

# EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO DEL ART. 131 DE LA LEY HIPOTECARIA (Sobre las SSTC 217/1993, de 30 de junio, y 296/1993, de 18 de octubre)

SILVIA BARONA VILAR  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

**SUMARIO:** I. CUESTIONES GENERALES. II. NATURALEZA JURIDICA Y RAZON DE SER DE ESTE PROCEDIMIENTO EJECUTIVO. 1. Naturaleza jurídica. 2. Causas de oposición. 3. Nulidad de actuaciones. 4. Proceso declarativo posterior. III. ¿VULNERACION DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSION? CONCEPTO DE INDEFENSION CON TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL.

## I. CUESTIONES GENERALES

Cuando el acreedor tiene garantizado su crédito con una hipoteca goza, en base a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, de diversos mecanismos procesales, si pretende exigir dicho crédito; mecanismos que podemos clasificar de la siguiente forma:

a) Juicio ejecutivo del art. 1.429.1 LEC. En este supuesto, y teniendo como título a la escritura pública de hipoteca, la pretensión ejercitada no es hipotecaria sino personal. Ello supone dos consecuencias: 1. Que se aplicarán íntegramente los preceptos de la LEC. 2. Que la pretensión, al ser personal, se dirige contra el deudor, pudiéndose embargar sólo bienes de los que el deudor es propietario y atendiendo al orden de prelación establecido en el art. 1.447 LEC.

b) Juicio ejecutivo del art. 1.429 LEC, pero interponiéndose una

pretensión pura hipotecaria, es decir, aun considerando como título a la escritura pública de la hipoteca, la pretensión que se ejercita no es personal sino hipotecaria.

c) Procedimiento del art. 131 de la LH, si concurren los presupuestos que posteriormente analizaremos.

d) Ordinario que corresponda por razón de la cuantía. Aunque se trate de una vía menos apropiada al existir la posibilidad de acudir directamente a la ejecución de un título no judicial, que es un camino más rápido, cabe, sin embargo, la vía del proceso ordinario como otro mecanismo para hacer valer el crédito garantizado con hipoteca, por el acreedor.

e) Procedimiento ejecutivo extrajudicial, siempre que se den determinados presupuestos. Se trata de un procedimiento privado que parte de un pacto expreso en la escritura de constitución de la hipoteca y de la sustanciación del mismo por un notario, que es el que va a requerir de pago al deudor y al tercer poseedor y el que procederá, en el supuesto de impago, a la subasta del bien hipotecado.

Es precisamente en la tercera posibilidad aquí citada en la que nos vamos a centrar, por cuanto las sentencias objeto de nuestro comentario se dictan en sendos procesos de ejecución judicial del art. 131 de la LH, en aplicación de lo dispuesto en el art. 132 de la citada Ley. En ambos supuestos se cuestionan diversos aspectos de este procedimiento, aspectos que han producido respuesta por parte del Tribunal Constitucional. Al respecto cabe apuntar, sin embargo, que no tan sólo encontramos pronunciamiento del TC en estas sentencias, sino que en diversas ocasiones este Tribunal ha podido pronunciarse sobre estas materias.

Las cuestiones en las que se centran las sentencias citadas y que van a ser analizadas posteriormente son fundamentalmente:

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, recogido en el art. 24.1 de la CE, del art. 132 LH, por cuanto este precepto obliga a acudir a los ciudadanos a un procedimiento declarativo largo y costoso para la obtención de una tutela judicial efectiva cuando ya se ha producido una lesión efectiva.

Vulneración del art. 24.1 CE al producirse situación de indefensión al no haberse efectuado requerimiento de pago en el art. 131.3,3 LH ni tampoco se ha efectuado adecuadamente la citación, por lo que se produce una quiebra del derecho a acceder al proceso. En esta línea se plantea la nulidad de actuaciones en este procedimiento y los mecanismos procesales para ponerla de manifiesto.

Se cuestiona el concepto de indefensión y su importancia desde el punto de vista constitucional. El TC se centra en esta cuestión afirmando que la indefensión no es exclusivamente formal, sino también con carácter material.

Se cuestiona, asimismo, si se ha producido vulneración del principio de igualdad procesal del art. 14 de la Constitución.

Planteadas estas cuestiones previas, entiendo necesario pasar a analizar el procedimiento del art. 131 LH, sobre todo en el tema de los presupuestos para acudir al mismo, la razón de ser de esta institución procesal, su naturaleza jurídica, las causas que pueden dar lugar a la suspensión del mismo, la posibilidad de la nulidad de actuaciones y el proceso declarativo posterior que abre el mismo art. 131 LH, para poder luego abordar las cuestiones que se suscitan en estos procesos de amparo, que han dado lugar las sentencias objeto de nuestro comentario.

## II. NATURALEZA JURIDICA Y RAZON DE SER DE ESTE PROCEDIMIENTO EJECUTIVO

### *1. Naturaleza jurídica*

Este procedimiento se introduce a través de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, siendo perfeccionado posteriormente mediante el Reglamento de 1915 (mediante la reforma de los arts. 202 y 203) y la Ley de 27 de agosto de 1932, que, de alguna forma, vino a sentar los cimientos del actual procedimiento del art. 131 de la LH. Posteriormente, fue la reforma de 1944-46 la que, junto al Reglamento de 1947 y posteriormente la última reforma de 1986, ha venido a dar a este procedimiento la configuración que en la actualidad posee.

La misma Exposición de Motivos del proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 afirmaba que la finalidad de la implantación de este procedimiento en nuestro sistema era la de favorecer la realización del crédito real inmobiliario, proporcionando a los acreedores un medio fácil de efectividad de los créditos hipotecarios. En base al art. 129 LH podemos afirmar que la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial que se establece en el art. 131 de esta Ley.

Con anterioridad a la regulación de la LH de 1909, los acreedores que gozaran de una hipoteca sólo podían acudir al juicio ejecutivo de

la LEC, además, claro está, de poder acudir al declarativo ordinario que correspondiera por razón de la cuantía. Este proceso ejecutivo ordinario se hizo inadecuado por cuanto “no sólo era complicado, sino que permitía fácilmente al deudor de mala fe entorpecerlo con incidentes y suspensiones, alargándolo más aún, aumentando su coste y aburriendo a los acreedores” (Roca Sastre y Roca Sastre Muncunill, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1979). Estas dificultades no hacían sino que se produjera un retraimiento de los prestamistas y con ello un aumento de los tipos de interés, lo que afectaba a alguien más a que un sector pequeño de acreedores, y que provocó la creación de un procedimiento breve, rápido, sencillo y mucho más económico, con mayor seguridad de cobro para los mismos acreedores.

Partiendo de esta evolución histórica sucinta, tendremos que determinar la naturaleza de este procedimiento hipotecario. Y, en este punto nos parece interesante tomar como referencia la opinión de tres autores sobre la materia:

Guasp (*La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951) considera este procedimiento como proceso de ejecución, cuya característica fundamental se halla en procurar al titular del derecho subjetivo, o del interés protegido, la satisfacción, sin o contra la voluntad del obligado. Señala este autor que la calificación del procedimiento regulado en la legislación hipotecaria ha de obtenerse, no tanto por el especial objeto a que está destinado, como por la índole de los actos que lo componen. De ahí que se trate de un procedimiento especial que Guasp denomina como procedimiento judicial sumario, manteniendo este autor que es un verdadero proceso de ejecución.

Por su parte, Prieto-Castro (“Los procedimientos de ejecución de la hipotecaria mobiliaria y la prenda sin desplazamiento”, *A.A.M.N.*, Tomo XI) hace un análisis histórico de esta materia, utilizando precisamente este estudio histórico para concluir con la idea de que el llamado procedimiento judicial sumario, como derivación ideológica y real del pacto de sumisión a la ejecución del derecho español primitivo, no es un juicio cognitorio, sino un procedimiento de apremio, donde todo lo más que cabe son simples motivos de suspensión.

La Plaza (“Los principios fundamentales del proceso de ejecución”, *RDP*, 1945), mantiene también que nos hallamos ante un proceso de ejecución, pero no considera que estemos ante un proceso sumario. Lo sumario supone siempre abreviación de trámites de un procedimiento ordinario, no establecimiento de un procedimiento distinto.

Por su parte, la jurisprudencia se ha manifestado en reiteradas ocasiones calificando a este procedimiento como de apremio, pero manteniendo el calificativo sumario, quizá por mantener la terminología empleada por el mismo legislador. Así, señala que nos hallamos ante “una vía de apremio dirigida directamente contra los bienes hipotecados, no precedida de fase alguna de cognición (SAP Castellón de 26 de diciembre de 1991; *RGD* 576, p. 9170). “Se trata, en definitiva, de un proceso especial de apremio que suprime la fase contenciosa o de cognición tendente a la realización del valor en cambio de la finca hipotecada, en el que, vencido el crédito asegurado, o sea, incumplida la obligación principal, aquella sujeción del inmueble cesa de estar en situación potencial, produciéndose la *condictio iuris* de la que pendía la realización y adjudicación de aquel valor a favor del acreedor” [SAP Barcelona (Sección 4.ª) de 31 de octubre de 1992, *RGD*, 1992, p. 3.826].

Entendemos que efectivamente nos hallamos ante un proceso de ejecución, cuyas características hacen compleja la naturaleza jurídica del mismo. No hay que olvidar que estamos ante una ejecución de un título de extraordinaria fuerza ejecutiva y con una característica típica, cual es la disminución de las posibilidades de oposición, mediante el planteamiento de las correspondientes excepciones (doctrina sentada, entre otras, por las SSTC 41/1981, fundamentos jurídicos 4.º y 5.º; 64/1985, fundamento jurídico 2.º; 8/1991, fundamento jurídico 2.º; y 6/1991, fundamento jurídico 3.º). En este tipo de proceso basta la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada a los terceros poseedores o de acreedores posteriores para pasar a la fase de realización, lo cual implica que el deudor goza de unas posibilidades de contención muy limitadas.

Ante esta situación, hemos de defender que estamos ante un proceso de ejecución, caracterizado por ser, como en su momento apuntó la STC de 18 de diciembre de 1981 (*BJC* 1982-9, p. 33), “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* de 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 el que el juez realiza un derecho de acreedor, que éste no puede realizar por sí solo porque se lo impide el principio de la paz jurídica”. De ahí la labor del juez de

comprobación de cumplimiento de los requisitos apuntados para proceder directamente a la realización de los bienes.

La falta de cognición en estos procedimientos, que permiten tan sólo la posibilidad de una oposición basada únicamente en los cuatro motivos que dan lugar a la suspensión del juicio ejecutivo en virtud de lo que dispone el art. 132 LH, es esencial y básica en estos procesos de ejecución, y sirve para que lleguemos a darle una naturaleza concreta a este procedimiento del art. 131 de la LH.

Para poder concluir con la naturaleza de este procedimiento se hace necesario que consideremos la posición mantenida por Montero Aroca [*"Sobre la constitucionalidad de la jura de cuentas (Comentario a la STC 110/1993, de 25 de marzo)"*, *Derecho Privado y Constitución*, 2, 1994, pp. 283 ss.], en la que se expresa la opinión de este autor acerca de las denominadas "tutelas privilegiadas", incluyendo dentro de las mismas a aquellos supuestos en los que el legislador llega a convertir a determinados documentos en títulos ejecutivos para dar paso a la ejecución sin proceso declarativo previo. Ello es un claro privilegio procesal, en cuanto "los créditos en ellos plasmados pueden exigirse por una camino procesal distinto del ordinario que presupone primero declarar y luego ejecutar".

El problema fundamental que vamos a encontrar es que, junto con el calificativo de proceso de ejecución (respecto del que parece existir ya cierto consenso doctrinal y jurisprudencial), se le califica, y no sólo a este procedimiento, sino también algún otro con las mismas características, de proceso de ejecución sumario (y en ese mismo error ha incurrido el TC en diversas ocasiones, quizá incluso llevado, en el caso que nos ocupa, porque la propia LH está calificando a este juicio hipotecario como sumario).

Interesa, por ello, aclarar, como lo hace Montero Aroca, que no es posible predicar la sumariedad de los procesos de ejecución, y ello por cuanto la sumariedad sólo se predica respecto de la declaración del derecho, mas nunca de la ejecución del mismo. El ámbito de la sumariedad sólo puede referirse a lo que se declara, a lo que se juzga, es decir, a la oposición. "Cuando el deudor formula oposición lo que en realidad hace es intercalar un incidente declarativo dentro de un proceso de ejecución y, teniendo en cuenta que esa oposición tiene limitadas las causas legalmente, se le atribuye condición sumaria, por lo que puede iniciarse un declarativo posterior entre las mismas partes, en el que, con toda amplitud, podrá discutirse sobre la existencia y contenido de la relación jurídica material".

Por todo ello hemos de entender que estamos ante un proceso de ejecución, pero en ningún caso es este sumario, dado que la sumariedad se predica respecto del incidente de oposición que se abre, al amparo de los motivos establecidos en el art. 132 LH, mas no respecto de la ejecución misma.

## 2. Causas de oposición

Partiendo de lo que dispone el art. 132 LH, el ejecutado va a tener una posibilidad muy reducida de intervención en este procedimiento ejecutivo del art. 131 LH; y ello por cuanto el art. 132 tan sólo permite cuatro causas, por medio de las cuales va a poder llegar a suspenderse el procedimiento hipotecario. Estas posibilidades quedan reducidas a las siguientes:

a) Puede detener la ejecución mediante el pago. Esta posibilidad es clara, dado que el pago haría innecesaria la continuación del citado procedimiento ejecutivo hipotecario del art. 131 LH.

b) La ley hipotecaria, además, establece, frente a las excepciones que pueden oponerse en el juicio ejecutivo ordinario, establecidas en el art. 1.464 LEC, 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".

Las únicas excepciones a esta regla vienen establecidas en el art. 132 LH, que son:

a') Si se justificase documentalmente la *existencia de un procedimiento criminal, por falsedad del título hipotecario* en cuya virtud se proceda, en que se haya admitido querrela o dictado auto de procesamiento.

Esta causa supone el cuestionarse la existencia del mismo crédito que constituye la razón de ser del procedimiento hipotecario. Y ello provoca el planteamiento de una verdadera cuestión de perjudicialidad penal, que supone la suspensión del proceso civil hipotecario. No obstante, la suspensión va a depender de la justificación documental de la existencia del proceso penal por falsedad del título hipotecario, pero a este respecto hay que tener en cuenta que no toda admisión de querrela por supuesto delito de falsedad puede ocasionar la suspensión del procedimiento hipotecario.

Interesante a este respecto es el AAP Barcelona de 9 de octubre de 1992, (*RJC*, 1993, 1, p. 151), que apunta que “la especialidad y excepcionalidad del precepto estudiado obliga a realizar dos consideraciones. En primer lugar, que no son aplicables al juicio que nos ocupa los preceptos generales establecidos en los arts. 362 y 514 LEC, y segundo que siendo la norma básica la de no suspensión, el supuesto de excepción debe interpretarse de forma restrictiva (art. 4.2 CC). Ello ha llevado a la doctrina y a los propios Tribunales a entender que no toda admisión de una querrela presentada por el deudor hipotecario por presunto delito de falsedad puede dar lugar a la suspensión del procedimiento, pues el precepto se refiere a la falsedad del título en alguna de las modalidades que contempla el art. 302 CP”. En realidad, esta causa presupone la del delito de falsificación de documentos públicos, configurando en el art. 302 CP citado, en cuyo n.º 3 incidirá el notario que en la escritura autorizada atribuyere a los otorgantes declaraciones diferentes de las que realmente hubieren hecho.

Si se decretara la suspensión, ésta se mantiene hasta que recae la sentencia firme en la causa criminal. Si la sentencia penal declara que no existe tal falsedad, la ejecución hipotecaria continuará. Si, por el contrario, se declara la existencia de tal falsedad, la ejecución finalizará, quedando sujeto el acreedor a la indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 131.2 LH.

b') Si se interpusiere una *tercería de dominio*, acompañando inexcusablemente con ella, título de propiedad de la finca de que se trate, inscrito a favor del tercerista o de su causante, con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor, y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio a favor del tercerista.

Presupuestos necesarios para poder presentar esta demanda de tercería son:

1. El título de propiedad de la finca inscrito a su favor o al del causante, con fecha anterior a la inscripción del crédito del ejecutante.
2. Certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio a favor del tercerista.

Ha sido la misma jurisprudencia la que ha entendido como razonables y lógicos la exigencia de estos presupuestos, por cuanto “se trata de un procedimiento de ejecución por la eficacia de un título formal constituido previamente, cuya virtualidad se proyecta simplemente en la realización del valor de la cosa que sirve de garantía de la devolución del crédito, cuando se produce su incumplimiento, de



suerte tal que no precisa de un debate anterior para ello, bastando la presentación de los títulos y documentos que señala el art. 131.3 LH para su dinámica procesal, por lo que este proceso de ejecución privilegiado obliga a extremar las precauciones sobre la admisión de tercerías, cuya primera medida a adoptar es la suspensión del procedimiento ejecutorio, razón por la que el art. 132.2 fuerza en el sentido expuesto la investigación y examen de los títulos acompañados por el tercerista" (STS de 4 de febrero de 1987 -RA 682-).

En realidad, como apuntan Fernández López/Rifa/Valls (*Derecho procesal práctico*, t. VII, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 302), son tan estrictos los requisitos exigidos por el art. 132.2 LH, que sólo puede interponerse con éxito esta tercería de dominio si se produjo un error en el Registro, bien porque existió una doble inmatriculación, o bien porque, a pesar de haber sido transmitida la finca e inscrita en el Registro a favor de un tercero, el Registrador inscribió la hipoteca constituida por el transmitente. En este caso, el tercero propietario puede reivindicar o pedir que se declare su titularidad, pero en el proceso declarativo ordinario que corresponda.

c') Si se presentare *certificación del Registro, expresiva de quedar cancelada la hipoteca*, en virtud de la cual se proceda, o copia auténtica de la escritura pública de cancelación de la misma, con la nota de presentación en alguno de los Registros en donde se haya de tomar razón de ella, otorgada por el actor o por sus causantes o causahabientes, acreditándose también documentalmente el título de transmisión, en su caso.

Esta causa de suspensión tan sólo será posible si existe una decisión judicial que haga efectiva tal cancelación cuando se encuentre pendiente de una ejecución.

Obviamente este motivo del art. 132 LH conlleva la inexistencia de la hipoteca ejecutada, lo que debe tener y producir sus efectos correspondientes en materia de la ejecución.

d') Cuando ha hipoteca está constituida en *garantía de cuentas corrientes* y la libreta que presente el deudor arroje un saldo distinto del que resulte de la presentada por el actor. Si el saldo se debiere acreditar por certificación de la entidad acreedora, y el deudor hubiere alegado error o falsedad, se estará exclusivamente a lo dispuesto en el artículo 153.

Entrará en juego esta causa cuando nos hallemos ante un supuesto que implique que la hipoteca estuviera constituida en garantía de cuentas corrientes y el saldo de la libreta presentada por el acreedor

fuese distinto del presentado por la libreta del deudor, y, por ello, también fuere distinta la cantidad por la que el juez va a ejecutar.

Como apunta el AAP de Barcelona de 12 de marzo de 1991 (RGD, 565, p. 9.396), “las partes son, en principio, libres para establecer el sistema que ha de justificar la existencia y la cuantía del saldo exigido, pero para utilizar el procedimiento judicial sumario es necesario llevar el de doble libreta o que al contribuir la hipoteca se haya convenido el de certificación contable siempre que el acreedor, como en el caso controvertido ocurre, sea una empresa bancaria, Caja de Ahorro o Sociedad de Crédito debidamente autorizadas (art. 153.3 y 5), lo que supone una evidente dificultad que impide, con carácter general, su ejecución hipotecaria siendo así que no cabe en estos casos oponer excepciones relacionadas con el débito, que deben reservarse para el juicio declarativo que corresponda”.

Si el procedimiento no se suspende por alguna de las causas que se apuntan en este art. 132 LH, se pasa a la inmediata fase de realización de los bienes y a la entrega del valor al acreedor.

Salvo los supuestos del art. 132 LH citados, que permitirían la suspensión de la ejecución por medio del incidente correspondiente, las demás reclamaciones que pudieran llegar a suscitarse se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda.

### 3. *Nulidad de actuaciones*

Como complemento de lo anterior, nos encontramos con un supuesto allí no planteado, por cuanto –entiendo– merece consideración especial e independiente. Me estoy refiriendo a la posibilidad de declarar la nulidad de las actuaciones en este proceso ejecutivo hipotecario.

Para tratar este tema es necesario que partamos de unas ideas claras:

1. Todas las cuestiones que van referidas a la relación material pueden, o bien ser cuestionadas a través de las causas de oposición que son permitidas por el art. 132 LH y que hemos analizado, o bien cabe la posibilidad de plantearlas y cuestionarlas en un proceso declarativo posterior (art. 132.6 LH). El carácter de sumariedad que se predica respecto de esta posible cognición dentro del procedimiento hipotecario, hace que se abra la posibilidad de un proceso declarativo posterior.

2. Surge la cuestión de cómo plantear y resolver los defectos procesales que dan lugar a la nulidad de actuaciones, ya sea nulidad absoluta o nulidad relativa o anulabilidad.

Si bien durante algún tiempo pudo haber dudas acerca de si era viable o no la nulidad de actuaciones de oficio en este procedimiento del art. 131 LH, hoy la jurisprudencia se manifiesta claramente a favor de la misma.

El TC admitió claramente, en la Sentencia 8/1991, de 17 de enero la vía de la nulidad de oficio, al declarar que la nulidad de actuaciones no resulta contraria a las características del procedimiento del art. 131 LH, y que es aplicable a dicho proceso para salvaguardar las garantías procesales de las partes y el principio de economía procesal, ante el absurdo de continuar un trámite a sabiendas de la existencia de un defecto que vicia el proceso de indefensión y evitar así el dispendio de un juicio declarativo. Esta sentencia no sólo abría el cauce del art. 240 LOPJ para decretar la nulidad de actuaciones, sino que más bien iba más allá, y llegaba casi a la pretensión de entender sin fuerza legal al precepto que exige acudir al declarativo que corresponda. Posteriormente, ha vuelto sobre este tema la Sentencia 217/1993, de 30 de junio.

Asimismo, el AAP Toledo de 14 de noviembre de 1992 apuntó... “el art. 132, preconstitucional, aunque incardinado en el procedimiento reformado por la Ley 14 de mayo de 1986, habrá de interpretarse de acuerdo con la Constitución (art. 7.3 Ley Orgánica), y, por tanto, de la forma más favorable para la efectividad de los derechos de acceso al proceso y de defensa instaurados en el art. 24.1 y 2 de aquélla. Si bien en principio pudiera considerarse que el primero de los derechos quedaría salvaguardado mediante la remisión al demandado a un cauce procesal específico para sustanciar su oposición con absoluta plenitud, ello no sería suficiente para preservar el derecho de defensa, que ha de ser amparado en todo proceso”.

Incluso, en alguna ocasión, se ha llegado a incidir en esta posibilidad de la nulidad de actuaciones traspasando los propios límites que se apuntan en el art. 240 LOPJ. Es decir, que el TC ha señalado que incluso es posible la nulidad de oficio por vicios procesales que provoquen indefensión, después de dictado el auto de aprobación definitiva del remate, ya que no cabe equiparar este auto a la sentencia definitiva, a que hace referencia el art. 240.2 LOPJ (STC 148/1988, de 14 de julio). No vamos a entrar en la aprobación de esta opinión o no mantenida por el TC que, en todo caso, nos parece cuanto menos discutible, pero lo que sí es cier-

to es que ya no cabe duda alguna de la viabilidad de la nulidad de actuaciones en el procedimiento hipotecario del art. 131 LH.

Cuestión que se suscita, al hilo de este punto, es la referente a si sería posible discutir en el declarativo posterior ese defecto procesal, es decir, si para remitirse al proceso de amparo se hace necesario haber agotado todos los mecanismos legales existentes y entre ellos el proceso declarativo posterior.

En este punto discrepo del TC. No podemos defender que pueda y deban discutirse los defectos procesales que dan lugar a la nulidad por vía del declarativo posterior. Este, tan sólo se centrará en las discusiones relativas a la relación jurídico-material; y ello en base, claro está, a la posición antes mantenida de que estamos ante un proceso de ejecución en el que la sumariedad se predica no ya de la ejecución, sino de la cognición, que abre las posibilidades de cuestionar lo referente a la relación jurídica-material en un momento posterior. Por ello, si no se declaró la nulidad de actuaciones de oficio, para ello existen los medios de impugnación correspondientes, incluyendo además el cauce posible del proceso de amparo constitucional.

El problema suscitado en las resoluciones de amparo del TC que ahora comentamos es el de que se entiende, por el TC, entre otras razones, que no se ha agotado la vía previa a través del proceso declarativo posterior, opinión que, como ya apuntamos, no compartimos, si bien sí debieron agotarse los medios e instrumentos procesales ordinarios y extraordinarios que el legislador puso a disposición de las partes para atacar la falta aquí alegada, que no es otra que una falta o defecto procesal que da lugar a la nulidad relativa o a la anulabilidad, cual es la falta de requerimiento de pago previsto en el art. 131.3 LH y la citación para el remate (STC 217/1993, de 30 de junio y 296/1993, de 18 de octubre).

Planteadas las vías para hacer posible la nulidad por defectos procesales, hay que descender al caso concreto que nos ocupa para poder hacer una matización necesaria. En ambas resoluciones del TC se plantea una alegación de defecto procesal referido a actos de comunicación. No hay que olvidar, sin embargo, que, a pesar de dicho defecto, no puede ni siquiera pedir la nulidad la parte si, "enterado del objeto del acto de comunicación (emplazamiento, notificación o citación) puede comparecer o intervenir en el acto procesal en cuestión, pues, entonces, se subsana la nulidad relativa del acto, precisamente por no haberse producido indefensión" (Verge Grau, J., *La nulidad de actuaciones*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 103). Y, de alguna forma, ésta es la

situación que se suscita ante el TC, en cuanto se pudo tener conocimiento de la existencia del procedimiento hipotecario pendiente y, sin embargo, se mantuvo en tal situación que luego pretendieron las partes alegar indefensión por dichos defectos procesales. En consecuencia, si existe consentimiento tácito, no puede posteriormente alegarse indefensión (sobre este punto en relación a la indefensión volveré posteriormente).

#### 4. *Proceso declarativo posterior*

Como apuntamos anteriormente, el art. 132.6 señala “todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones o sobre 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 que establece la presente ley”.

Esta posibilidad de acudir al proceso declarativo posterior plantea algunas cuestiones, que vamos a tratar a resolver:

I. Plazo para acudir a este proceso declarativo posterior. La acción para reclamar la validez o eficacia de las actuaciones judiciales no está sujeta a ningún plazo especial de caducidad.

II. Otra cuestión que se plantea es la de la extensión de este proceso declarativo posterior. Es decir, ¿es posible plantear cualquier cuestión en ese declarativo posterior o, por el contrario, éste es viable tan solo respecto de las cuestiones que no se suscitaron en el ejecutivo porque no pudieron suscitarse?

Entiendo que no deberíamos ser restrictivos a la hora de determinar las cuestiones objeto de ese declarativo posterior. Dada la limitación temporal del juicio ejecutivo del art. 131 LH puede que, aun suscitándose determinadas cuestiones, éstas no puedan llegar a probarse por el plazo breve de tiempo con el que se cuenta. Ello llevaría necesariamente a que permitiésemos plantear esa cuestión en un declarativo posterior.

En contra de esta posición, sin embargo, se ha mostrado un sector de la jurisprudencia, que trata de limitar esta posibilidad del proceso declarativo posterior, afirmando que no tiene lugar cuando las cuestiones debatidas ya han sido resueltas, dentro de la limitada *cognitio* y

vienen referidas a una determinada interpretación de las normas del proceso, dentro de la ejecución, con efectos que se agotan en el mismo proceso y no trascienden ni al título, ni a la deuda y, por otra parte, no producen nulidad de actuaciones, es decir, en los supuestos que no concurren en el art. 132.4, apartado 5 LH. Opinión que, como apuntamos, no compartimos.

III. Personas que puedan acudir al proceso declarativo posterior: todos los que resulten perjudicados por el resultado del proceso ejecutivo hipotecario, hayan intervenido o no en el proceso.

### III. ¿VULNERACION DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSION? CONCEPTO DE INDEFENSION CON TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

Analizada la naturaleza jurídica de este procedimiento, su razón de ser, sus características y peculiaridades propias del mismo que hacen cuestionarnos diversos aspectos de su regulación, vamos a tratar de centrarnos en una cuestión concreta, cual es la referente a las diversas ocasiones en las que se ha planteado la inconstitucionalidad de este procedimiento ejecutivo hipotecario, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e indefensión –art. 24 CE–.

Las sentencias objeto de nuestro comentario no son sino claros ejemplos de la cuestión aquí planteada. ¿Se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, se vulnera el derecho a la contradicción, se produce indefensión por estos artículos 131 y 132 de la LH?

En concreto las resoluciones objeto de nuestro comentario apuntan que “para dar respuesta a la cuestión que en los términos planteados suscita el recurrente en amparo (afirma que la aplicación que del artículo 132 LH han hecho los órganos jurisdiccionales en las resoluciones judiciales impugnadas vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, recogido en el artículo 24.1 de la CE, por cuanto aquel precepto legal es contrario al referido derecho fundamental al obligar a acudir a los ciudadanos a un procedimiento declarativo, largo y costoso para la obtención de una tutela judicial efectiva cuando ya se le ha producido una lesión efectiva) es menester recordar las peculiaridades del procedimiento sumario del artículo 131 de la LH, a las que en anteriores pronunciamientos se ha referido este

Tribunal (SSTC 41/1981, fundamentos jurídicos 4 y 5; 64/1985, fundamento jurídico 2; 8/1991, fundamento jurídico 2; 6/1992, fundamento jurídico 3). Dijimos en las citadas sentencias que este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detenerse la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el artículo 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquéllos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda”.

Obviamente, la cuestión se suscita al hilo de la propia naturaleza antes vista del juicio ejecutivo hipotecario que aquí analizamos. Estamos ante un procedimiento hipotecario, que es ejecutivo, pero cuya especialidad, frente al ejecutivo ordinario, radica en que va destinado a potenciar la efectividad de un crédito que se halla garantizado con una hipoteca. Para ello se suprime la fase de cognición, salvo aquellas cuestiones que sí pueden suscitarse vía art. 132 LH (que, como vimos, son claramente restringidas). Si no se suscitan estas cuatro cuestiones del art. 132 LH, se entra directamente en la vía de apremio.

Precisamente porque queda abierta la posibilidad de acudir al proceso declarativo posterior para la defensa de sus derechos, es por lo que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones afirmando que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el artículo 24 CE.

Por tanto, por remisión al declarativo posterior en los supuestos en que así se abra tal posibilidad, es claro que no supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ni, por ello, provoca indefensión.

Habría que considerar la segunda cuestión, cual es la que se suscita en las resoluciones constitucionales, es decir, la falta de citación que es alegada por las partes y por la que entienden se les ha situado en situación de indefensión.

Planteada la cuestión en esos términos habría que tener en cuenta, en primer lugar, qué es y para qué sirve esa citación, para lo

cual habrá que concluir que “esta notificación del procedimiento (art. 131.5 en relación con lo prevenido en la regla 3) tiene por objeto una invitación al pago, o sea, ofrecer, en este caso, al tercero poseedor la posibilidad de evitar la ejecución de la hipoteca y el inicio de la vía o fase de apremio si paga el débito garantizado con la hipoteca. No tiene, pues, una asimilación a citación o emplazamiento para constituirse en parte o ser llamado a la litis, sino se trata más bien de brindar al tercer poseedor la posibilidad de evitar el apremio sobre la finca mediante el pago de la cantidad señalada por el acreedor según la regla 2-II del art. 131 LH” (SAP Barcelona de 14 de febrero de 1990, *RGD* 550, p. 5.977). En consecuencia, ese requerimiento de pago no es sino la notificación de la existencia del proceso, con el fin de que puedan efectuar el pago del crédito y evitar así el apremio sobre el bien hipotecado, ya que no está prevista ninguna fase de contradicción. Y en este mismo sentido ha señalado el TS, en Sentencia de 12 de noviembre de 1985 –RA. 5.584–, que “al no haber sido emplazado en el caso debatido el ahora recurrente, en la forma que indica como omitida, no le constituye en indefensión, y responde, además, a que ni el deudor, ni el tercer poseedor o los demás interesados sean verdaderas partes procesales, a los que en algún caso la Ley ordena hacerles notificaciones en vía de apremio, pero no emplazamientos ni citaciones; pues de otra forma el proceso puramente de ejecución o apremio que la Ley ha previsto quedaría desvirtuado y transformado en un declarativo más o menos amplio”.

Entiendo que sí existe proceso en el caso que nos ocupa, que éste de ejecución, pero la existencia de las partes en el proceso de ejecución es evidente, pese a las limitaciones de actuación que pueda llegar a tener el sujeto pasivo. Pero es que, además, y dejando ya a un lado el valor que pueda otorgarse al requerimiento a que se refiere el art. 131 LH, ocurre que en determinados casos la falta de requerimiento de pago no se produce sino por causa imputable al sujeto que luego reclama la violación de este derecho y la situación de indefensión a él provocada.

No hay que olvidar que, en este sentido, el TC se ha pronunciado acerca del concepto de indefensión con trascendencia constitucional, alegando que éste es también de carácter material y no exclusivamente formal, de modo que “no podrá alegarse en esta sede si, aun existiendo una omisión judicial lesiva, en principio, del derecho a ser oído en un proceso en el que se ostenta la condición de parte, no se ha observado frente a aquélla, en el curso de las diferentes fases procesales, la debi-



da conducta diligente con miras a propiciar su rectificación... Corresponde a las partes intervinientes en un proceso mostrar la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con la diligencia razonablemente exigible, pues si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse en el procedimiento subsanando así la posible infracción cometida por el órgano judicial, de modo que sólo si dicho conocimiento es tan tardío que le impide la adecuada defensa de sus intereses o si, intentada la personación, se le deniega indebidamente, habría una actuación del órgano judicial generadora de indefensión (SSTC 9/1981, 1/1983, 22/1987, 36/1987, 72/1988 y 205/1988)" (STC de 30 de junio de 1993). Ello lleva a la afirmación de que si se tiene conocimiento de la existencia del procedimiento ejecutivo con anterioridad a la primera de las subastas y, sin embargo, deja que siga el curso el procedimiento sin actuación alguna hasta que se llega a dictar auto de remate, y luego comparece ante el órgano jurisdiccional denunciando dicha infracción procesal y solicitando la nulidad de actuaciones, es lógico que se entienda que ahí no hubo indefensión alguna para la parte. Esa actitud procesal pasiva no puede luego ser utilizada para beneficiarse con la alegación de indefensión.

