oportunos requerimientos de pago, se solicitó la posesión y el secuestro de la finca hipotecada y su enajenación en pública subasta. De manera similar a como se hizo en el procedimiento de que se ha hecho mérito en los apartados anteriores, la Sociedad «Urbanizadora Móstoles Residencial, S. A.», presentó ante el Juzgado un escrito de fecha 11 de febrero del presente año solicitando que se la tuviera por parte en el procedimiento y que se le permitiera formular la correspondiente oposición. Por providencia de 6 de marzo el Juzgado accedió al primero de los procedimientos y rechazó el segundo. Esta resolución del Juzgador fue recurrida por el Banco Hipotecario de España y por «Urbanizadora Móstoles Residencial, Sociedad Anónima». Solicitó el primero que se dejara sin efecto la resolución en cuanto tenía a «Urbanizadora Móstoles Residencial, S. A.», como parte en el proceso, y solicitó esta Sociedad que se dejara sin efecto la decisión de no permitirle oponerse a la demanda. Los recursos fueron resueltos por auto de 1 de abril, que estimó el recurso del Banco Hipotecario de España y rechazó el de «Urbanización Móstoles Residencial, Sociedad Anónima».

4.

Esta Sociedad, por escrito de 28 de abril de 1981, formuló ante este Tribunal recurso de amparo con pedimentos similares a los que dedujo la Sociedad «Construcciones y Servicios Inmobiliarios, S. A.». El paralelismo es completo si se tiene en cuenta que a una y otra Sociedad la representa el mismo Procurador, las defiende el mismo Abogado y los escritos son de la misma fecha.

5.

El 17 de mayo de 1978 otorgaron el Banco Hipotecario de España y la Sociedad «Urbanizadora Móstoles Residencial, Sociedad Anónima», una última escritura de préstamo hipotecario con arreglo a lo dispuesto en el Decreto-ley 13/1975, de 13 de noviembre, y a la Orden ministerial de 20 del mismo mes y

año, de veintinueve millones novecientos veinte mil pesetas, destinadas a la construcción de viviendas y posterior acceso a la propiedad de los adquirentes de las mismas. En la escritura se establecían la forma y los plazos del pago de las amortizaciones del préstamo y los intereses.

Incumplidas las obligaciones, el Banco Hipotecario de España acudió al Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid solicitando que se requiriese de pago al deudor, lo que se efectuó el 20 de julio de 1980. El 14 de noviembre del mismo año, persistiendo la falta de pago, solicitó el Banco la posesión interina de la finca, y el 30 de diciembre la venta en pública subasta con el trámite previo a un nuevo requerimiento a «Urbanizadora Móstoles Residencial S. A.», que se practicó el 6 de febrero de 1981.

El 11 de febrero la Sociedad «Urbanizadora Móstoles Residencial, S. A.», presentó un escrito en el Juzgado solicitando que se le tuviera por parte en el procedimiento y que se le diera traslado del escrito de iniciación del mismo para oponerse a él en defensa de sus intereses. Por providencia de 12 de marzo y el Juzgado accedió a la primera de las pretensiones aludidas y tuvo a la Sociedad por parte en el procedimiento, pero desestimó la segunda petición y no le dio traslado del escrito ni le permitió la oposición. Contra esta providencia recurrieron el Banco Hipotecario de España y la Sociedad «Urbanizadora Móstoles Residencial, S. A.»; el Banco por haberse tenido a la Sociedad por personada y parte, y la Sociedad deudora por no habersele permitido la oposición. El Juzgado desestimó ambos recursos y el Banco Hipotecario de España interpuso apelación contra el auto del Juzgado desestimatorio de su pretensión. La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial declaró que este recurso había sido mal admitido por considerar que contra el auto del Juzgado resolutorio de la reposición no cabía recurso alguno.

6.

Por escrito de fecha 29 de abril de 1981 «Urbanizadora Móstoles Residencial S. A.», acudió ante este Tribunal promoviendo un recurso de amparo con pretensiones muy similares a las formuladas en los recursos de amparo de que se ha hecho mención en los anteriores antecedentes de esta sentencia.

7.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, apartado k), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el Pleno del Tribunal acordó recabar para sí el conocimiento de los recursos aludidos.

8.

Tramitado en forma el procedimiento, se dio el correspondiente traslado para alegaciones al recurrente, al Ministerio Fiscal y al Banco Hipotecario de España.

El recurrente se ratificó en las iniciales alegaciones, dándolas por reproducidas.

El Fiscal general del Estado solicitó la desestimación de la demanda por considerar que no existía la vulneración que servía de base al recurso. Entiende el Fiscal que el procedimiento discutido en este recurso, en parangón con el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria regulado en la Ley Hipotecaria es un proceso de ejecución sin fase de cognición, en el que los aspectos del proceso que habrían de constituir la fase de cognición quedan relegados a un ulterior juicio declarativo. Se infiere de ello que la decisión judicial carece de la condición de cosa juzgada y que el deudor no queda privado del ejercicio de su derecho de defensa ni del ejercicio de las excepciones o motivos de oposición que se recogen en el artículo 1.464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No olvida esto el Estatuto del Banco Hipotecario de España (NDL 3100), que, en el párrafo 2.º de su artículo 94, recuerda la disposición contenida en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria ( RCL 1946\342, 886 y NDL 15457), que en orden a los efectos del procedimiento judicial sumario, preceptúa que las reclamaciones que pueden formular los deudores, los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versan sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender o entorpecer el procedimiento.

Señala el Fiscal que no se ha producido violación del artículo 24 de la Constitución, en el caso que da origen a este recurso, porque el recurrente tuvo pleno acceso al Juzgado que tramitaba los autos, llevó a cabo en él determinadas peticiones y pudo recurrir contra las decisiones del Juzgado.

De su razonamiento, extrae el Fiscal la conclusión de que el acceso al orden judicial civil no le ha sido impedido al recurrente. tuvo conocimiento de la existencia del proceso que contra él se iba a dirigir, al producirse los oportunos requerimientos de pago, y pudo cumplir con aquello a que venía obligado, impidiendo así la iniciación de las actuaciones procesales; una vez formulada la demanda, tuvo conocimiento de ella y compareció, ante el Juzgado instando determinadas pretensiones, que motivaron decisiones, parcialmente estimatorias; pudo recurrir y recurrió frente a la estimación parcial de sus

peticiones, a la vez que la parte actora recurría, asimismo, la decisión del Juez, instando que se le concediera la totalidad de sus demandas.

Por consiguiente, frente a la decisión judicial, parcialmente estimatoria de la solicitud del hoy recurrente, ambas partes interpusieron recurso de reposición, en el cual cada una de ellas alegó cuanto tuvo por conveniente y, oídas las alegaciones, colocadas por ende ambas en situación o plano de igualdad, el Juez decidió, en la forma que estimó procedente, de acuerdo con el conjunto normativo procedimental aplicable al supuesto concreto, subsistiendo el reconocimiento a la recurrente de su condición de parte, en la forma interesada.

Ello comporta que no solamente tuvo acceso al Juez competente, sino que los requisitos mínimos exigidos en las decisiones del Tribunal Constitucional para entender no existe indefensión, se han dado cumplidamente. A mayor abundamiento, la decisión judicial y la situación de ella derivada en el orden en que su pretensión no fue estimada, no es irreversible, puesto que al hoy recurrente queda libre y expedita la vía del juicio declarativo que proceda para esgrimir, cuantos argumentos, excepciones, nulidad, oposiciones, etc., estime que respaldan lo que considera su derecho.

9.

La representación del Banco Hipotecario de España en sus alegaciones hace constar que el auto recurrido, contra el que se alza el recurso de amparo, es consecuencia del procedimiento especial de apremio, en el que no se tiene por parte, ni se da traslado durante el procedimiento, a la parte ejecutada. El procedimiento especialísimo por el que se ejecutan las hipotecas del Banco, no es un juicio ejecutivo puro, con posibilidades, más o menos limitadas, de contienda «inter partes», sino un procedimiento de apremio, en el que se procede a hacer efectivo el derecho de realización implicado en la hipoteca, y en el que, por declaración terminante del artículo 35 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, las reclamaciones que puedan formular el deudor y los demás interesados, incluso las que versen sobre la nulidad del título o de las actuaciones o sobre el vencimiento, certeza, extensión y cuantía de la deuda se ventilarán, necesariamente, en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender el procedimiento. El procedimiento se tramita «inaudita altera parte».

Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1961 ( RJ 1961\3302) y 18 de mayo de 1964 ( RJ 1964\2700), refiriéndose al procedimiento de ejecución hipotecaria, dicen «que ha sido creado con la finalidad de establecer un trámite breve, sencillo y económico de ejecución, simplificándose los del ejecutivo ordinario y suprimiendo en éste (del 131 de la Ley Hipotecaria) la fase declarativa y conservando la vía de apremio», añadiendo poco después que no procede ningún tipo de suspensión en el especial sumario del que se ha querido eliminar toda contradicción procesal.

Se trata, por tanto, de un procedimiento judicial de ejecución, al que las partes se someten por obra de la autonomía de su voluntad, en la escritura pública de préstamo y en el que el ejecutado no tiene intervención en concepto de parte que pueda introducir una controversia, ni siquiera limitada, sobre la que ha de conocer el Tribunal. La Ley, que le impide intervenir como parte, no le priva de intervención eficaz para defender su derecho. En cualquier momento, antes de verificarse el remate conforme al artículo 1498 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede liberar la finca, previo pago de su débito. Le basta para ello cumplir las obligaciones que asumió en el contrato. Y para asegurar su conocimiento de la ejecución y tutelar su derecho a suspenderla, la Ley impone requerimientos de pago y citaciones para subasta.

La rigurosidad del procedimiento ejecutivo de apremio tiene como contrapartida el que no produce el efecto de «cosa juzgada», por lo que el ejecutado conserva siempre su acción para ejercitarla en un procedimiento aparte, «declarativo de mayor cuantía», en donde puede alegar y defender todos sus derechos para impugnar la falsedad o nulidad del título en que se fundamentó la acción ejecutiva o incluso ejercitar su acción por la vía penal y plantear, si procediese, una querrela por estafa contra su ejecutante, en este caso, el Banco Hipotecario de España.

10.

Por auto de fecha 10 de noviembre de 1981 ( RTC 1981\112 AUTO ) el Pleno acordó acumular los tres recursos de amparo registrados con los números 55, 56 y 57 de 1981, a fin de continuar la tramitación y ulterior decisión en uno solo.

Por resolución de 3 de diciembre actual, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 10 del mismo mes.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1.

Los solicitantes del amparo en este asunto demandan la nulidad de unas resoluciones judiciales en las cuales ellos consideran que ha sido violado el derecho a la tutela jurisdiccional tal y como se reconoce en el artículo 24 de la Constitución, la preservación del mencionado derecho para que puedan actuar como parte en los juicios hipotecarios que contra ellos se siguen, alegando las excepciones que para los juicios ejecutivos previenen la Ley de Enjuiciamiento Civil y la inconstitucionalidad de determinados preceptos legales. Quiérese decir con ello que los actos del poder público frente a los cuales el amparo se solicita son resoluciones judiciales y que frente a ellas se esgrime el agravio de que violan el artículo 24 de la Constitución; si bien, reconociendo que se han dictado dentro de la más estricta legalidad, de suerte que para el recurrente la inconstitucionalidad y derogación de los preceptos que ataca es premisa previa del amparo que solicita. Dado este planteamiento, hay que cuestionarse, antes de nada, la medida en que un particular puede impugnar por inconstitucionalidad preceptos legales, sin acudir a la vía de la cuestión de inconstitucionalidad que ofrecen los artículos 35 y siguientes de la L. O. T. C., camino que probablemente pudieron los demandantes seguir en el caso actual.

**Es verdad que el apartado 3, del artículo 41, de la L. O. T. C. dice que «en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso». Sin embargo, es también cierto que en el apartado 2, del artículo 55, se contempla el supuesto de estimación de un recurso de amparo por lesionar la Ley aplicada derechos fundamentales o libertades públicas y, en este caso, permite que, elevándose al Pleno del Tribunal la cuestión, puede decidirse sobre la inconstitucionalidad de la Ley. Una interpretación racional de este precepto obliga a entender que la inconstitucionalidad de la Ley que lesiona derechos fundamentales y libertades públicas puede ser alegada por el recurrente del amparo. De este modo, puede admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, aunque limitada a las Leyes que lesionen o coarten los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 al 30 de la Constitución, y a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos y siempre que sean inescindibles el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la Ley.**

El planteamiento que se ha hecho en el apartado anterior permite comprender que para resolver el presente recurso es preciso, previa y contemporáneamente, decidir la inconstitucionalidad de las leyes impugnadas, pues, como ya se ha dicho, los órganos jurisdiccionales actuaron dentro de la más estricta legalidad, y si al mismo tiempo lo hicieron dentro del marco de la constitución, por ser conformes con ésta los textos legales que aplicaron, es obvio que el amparo no podrá prosperar.

2.

El fundamento de los procesos seguidos por el Banco Hipotecario de España, que han originado los recursos de amparo que ahora se resuelven, se encuentra en el Decreto-ley de 5 de febrero de 1869, que reguló las bases para la actuación de las instituciones de crédito, cuyo objeto fueran operaciones de préstamo hipotecario o de crédito territorial y cuyos artículos 16 y siguientes establecían, con carácter general, el secuestro y la posesión interina de las fincas, y «si la institución de crédito no creyere suficientemente asegurados sus intereses con la posesión y los productos de la finca» se le facultaba para pedir al Juez la enajenación en pública subasta y la rescisión del préstamo.

La Ley de 2 de diciembre de 1872, que creó el Banco Hipotecario de España, reiteró, en su artículo 33, el sistema de secuestro y posesión interina de la finca, «previo requerimiento» de pago, y el artículo 34 ofrecía la alternativa de la venta en pública subasta, partiendo de la consideración de que «la marcha regular de las operaciones del Banco exigiere el reintegro inmediato del préstamo».

finalmente, hay que citar el Real Decreto-ley de 4 de agosto de 1928, que aprobó el Estatuto orgánico del Banco Hipotecario de España, y mantuvo, en sus artículos 10 y 11, el sistema de ejecución, regulado en las precedentes normas, que se reiteró, además en el Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 (NDL 3101).

De este último Real Decreto interesa destacar que, según se afirma en él, los nuevos estatutos se dictan por imperativo de lo establecido en el precedente Real Decreto-ley, y que al regular el procedimiento que ahora nos ocupa, no olvida afirmar el artículo 92, párrafo último, «lo dispuesto en este artículo y el anterior ..., son reproducción exacta de sus correspondientes de la Ley de 2 de diciembre de 1872 ...», con lo cual recuerda que los procesos que estos artículos regulan no son obra del «nuevo estatuto» y que tiene cobertura legal.

3.

El especial procedimiento de ejecución que estamos examinando supuso, en el momento de su introducción, una singular alteración de las normas de los juicios ejecutivos, pues la Ley Hipotecaria de 1861 no había establecido ningún procedimiento especial para la ejecución de las hipotecas y había por ello que acudir para esto al genérico juicio ejecutivo. Esta situación se mantuvo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tampoco establecía ningún juicio especial para las hipotecas. Así, durante años, el Banco Hipotecario de España ocupó una posición privilegiada respecto de los restantes acreedores hipotecarios, que tenían que hacer valer su derecho a través del juicio ejecutivo ordinario que, a pesar de su tramitación abreviada, resultaba largo y complicado al tratar de hacer efectivo un derecho real que consta en el Registro con todas las seguridades que la inscripción proporciona, según decía Roca Sastre. Este tipo de consideraciones condujo a la introducción general en el ordenamiento de un procedimiento especial de ejecución de los créditos hipotecarios que recogía en buena medida los principios inspiradores del procedimiento especial del Banco Hipotecario de España. Este procedimiento apareció en la Ley Hipotecaria de ultramar, de 14 de junio de 1895, y tras sucesivos intentos de reforma y un larguísimo y sumamente complejo debate, se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909, y se ha mantenido en las posteriores modificaciones, que lo han alterado en aspectos que carecen de interés para nosotros.

4.

No es impertinente para precisar el problema que el recurso plantea un examen comparativo de la ejecución hipotecaria común y de la especial del Banco Hipotecario de España. No se trata -porque ese no es el tema de hoy- de señalar las diferencias para ver cuál es el privilegio, de que dispone el Banco Hipotecario de España. El interés de la comparación nace, por el contrario, de las similitudes entre los dos procedimientos. Hay, en consecuencia, una mejor posición procesal de los titulares de créditos hipotecarios respecto de quienes accionan con títulos ejecutivos de otra índole. En nuestro caso, los demandantes del amparo no pretenden que les situemos en la posición que les correspondería si a su caso se aplicara el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sino que se les sitúe en la que resultaría de aplicar la Sección 1.<sup>ª</sup> del Título XV, y el título XVI, del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es verdad que buscan la declaración de inconstitucionalidad de las normas que regulan el procedimiento ejecutivo del Banco Hipotecario, pero lo es también que el amparo que piden sólo podría satisfacerse si considerásemos inconstitucional el proceso ejecutivo del Banco Hipotecario de España, y la ejecución hipotecaria común, que habría que aplicar en virtud del principio de «les specialis». Si los demandantes del amparo piden que se les aplique el juicio ejecutivo ordinario y no el procedimiento de ejecución hipotecaria común, es porque implícitamente consideran que en este último se dan también excepciones al principio de contradicción procesal.

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, mas fuera de esa posibilidad el demandado tiene muy contadas posibilidades. Frente a las once excepciones que permite el artículo 1464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio ejecutivo ordinario, la Ley Hipotecaria preceptúa que las reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, incluidas las que versen sobre la nulidad del título o de las actuaciones o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, «se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento». Esta regla admite únicamente las excepciones que enumera el artículo 132: la cuestión prejudicial penal de falsedad del título; la tercería de dominio, que equivale a un improbable error del Registrador, ya que ha de tratarse de inscripción anterior a la del crédito; la cancelación de la hipoteca y la existencia de saldo distinto en la libreta del deudor respecto del que resulte de la presentada por el actor, en la especial hipoteca en garantía de cuentas corrientes. En el procedimiento de ejecución especial del Banco Hipotecario de España la suspensión se regula en términos aún más limitativos, ya que sólo se producen por demanda que se funde en título anteriormente inscrito. Si el procedimiento no se suspende por alguna de las causas mencionadas, se pasa de inmediato a la fase de realización de los bienes y a la entrega del valor al acreedor. El procedimiento común y el especial presentan en este punto diferencias que no son relevantes para lo que aquí nos interesa. Hay que destacar que en ninguno de los dos se da participación al deudor.

5.

En procedimiento de ejecución hipotecaria se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido falta la controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución.

Más en concreto, es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica, 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» del que se incumpla la obligación asegurada. Producida tal «conditio iuris», la sujeción potencial se actualiza y el valor se realiza. El procedimiento es una vía de apremio, en que el Juez realice un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí solo porque se lo impide el principio de la paz jurídica.

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 acción hipotecaria se ejercita directamente sobre los bienes hipotecados, una vez comprobado que la sujeción potencial subsiste y que la actualización ha acaecido. A este respecto interesa subrayar la identidad entre el procedimiento de ejecución hipotecaria común y el especial del Banco Hipotecario de España, y hacer notar que las críticas que en su día se formularon a la introducción del primero no se refirieron a la supresión de la fase de cognición, sino a la posibilidad de someter a la administración la finca hipotecada y a otros extremos que aquí no son de relieve.

La ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud.

La ausencia de cognición parece tan esencial a la ejecución hipotecaria, que se halla presente por imperativo legal en la ejecución extrajudicial ante Notario. A este procedimiento alude la Ley Hipotecaria en su artículo 129, al decir que en la escritura de constitución puede pactarse un procedimiento extrajudicial para hacer efectiva la hipoteca. Este procedimiento se inicia por requerimiento notarial de pago. Sigue la integración del título y la notificación del procedimiento a los titulares de derechos inscritos o anotados después. Transcurridos treinta días, se procede a la subasta. Nos hallamos, pues, ante una ejecución tan expeditiva como la judicial. Las causas de suspensión son, según artículo 236 del Reglamento Hipotecario ( RCL 1947\476, 642 y NDL 15458), las mismas que se prevén en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, con la diferencia, respecto de la ejecución judicial, de que la suspensión procede también cuando antes de la subasta se anota preventivamente la oposición formulada en el juicio declarativo.

6.

**El hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte anticonstitucional** por ser contrario al artículo 24 de la Constitución. Existen poderosos argumentos que apoyan la conclusión opuesta. El primero es de índole sistemática. 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 elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor; hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. La Ley Hipotecaria y los Estatutos del Banco Hipotecario de España dejan abiertas todas las posibilidades de contradicción y se limitan a establecer que sólo unas limitadas excepciones puedan producir suspensión. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber 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.

7.

En otro orden de cosas hay que señalar que el constituyente de la hipoteca ha consentido la oposición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico. La hipoteca voluntaria, dice el artículo 145 de la Ley Hipotecaria, se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello trae consigo, y se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede

llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurran los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título.

Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. Con ello, no se quiere decir que la inconstitucionalidad quede eliminada por una renuncia al derecho, ya que tal renuncia no sería por sí sola suficiente para sanar el vicio. Aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional. Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Desestimar los recursos interpuestos por las Sociedades «Construcciones y Servicios Inmobiliarios, S. A.» y «Urbanizadora Móstoles Residencial, S. A.».

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 18 de diciembre de 1981.-Manuel García-Pelayo y Alonso.-Jerónimo Arozamena Sierra.-Manuel Díez de Velasco Vallejo.-Francisco Rubio Llorente.-Gloria Begué Cantón.-Luis Díez Picazo.-Francisco Tomás y Valiente.-Angel Escudero del Corral.-Antonio Truyol Serra.-Firmados y rubricados.