

Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada

(La constitucionalidad de algunas tutelas
judiciales ejecutivas)

SUMARIO: 1. LA DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS HIPOTECARIOS.—2. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN A FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO DE ESPAÑA.—3. LAS TUTELAS JUDICIALES PRIVILEGIADAS EN GENERAL.—4. LA ATRIBUCIÓN DE FUERZA EJECUTIVA A TÍTULOS CONTRACTUALES COMO MANIFESTACIÓN DE TUTELA JUDICIAL PRIVILEGIADA.—5. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y CONTRADICCIÓN PROCESAL.—6. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA: A) SINOPSIS PROCEDIMENTAL. B) AUSENCIA DE CONTRADICCIÓN. C) ACTIVIDAD EJECUTIVA Y PROCESO DECLARATIVO.—7. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EXTRAJUDICIAL.—8. LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA NAVAL.—9. LIMITES DE LA TUTELA EJECUTIVA PRIVILEGIADA.

1. LA DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS HIPOTECARIOS

La STC 41/1981, de 18 de diciembre, dictada por el Pleno del mismo, al haber utilizado lo dispuesto en el artículo 10.8) de su LO 2/1979, de 3 de octubre, desestimó tres recursos de amparo acumulados y, al mismo tiempo, declaró la constitucionalidad del cuerpo normativo regulador del proceso de ejecución a favor del Banco Hipotecario de España y del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por considerar que uno y otro eran conformes con el artículo 24 de la Constitución al no producirse en ellos indefensión del ejecutado.

En tres ejecuciones instadas por el Banco Hipotecario se había llegado a la misma situación. Notificada al deudor la providencia por la que se acordaba la enajenación en pública subasta de la finca hipotecada ante la petición expresa del Banco, aquél presentó escrito en el que solicitaba «se

le tuviera por parte en el procedimiento» y «se le diera traslado del escrito de iniciación del mismo con el fin de oponerse a él en defensa de sus intereses». Estas dos peticiones tuvieron distinta suerte, pues a la primera accedió el Juzgado, que en la misma providencia rechazó la segunda.

La providencia anterior fue objeto de dos recursos de reposición, resueltos en el mismo auto:

1. El Banco Hipotecario impugnó el pronunciamiento por el que se tenía por parte al deudor y su recurso fue estimado, acordándose en definitiva no tener por parte ni comparecido en los autos al deudor.

2. El deudor impugnó el pronunciamiento que le vedaba la posibilidad de formular oposición a la ejecución y su recurso tuvo peor suerte, pues fue desestimado.

El recurso de amparo se interpuso, pues y en las tres ejecuciones, por el deudor que solicitaba:

- 1.º La nulidad de la providencia y del auto anteriores por haberse violado en ellos el derecho a la tutela jurisdiccional, a la defensa y a la utilización de medios de prueba, protegidos para cualquier clase de procesos por el artículo 24 de la CE.

- 2.º Se preservara su derecho a la tutela jurisdiccional para actuar como parte en el juicio, alegando en él las excepciones propias del juicio ejecutivo regulado en la LEC.

- 3.º Se elevara la cuestión al Pleno para que éste declarara la inconstitucionalidad y la derogación del artículo 1.560 de la LEC y del cuerpo normativo regulador de la ejecución a favor del Banco Hipotecario de España.

Los deudores demandantes de los tres amparos no pedían, por tanto, que se les colocara en la posición de ejecutados conforme al procedimiento del artículo 131 de la LH, sino que se les situara como ejecutados en el juicio ejecutivo común de la LEC. Por lo mismo sus amparos sólo podían estimarse si se declaraban inconstitucionales, primero, la ejecución a favor del Banco Hipotecario y, después, la ejecución hipotecaria del artículo 131 de la LH. Las dos pretendidas inconstitucionalidades fueron denegadas por el Tribunal Constitucional y empleando los mismos argumentos.

Estos argumentos parten de la consideración de los procedimientos hipotecarios como procesos de ejecución en los que «falta la controversia entre las partes», en los que no existe «fase de cognición». Común a esos procedimientos «es la extraordinaria fuerza ejecutiva del título» y la limitación, asimismo extraordinaria, de la «contradicción procesal», tanto que en otros lugares de la Sentencia se habla de «ausencia de contradicción

procesal». Ahora bien, la falta de contradicción no significa que se produzca indefensión en el ejecutado porque:

- a) La situación procesal del deudor (o del titular del dominio de la finca hipotecada) no debe contemplarse sólo desde la perspectiva limitada de la ejecución hipotecaria, sino que debe atenderse al «conjunto de las relaciones procesales posibles», y en ese conjunto sí existe contradicción porque al deudor le queda siempre abierta la posibilidad de un juicio declarativo en el que podrá debatir con toda amplitud las cuestiones de fondo que quedaron intactas en el procedimiento hipotecario. «La ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento», en el que no se produce efecto de cosa juzgada.

En realidad —sigue argumentando la Sentencia— la limitación de las excepciones no afecta a la contradicción, sino al efecto suspensivo respecto del procedimiento. Las excepciones, y con ellas la contradicción, son plenamente admisibles, pero en un separado proceso declarativo; lo propio de los procedimientos hipotecarios es que existe, dentro de los mismos, una radical limitación de las excepciones que pueden producir la suspensión de la actividad ejecutiva; es decir, no se limitan las posibilidades de contradecir, sino las de suspender.

- b) El constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, pues se ha sometido voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados al realizar el negocio jurídico material. Es cierto que la pretendida inconstitucionalidad no podría quedar eliminada por una renuncia del deudor al derecho a la defensa o a la tutela jurisdiccional, pero la renuncia se refiere aquí a que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida al no servir para suspender la ejecución, quedando pospuesta para el proceso declarativo; es decir, no se renuncia a la defensa, sino al momento de hacerla plenamente efectiva.

A lo anterior añade la Sentencia que la contradicción y la defensa del deudor están garantizadas 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».

2. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN A FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO DE ESPAÑA

Por el camino abierto en la Sentencia anterior ha transitado la doctrina posterior del Tribunal Constitucional, si bien sobre la misma hay que advertir:

- a) El abandono del argumento relativo a que la posición del deudor ejecutado fue asumida por él voluntariamente al realizar el negocio jurídico material. Sobre la renuncia al momento a hacer plenamente efectiva la defensa, el Tribunal ha guardado después silencio.
- b) La reiteración acrítica del argumento del juicio declarativo que corresponda como justificación de la no vulneración del artículo 24.1 de la CE (SSTC 64/1985, de 17 de mayo; 8/1991, de 17 de enero; 217/1993, de 30 de junio, y 296/1993, de 18 de octubre).
- c) El cierre de la vía directa del amparo contra las actuaciones practicadas en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, por cuanto antes es preciso «acudir a la jurisdicción ordinaria para ejercitar su derecho por el trámite del juicio declarativo que por la cuantía corresponda» (AATC 373/1987, 202/1989, 282/1991, 6/1992, 13/1992, y especialmente en las SSTC 217/1993 y 296/1993, y sobre ellas BARONA VILLAR, «El procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *Derecho Privado y Constitución*, 1994, 3, págs. 325-41).
- d) Con todo, lo verdaderamente nuevo ha sido la declaración de inconstitucionalidad del cuadro jurídico en el que se desenvuelve el proceso de ejecución a favor del Banco Hipotecario de España en la STC 128/1994, de 5 de mayo, confirmada en la siguiente 166/1994, de 26 de mayo, que resolvieron diecinueve cuestiones de inconstitucionalidad.

La inconstitucionalidad se declara porque el cuadro normativo de referencia es contrario al artículo 14 de la CE, esto es, al principio de igualdad, en cuanto que existiendo «un proceso de ejecución, particularmente rápido y ágil, al servicio de los intereses de un único acreedor..., no existe justificación objetiva y razonable para legitimar un tratamiento procesal diferenciado en favor del Banco Hipotecario».

La declaración de inconstitucionalidad no se efectúa, pues, en consideración al artículo 24 de la CE, sino atendiendo al artículo 14 de la misma, y aún cabe destacar de la STC 128/1994 que:

1.º El trato procesal privilegiado del Banco Hipotecario respecto de los demás acreedores hipotecarios se manifiesta no tanto en las diferencias

existentes entre el proceso de ejecución especial a favor del Banco y el de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la LH cuanto en la misma existencia de un proceso de ejecución especial caracterizado por la atención singularizada a un determinado acreedor hipotecario.

2.º «Los cauces procedimentales son, sin duda alguna, modelos característicos de estructuras de creación legal en los que las diferencias de trato se explican fundamentalmente en razones técnicas inherentes a la propia naturaleza de la norma, de ahí que, por lo general, no pueda plantearse con probabilidad de éxito un juicio de igualdad entre procesos diversos, comparando aisladamente plazos o trámites que, en estos casos, sólo adquieren su pleno sentido valorados como partes del conjunto normativo en que se insertan».

3.º La existencia del proceso de ejecución especial a favor de un acreedor único no sería, en sí misma, inconstitucional por contraria al principio de igualdad si en ese acreedor «concurriesen características que permitiesen individualizar el objeto del proceso atendiendo a la especialidad de la materia que lo constituye o a la de los intereses que en el proceso se ventilan», lo que no sucede en el caso del Banco Hipotecario.

4.º Si las normas procesales se orientan teleológicamente «a la satisfacción de pretensiones determinadas de modo genérico en atención a la naturaleza de los intereses que con ellas se defienden», la entidad subjetiva de un acreedor hipotecario no es fundamento objetivo y razonable para justificar un cauce procesal específico distinto del común que deben utilizar los demás acreedores.

En conclusión, pues, la STC 128/1994 al mismo tiempo que declara la inconstitucionalidad de un proceso de ejecución, el del Banco Hipotecario y por opuesto al artículo 14 de la CE, reafirma la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, el cual es conforme, según el Tribunal Constitucional, con los artículos 14 y 24 de la CE.

3. LAS TUTELAS JUDICIALES PRIVILEGIADAS EN GENERAL

Si hemos entendido bien los razonamientos del Tribunal Constitucional, éste parte de la consideración de que la existencia de «cauces procesales» en los que se produzcan «diferencias de trato» no es, sin más, contraria al principio de igualdad del artículo 14 de la CE, pues los mismos pueden estar plenamente justificados atendiendo a la materia objeto de las pretensiones que se ventilan en el proceso o a la naturaleza de los intereses que entran en juego. En otras ocasiones, y en esa misma línea, el Tribunal ha sostenido que no existe infracción del artículo 14 de la CE por el mero

hecho de que el legislador establezca diferencias entre procedimientos, pudiendo regular mecanismos de reclamación de créditos distintos del juicio declarativo ordinario (por ejemplo, STC 110/1993, de 25 de marzo).

Con consideraciones como las anteriores el Tribunal Constitucional está admitiendo implícitamente la existencia de tutelas judiciales privilegiadas frente a la tutela judicial ordinaria, estimando que aquéllas no son de por sí contrarias al principio de igualdad legal. Ahora bien, lo que el Tribunal no se ha cuestionado todavía es el sentido general de las tutelas judiciales privilegiadas y cuál ha de ser el límite máximo de las mismas, contemplando los dos temas desde la perspectiva del derecho de las partes a un proceso con contradicción y en el que no pueda producirse indefensión. Se trataría, pues, de conjugar la igualdad con la contradicción procesal.

En lo que sigue vamos a atender a las tutelas judiciales privilegiadas ejecutivas y, aún más en concreto, a las hipotecarias, pero es inevitable hacer alusión al fenómeno propio de las tutelas judiciales privilegiadas, al que ya hemos dedicado atención general (en *Derecho Jurisdiccional*, I, con ORTELLS, G. COLOMER Y MONTÓN, Barcelona, 1994, págs. 298-301).

La comprensión del fenómeno pasa por advertir que la tutela judicial que promete el artículo 24.1 de la CE, en principio, debería ser igual para todas las personas, para todas las pretensiones y para todos los derechos e intereses legítimos. Esa igualdad habría de reflejarse en la regulación de un proceso, el mismo para todos, por medio del cual los Tribunales prestarían la tutela y las personas la pedirían. Atendida la función jurisdiccional, conforme al artículo 117.3 de la CE, ese proceso constaría de una fase de declaración del derecho, en la que al final se obtendría una Sentencia que, convertida en firme, sería el título ejecutivo con el que iniciar la fase de ejecución.

A pesar de la razonabilidad teórica de esta construcción de la tutela judicial, lo cierto es que la realidad es muy distinta y hasta el extremo de que ni siquiera existe un único proceso de declaración. En efecto:

- a) Dentro de la tutela judicial ordinaria no existe un único proceso de declaración sino cuatro, pues el legislador ha entendido, con criterio discutible, a que a mayor valor económico de lo pedido por el actor mayores posibilidades de debate deben tener las partes, con lo que el proceso debe ser más complicado.
- b) Existen multitud de procesos declarativos especiales y sumarios que son evidentes manifestaciones de tutelas judiciales privilegiadas, para la creación de las cuales el legislador ha utilizados dos clases de argumentos:
 - 1.º Unas veces se ha pretendido justificar políticamente la tutela privilegiada alegando que determinadas relaciones jurídico-

materiales precisan de acomodaciones procesales no ya para que se tutelen de modo efectivo los derechos e intereses legítimos, sino incluso para que pueda existir la tutela judicial misma. Se argumenta así que las condiciones naturales de la relación material suponen que sólo puede alcanzarse tutela judicial si el instrumento procesal se acomoda a ellas, con lo que la tutela privilegiada, esto es, el proceso especial no es sólo conveniente sino necesario.

- 2º Otras veces la justificación política ha atendido a la eficacia de la tutela judicial, lo que se ha hecho, normalmente, a base de argumentar que la tutela que prestan los Tribunales por medio de los procesos ordinarios no es la adecuada para tramitar y decidir determinadas pretensiones. En este sentido fue paradigmática la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1953 cuando hablaba de la justicia «platónica» que cabía obtener por medio del juicio de mayor cuantía de la LEC.

Naturalmente, estos dos argumentos se entrelazan en la mayoría de las ocasiones y, a base de ellos, se pretende muchas veces enmascarar conquistas de grupos sociales o hipervaloraciones de derechos determinados. Lo más grave es que la proliferación de las tutelas privilegiadas ha adquirido categoría de normalidad en el Derecho español, hasta el extremo de que ni siquiera se duda de su constitucionalidad. Los Tribunales ordinarios, respecto de los procesos declarativos, no han planteado cuestión alguna de inconstitucionalidad, y el Tribunal Constitucional se limita a repetir que el legislador puede establecer mecanismos distintos de los juicios declarativos ordinarios, sin plantearse los límites que no puede sobrepasar el legislador.

- c) Lo que nos importa ahora, con todo, es detener nuestra atención en una tutela judicial especialmente privilegiada consistente en convertir determinados documentos en títulos ejecutivos, con los que se puede iniciar un proceso de ejecución sin proceso declarativo previo.

4. LA ATRIBUCIÓN DE FUERZA EJECUTIVA A TÍTULOS CONTRACTUALES COMO MANIFESTACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL PRIVILEGIADA

El esquema conceptual lógico de la función jurisdiccional o, desde otro punto de vista, de la tutela judicial presupone que, primero, se declara el

derecho (proceso de declaración) y, luego, se procede a su ejecución (proceso de ejecución). En este esquema el título ejecutivo básico es la sentencia firme, si bien nada se opone a la existencia de otros títulos ejecutivos de creación judicial (como los autos que aprueban la tasación de costas, art. 421, o fijan los daños y perjuicios al levantarse una medida cautelar, arts. 1.413, 1.417, 1.427 y 1.429 de la LEC, por ejemplo). También entra en el esquema normal el reconocimiento de fuerza ejecutiva al laudo arbitral (art. 53 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje).

Las cosas se complican cuando el esquema lógico de la función jurisdiccional se rompe y el legislador permite iniciar el proceso de ejecución sin que exista declaración judicial (o arbitral) previa del derecho, pues la ruptura se tiene que producir a base de atribuir fuerza ejecutiva a documentos que provienen de negocios jurídicos realizados por las partes. Con esta atribución de fuerza ejecutiva se está dando un salto cualitativo, que conlleva la existencia de tutelas judiciales especialmente privilegiadas.

Con carácter general, el atribuir a determinados documentos públicos la condición de títulos ejecutivos, de modo que con ellos pueda acudir directamente al proceso de ejecución, constituye, sin duda, un privilegio procesal en cuanto los créditos en ellos plasmados pueden exigirse por un camino procesal distinto del ordinario, pero ese privilegio no tiene por qué suponer una discriminación prohibida o una desigualdad ante la Ley de las Contratas al artículo 14 de la CE.

El privilegio, o la «diferencia de trato» como prefiere decir el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en la STC 14/1992, de 10 de febrero), no se basa ni en la condición personal del acreedor o del deudor ni en la naturaleza del crédito, sino que responde exclusivamente a las garantías de autenticidad que ofrece el documento mismo. La fuerza ejecutiva de algunos documentos públicos (otie son los que nos ocupan en este momento) no viene referida ni a la materia objeto de las pretensiones ejecutivas (pues se trata siempre de obligaciones dinerarias) ni a la naturaleza de los intereses en juego (al ser éstos indefinidos), sino que atiende sólo a las condiciones del documento.

S la discriminación se refiere a las personas y se basa en hechos de su condición o circunstancias, la atribución de fuerza ejecutiva a determinados documentos públicos atiende al mismo documento, basándose en las garantías formales de que está rodeado. Por ello la tutela judicial privilegiada que se concede a esos documentos no guarda relación con el principio constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Cuando el legislador da un paso más y basa el tratamiento procesal diferenciado en la condición personal del acreedor, sí se produce la vulneración del artículo 14 de la CE, con la consecuencia de la inconstitucionalidad, que es lo que declaró la STC 128/1994, de 5 de mayo, respecto del proceso de ejecución a favor del Banco Hipotecario.

Cuando la atribución de fuerza ejecutiva a una clase de documentos públicos responde, pues, a las condiciones de los documentos mismos, nada puede oponerse desde la perspectiva del artículo 14 de la CE. Más aún: la determinación de las garantías convenientes para que un documento pueda tener fuerza ejecutiva no es algo que quepa debatirse desde el plano constitucional, sino que debe quedar relegado a la discrecionalidad política del legislador ordinario.

Los verdaderos problemas constitucionales de la conversión en títulos ejecutivos de documentos públicos no se refieren, por tanto, a la misma existencia de la tutela privilegiada, sino que aparecen cuando se cuestionan los límites de la misma, lo que tiene que hacerse desde el artículo 24 de la CE y, en concreto, desde el principio de contradicción, en su manifestación del derecho de defensa, que la norma constitucional recoge al decir «sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

El cuestionamiento dicho de los límites de la tutela ejecutiva privilegiada, consistente en conceder fuerza ejecutiva a un documento público, requiere precisar si esa fuerza ejecutiva ha de tener el tope de la fuerza propia de las sentencias, si tiene que ser menor o si puede ser mayor. En otros términos, las tutelas judiciales ejecutivas privilegiadas presuponen romper el esquema normal de la función jurisdiccional que, primero, declara el derecho y, luego, lo ejecuta, de modo que el título documento público permite pasar a la ejecución sin declaración previa del derecho. El documento público se equipara así a la sentencia firme en cuanto los dos son títulos ejecutivos, y la determinación de los límites de la fuerza ejecutiva del primero requiere determinar si la misma puede ser o no superior a la de la sentencia firme.

Para responder a esta pregunta se hace necesario atender ante todo a la vigencia del principio de contradicción en la ejecución de sentencias.

5. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y CONTRADICCIÓN PROCESAL

La LEC, en la regulación de la ejecución de sentencias, no hace mención de la oposición del ejecutado, ni en el aspecto de lo que el ejecutado puede alegar ni con referencia a cómo puede hacerlo. Ante este silencio la doctrina más antigua llegó a sostener que en el proceso de ejecución el ejecutado no era parte o, por lo menos, que la contradicción estaba limitada, si bien luego no precisaba los términos de esa limitación. Hoy estas afirmaciones no son ya frecuentes y el propio Tribunal Constitucional, en la Sentencia 110/1993, de 25 de marzo, ha tenido que admitir una imprecisa oposición del ejecutado (puede verse nuestro comentario «Sobre la consti-

tucionalidad de la jura de cuentas» en *Derecho Privado y Constitución*, 1994, 2, págs. 293-304).

En la oposición del ejecutado la doctrina distingue en la actualidad dos aspectos:

a) *Contenido de la oposición*

Se trata aquí de contestar a la pregunta de qué puede oponer el ejecutado, y para ello es preciso subdistinguir:

1.º Oposición relativa al proceso mismo: Si la ejecución es un proceso el ejecutado ha de ser parte en el mismo y, como tal, ha de tener todos los poderes procesales inherentes a esa condición, pudiendo alegar en torno al sometimiento de la actividad ejecutiva al principio de legalidad. En este sentido las alegaciones pueden referirse a la regularidad del título ejecutivo, a la concurrencia de los presupuestos procesales, al cumplimiento de los requisitos procesales, a la legitimación de las partes, a la infracción de las normas procedimentales y de las procesales y al desconocimiento del título en los actos ejecutivos.

2.º Oposición atinente a la relación jurídico-material: La existencia de la sentencia firme no impide que la relación material siga viviendo, pudiéndose producir hechos, actos y negocios jurídicos que le afecten; el ejecutado no podrá alegar en la ejecución respecto de hechos cubiertos por la cosa juzgada producida en el proceso de declaración, pero sí ha de poder oponer los hechos extintivos y excluyentes producidos con posterioridad a aquélla.

b) *Cauces procesales de la oposición*

Las alegaciones que puede realizar el ejecutado perseguirán dos finalidades muy distintas; unas veces aspirará a que la ejecución finalice y otras tratará simplemente de reconducirla conforme a la ley, según el título o atendido el contenido actual del derecho material; es decir, la oposición puede formularse contra el conjunto de la ejecución, para acabar con ella, o contra actos ejecutivos, sin impedir que siga adelante.

Respecto del cómo se realizará la oposición, es decir, de los cauces procesales de la misma, hay que distinguir entre:

1.º Vía de los recursos: En ocasiones bastará formular recurso de reposición, de apelación (arts. 949.1 y 1.531.1 de la LEC) o de casación (art. 1.687.2.º) contra las resoluciones que se dicten, estando esta vía especialmente indicada cuando se trata de oponerse a un acto concreto, por cuanto entonces lo debatido será normalmente una cuestión de derecho.

2º Cauce declarativo incidental: La interposición de los recursos será insuficiente cuando se trate de plantear cuestiones de hecho cuya solución exija practicar prueba. La STC 110/1003, de 25 de marzo, sin precisar las causas de oposición admisibles, sostuvo que el ejecutado podía alegarlas al contestar al requerimiento de pago que debía hacérsele con base en el artículo 8 de la LEC; pero ese cauce de la respuesta a un requerimiento es manifiestamente inadecuado, aparte de que en la ejecución de sentencias no se requiere al ejecutado de pago.

La única vía que resta abierta así es la incidental, a la que se refieren los artículos 949.11, 950.11 y 1.531.II de la LEC, bien entedido que la misma se tramitará según los artículos 747 a 758 de la LEC y que sólo se suspenderá la ejecución cuando la continuación de los actos ejecutivos haga inútil la sentencia que se dicte en el incidente.

Naturalmente la oposición del ejecutado requiere mayores precisiones (que pueden verse en nuestro ensayo «Oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias y tutela judicial efectiva», en esta REVISTA, 199), pero con lo aquí dicho hay bastante para evidenciar que en la ejecución de sentencias sí existe contradicción y que ésta se articula con la condición de parte del ejecutado, con la posibilidad de que éste impugne las resoluciones que se dicten y con la promoción de incidente declarativo.

6. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LH

Visto como juega la contradicción en la ejecución de sentencias, volvemos a la cuestión que dejamos planteada respecto de los límites de la tutela judicial privilegiada, que consiste en atribuir fuerza ejecutiva a determinados documentos públicos. Se trata ahora de aclarar en qué consiste la «extraordinaria fuerza ejecutiva» que la ley concede al título que posibilita las ejecuciones hipotecarias y saber así si esa «fuerza» es mayor que la de las sentencias firmes.

A) SINOPSIS PROCEDIMENTAL

En lo que ahora nos importa el denominado procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH se caracteriza legalmente porque:

- a) El procedimiento se inicia por medio de demanda, con los requisitos de contenido de la regla 2.^a, acompañada de los documentos

de la regla 3.^a. De esa demanda hay que destacar la necesidad de que con ella se aporte el título ejecutivo y el que en ella se ejercita la acción hipotecaria, esto es, real y dirigida sólo contra el bien hipotecado.

- b) «El Juez examinará la demanda y los documentos acompañados», y de ese examen puede resultar:
- 1.º «Si los requisitos legales no se hubiesen cumplido, el Juez denegará la admisión del escrito y documentos por medio de auto fundado, que será apelable en ambos efectos».
 - 2.º «Si se hubiesen cumplido los requisitos antes expresados la admitirá (la demanda) y mandará sustanciar el procedimiento».

La técnica procesal es aquí muy deficiente, pues en realidad lo que se está diciendo es que el Juez examinará de oficio la concurrencia de los presupuestos procesales, los generales y los específicos y el cumplimiento de los requisitos, y que, consecuentemente, denegará el despacho de ejecución o despachará la ejecución. No se trata, pues, de admitir o de no admitir una demanda, resolución inicial de un proceso de declaración, sino de despachar o no la ejecución, acto típico de un proceso de ejecución.

- cj Si se despacha la ejecución, y aparte de la realización del requerimiento judicial de pago, si no se hizo antes el notarial, el Juez reclamará del Registro de la Propiedad certificación comprensiva de la inserción literal de la última inscripción de dominio o de posesión y de la relación de cargas y gravámenes a que esté afecto el bien, con mención expresa de la hipoteca que se ejecuta. Ante esa certificación el Juez
- 1.º Notificará la existencia del procedimiento a la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio o de posesión, si no hubiere sido antes requerida de pago notarial o judicialmente, «para que pueda, si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca».
 - 2.º A los mismos efectos se notificará también la existencia del procedimiento de los acreedores titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la inscripción de la hipoteca.
- d) El actor puede pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca si así se pactó, y el actor, el deudor, el tercer

poseedor y el hipotecante pueden instar que se proceda a la subasta de la finca. El señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor.

- e) Según el artículo 132 de la LH existen sólo cuatro causas de suspensión del procedimiento, que no es preciso examinar, destacando de ellas simplemente que una hace referencia al título como documento (su falsedad), otra no es una oposición del ejecutado (tercería de dominio), la tercera presupone que se ha pagado después de la certificación del Registro (cancelación de la hipoteca) y, por fin, la cuarta sí es una verdadera oposición (saldo distinto).

Pero, además, la LH hace expresa mención de causas por las que no se suspenderá la ejecución: muerte del deudor o del tercer poseedor (en contra de la norma general del artículo 9.7.º de la LEC), quiebra o concurso de los mismos (ni tampoco suspensión de pagos, art. 9 de la LSP de 1922) e incidentes promovidos por los mismos o por otro que se presente como interesado.

- f) Todas las demás reclamaciones que pudiere formular el deudor, el tercer poseedor u otros interesados, incluidas las relativas a la 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. De ese proceso declarativo autónomo debe destacarse:

- 1.º Se trata del juicio declarativo ordinario que corresponda por la cuantía, del que se atribuye su competencia objetiva, funcional y territorial por las reglas comunes.
- 2.º Puede iniciarse pendiente la ejecución o una vez finalizada ésta, de modo que no tiene por qué ser posterior.
- 3.º En ese proceso ordinario puede pedir el demandante (ejecutado en el del art. 131 de la LH) la medida cautelar de retención de toda o parte de la cantidad que en la ejecución hipotecaria debe entregarse al ejecutante (demandado en el proceso ordinario).
- 4.º En el mismo proceso el demandante puede pedir que se le indemnice de cuantos daños y perjuicios le hubiere irrogado la ejecución hipotecaria por malicia del ejecutante en la exposición de los hechos y demás circunstancias que el Juez de la ejecución ha de apreciar para «autorizar el procedimiento», esto es, para despachar la ejecución (art. 131.2.ª *in fine*), de modo que la completa indemnización no se deriva del hecho objetivo de la no existencia o de la menor cuantía de la obli-

gación ejecutada en el procedimiento hipotecario, sino de la concurrencia de «malicia» en el ejecutante, es decir, de la existencia de dolo.

B) AUSENCIA DE CONTRADICCIÓN

Con la regulación legal que hemos descrito brevísimamente, la jurisprudencia ha llegado a negar al ejecutado la condición de parte en el procedimiento, rechazando incluso su comparecencia en los autos; y en esa línea la STC 41/1981, de 18 de diciembre, declaró paladinamente que el procedimiento judicial sumario se caracteriza «por la ausencia de contradicción procesal», a pesar de lo cual no es contrario al artículo 24 de la CE porque en el mismo no se produce cosa juzgada al ser posible un proceso declarativo en el que se discute con toda amplitud de la cuestión de fondo.

En nuestra opinión, estamos ante un error de muy hondo calado teórico en el que entran en juego la misma naturaleza de la función jurisdiccional y la distinción entre actividad administrativa y actividad jurisdiccional. El error se explica (no se justifica) históricamente, pero debe haber llegado el momento de replantearse la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario aclaradas antes las bases de partida.

- a) En un principio teníamos en España un único sistema de ejecución con el que se atendía tanto a los títulos ejecutivos judiciales (principalmente las sentencias firmes) como a los contractuales (especialmente las escrituras públicas). Este sistema se rompió con la LEC de 1855 que distinguió entre juicio ejecutivo (en el que se mantuvo la oposición del ejecutado) y ejecución de sentencias (para el que no se reguló dicha oposición) (para el sistema unitario de ejecución y su ruptura en la LEC de 1855 puede verse nuestro estudio «La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo», en *Revista de Derecho Procesal*, 1993, 2, págs. 269-305; y para alguna otra matización, «L'esecuzione di titoli esecutivi italiani in Spagna», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1993, 4, págs. 1134-1168).

Después de la LEC de 1881 la ejecución de la hipoteca debía realizarse por medio del juicio ejecutivo regulado en ella, pero pasados unos años el legislador consideró que ese «juicio» era todavía demasiado largo y complicado e introdujo con carácter general un procedimiento especial de ejecución de hipotecas; se produjo esto en la LH de 1909 y sus líneas esenciales perviven en

la LH vigente. Ese procedimiento especial partía de una base falsa, la de que en la ejecución de sentencias no era posible alegación alguna del ejecutado capaz de paralizar la ejecución.

Con esa base falsa el legislador pretendió crear una especie de término medio entre la ejecución de sentencias y el juicio ejecutivo, de modo que:

- 1.º En la ejecución de sentencias no cabe oposición alguna del ejecutado paralizadora de la ejecución.
 - 2.º En el juicio ejecutivo la oposición del ejecutado, si bien limitada a las causas de oposición de los artículos 1.464 y 1.467 de la LEC, da siempre lugar a un incidente que paraliza la ejecución.
 - 3.º Se crea el término medio de la ejecución hipotecaria, en la que, atendidas las garantías del título, se limitan todavía más las causas de oposición paralizadoras de la ejecución, pero sin llegar al extremo de la ejecución de sentencias, en la que nada paraliza el procedimiento.
- b) El caso ha sido, con todo, que ese esquema se ha revelado falso, porque falsa era la base conceptual de partida dado que en el proceso de ejecución de sentencias sí cabe oposición del ejecutado. El propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 110/1993, de 25 de marzo, y en un caso en que existe remisión legal al apremio (art. 8.1 de la LEC), tuvo que reconocer que «la potestad de juzgar (y tendría que haber dicho de ejecutar) es incompatible con el automatismo», de modo que el Juez de oficio ha de controlar los presupuestos del proceso y el ejecutado ha de poder alegar su falta. Si admitimos que en la ejecución de sentencias, y en toda ejecución que haya de tramitarse por las normas de la misma, ha de poder existir oposición del ejecutado, nos encontramos con que la fuerza ejecutiva que se otorga a la hipoteca no es sólo «extraordinaria», sino que es mayor de la atribuida a las sentencias firmes, con lo que se está configurando una tutela judicial para el acreedor tan privilegiada que llega hasta el extremo de colocar al ejecutado en clara indefensión.
- c) Atendidas las garantías del Registro de la Propiedad y la naturaleza constitutiva de la inscripción de la hipoteca, podría discutirse en torno a las causas de oposición atinentes a la relación jurídico-material que deberían ser admisibles o no en la ejecución hipotecaria, sin que por ello existiera indefensión y atendido el proceso declarativo ordinario simultáneo o posterior que podría iniciar el

ejecutado; pero lo que no parece razonable es suprimir en la ejecución hipotecaria la alegación de causas relativas al proceso mismo, pues esa supresión sí supone indefensión.

Independientemente del control de oficio que debe realizar el Juez para despachar la ejecución, negarle al ejecutado la condición de parte, no notificarle la demanda ejecutiva y todas las resoluciones que se dicten, impedirle alegar sobre la regularidad del título ejecutivo, sobre los presupuestos y requisitos procesales, sobre la legitimación, sobre el cumplimiento de las normas procesales y de las procedimentales y negarle la alegación de las infracciones relativas al título es conducirlo claramente a la indefensión, por mucho que luego en el proceso declarativo ordinario pueda debatir sobre la relación jurídico-material.

- d) Hay ejemplos manifiestos de la indefensión en que puede colocarse al ejecutado; muchos podrían aducirse, pero resaltaremos uno. Según el artículo 132 de la LH el procedimiento no se suspenderá por la muerte del deudor o del tercer poseedor, con lo que se está admitiendo que el proceso puede continuar sin parte ejecutada.

Es cierto que en el procedimiento del artículo 131 de la LH se está ejercitando una acción real derivada de la hipoteca y que en ella se está asumiendo la ficción de que se ejercita directamente contra los bienes hipotecados (art. 129 de la LH), pero una cosa es que la actividad ejecutiva haya de referirse únicamente al bien hipotecado (y no a otros bienes del patrimonio del deudor) y otra muy distinta que pueda realizarse un proceso de ejecución sin que la parte ejecutada tenga conocimiento del mismo porque la ley así lo dispone expresamente.

Cuando el ejecutado muere no cabe hablar de maniobra dilatoria del mismo, y la más elemental aplicación del principio de contradicción exige que la sucesión producida en la situación material tenga que reflejarse en el proceso, mediante el fenómeno que viene denominándose de sucesión procesal, y que se regula muy rudimentariamente en el artículo 9.7.º de la LEC. Negar la posibilidad de que el heredero se convierta en parte, con los trámites consiguientes a la personación en forma, es la muestra más extrema de indefensión que pueda darse.

Resulta así que la fuerza ejecutiva de la hipoteca es mayor que la de la sentencia firme y que la ausencia de contradicción supone, nada menos, que la ejecución se realice sin considerar verdadera parte al ejecutado, el cual no puede ni personarse en forma ni alegar en torno al proceso mismo. A todo ello hay que añadir que en el proceso declarativo ordinario, simultáneo o posterior podrá debatirse sobre la relación jurídico-material, pero no sobre lo que es propio del proceso de ejecución.

C) ACTIVIDAD EJECUTIVA Y PROCESO DECLARATIVO

La STC 41/1981, de 18 de diciembre, declaró la constitucionalidad del procedimiento ejecutivo judicial del artículo 131 de la LH, estimándolo no opuesto al artículo 24 de la CE, porque la situación procesal del deudor debe contemplarse —decía— desde el «conjunto de las relaciones procesales posibles», y en ese conjunto sí existe contradicción, pues al deudor le queda abierta la posibilidad de un proceso declarativo ordinario en el que discutir las cuestiones de fondo, no produciéndose en el procedimiento hipotecario cosa juzgada. Este argumento podría tener sentido, y no lo discutimos ahora, respecto de la relación jurídico-material, pero no tiene sentido referido al proceso mismo (*vid.* antes núm. 5).

El proceso declarativo simultáneo o posterior al de ejecución es manifiestamente inadecuado para debatir las causas de oposición que se centran en la relación jurídico-procesal que se constituye en el proceso de ejecución. En un proceso declarativo no puede discutirse de lo que es característico de un proceso de ejecución concreto y que está cubierto no por la cosa juzgada, pero sí por la cosa ejecutada. Nos hemos ocupado de este aspecto en «Oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias y tutela judicial efectiva», antes citado, pero recordaremos aquí algunos ejemplos.

Si en un proceso de ejecución, como es el hipotecario, concurren o no los presupuestos procesales y se han cumplido o no los requisitos procesales para despachar la ejecución, es algo que debe resolverse en el mismo proceso al que se refieren unos y otros, careciendo de sentido el que después de realizada la ejecución se lleve esa discusión a otro proceso, pues la ejecución quedó o no despachada, y no puede en ese otro proceso declararse que debió o que no debió despacharse.

La determinación de si en un proceso se han observado o no las normas procesales y las procedimentales es algo que debe quedar resuelto en el mismo, incluidos los recursos. En el supuesto de vulneración de un derecho fundamental cabrá acudir al amparo judicial (cuando sea desarrollado) y al amparo constitucional (en los términos del artículo 53.2 de la CE y del artículo 44 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), pero es absurdo discutir en un proceso declarativo si se han observado o no las normas que regulan la subasta de un proceso de ejecución ya terminado.

Cuando se dice que un proceso de ejecución es sumario y que no produce efectos de cosa juzgada, se está incurriendo en un grave error, pues sumariedad y ejecución son incompatibles. Lo que puede ser sumario es lo que se declara, lo que se juzga, no lo que se ejecuta; esto es, puede ser sumario el incidente declarativo que se intercala en un proceso de ejecución, como ocurre de modo típico en el juicio ejecutivo, pero los actos propiamente ejecutivos no pueden ser sumarios y es erróneo referir a ellos

la no producción de cosa juzgada. Esta es exclusiva de lo que se juzga, no de lo que se ejecuta.

Por lo mismo, si en un proceso de ejecución se ha producido la adjudicación de un bien al mejor postor no cabrá luego, en un proceso declarativo posterior, plantear si la ejecución se realizó en virtud de un título no ejecutivo; en ese proceso declarativo podrá debatirse si existía o no el derecho material, pero no la condición de ejecutivo del título. Los actos ejecutivos no producen cosa juzgada material ni son sumarios, pero sí producen cosa ejecutada, y ésta es irreversible.

Así las cosas, la contradicción procesal no existe en el procedimiento judicial sumario, ni aun teniendo en cuenta la posibilidad de un proceso declarativo ordinario; en éste podrá alegarse sobre la relación jurídico-material, pero si en el procedimiento hipotecario de ejecución no puede alegarse sobre el proceso mismo se está colocando al ejecutado en situación de indefensión.

7. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Si la LH regula el anterior procedimiento judicial sumario, la misma, en el artículo 129.11, permite la posibilidad de un denominado «procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria», remitiéndose para el desarrollo de sus trámites al Reglamento Hipotecario, el cual procede a su regulación en los artículos 234 a 236, a los que ha dado nueva redacción el RD 290/1992, de 27 de marzo. No vamos a cuestionarnos aquí problemas de legalidad ni de retroactividad; nos ceñiremos a la constitucionalidad del conjunto del «procedimiento» desde los artículos 117.3 y 24.1 de la CE.

La realización de este «procedimiento se atribuye a los Notarios, y en la Exposición de Motivos del RD 290/1992 se pretende justificar su existencia desde dos perspectivas:

1.^a Por un lado, el aumento de la cartera de créditos con garantía hipotecaria, que se cuadruplicó entre 1982 y 1989, puede significar «una enorme presión sobre la Administración de Justicia», pudiendo ponerse en peligro el dinamismo del sector de la construcción de viviendas, por lo que es preciso «desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial».

2.^a Por otro, la certeza que tienen las relaciones hipotecarias hacen que el dicho desvío del cauce judicial sea plenamente viable sin merma de las debidas garantías del deudor, por cuanto, a la postre, «la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado —el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada— que puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado».

Por su parte, la STC 41/1981, de 18 de diciembre, implícitamente asumió la constitucionalidad del «procedimiento» hablando de «ejecución extrajudicial ante Notario» y de que se trata de «una ejecución tan expeditiva como la judicial».

A pesar de todo lo anterior es preciso cuestionarse la constitucionalidad de este denominado procedimiento ejecutivo extrajudicial, teniendo en cuenta lo que suponen los privilegios en la tutela judicial y el principio de exclusividad de la jurisdicción. El privilegio en la tutela judicial alcanza aquí proporciones tan insospechadas que llega al extremo de hacer innecesaria la misma tutela judicial. Se empieza por reconocer condición ejecutiva a un título, de modo que no es precisa la fase previa de declaración del derecho, y se acaba en que la ejecución del título puede llevarse fuera del ámbito judicial.

El principio de exclusividad supone que la potestad jurisdiccional se atribuye únicamente a los Juzgados y Tribunales, de modo que éstos son los únicos que pueden declarar el derecho de modo irrevocable y proceder a su ejecución (art. 117.3 de la CE). Tradicionalmente viene admitiéndose que, tratándose de derecho privado, las partes, en cuanto pueden definir el contenido de una relación jurídico-material, pueden también atribuir esa definición a un tercero nombrado por ellas, sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado. El arbitraje se basa así en la disposición por las partes de las relaciones materiales y es una consecuencia del derecho de esas partes a crear, modificar o extinguir relaciones jurídico-privadas. Por lo mismo, las materias sobre las que las partes no tienen la libre disposición quedan excluidas del arbitraje (art. 1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje).

Ahora bien, si el arbitraje no ha tenido problemas reales de constitucionalidad ha sido porque se ha reducido a la declaración del derecho, excluyéndose siempre del mismo la ejecución. El laudo arbitral puede ser título ejecutivo, pero su ejecución se confía a un órgano judicial (art. 53 de la Ley 36/1988) porque la actividad ejecutiva supone una injerencia coactiva en el señorío jurídico del ejecutado, normalmente en su patrimonio, que comporta una limitación efectiva de derechos; esa injerencia sólo puede atribuirse a un Juez.

Los problemas de constitucionalidad que el arbitraje no ha tenido ha de tenerlos el procedimiento ejecutivo extrajudicial. Aunque el mismo pretenda basarse en el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa ejecutada, ese derecho no puede obtener tutela excluyendo a la jurisdicción. Por mucho que se diga que se trata del ejercicio de un derecho privado que, por ello, puede efectuarse privadamente si así se ha pactado, no podrá desconocerse que al final se acaba en una ejecución forzosa realizada por alguien no dotado de potestad jurisdiccional. Lo que el Notario realiza es en su

esencia una actividad jurisdiccional, un proceso, y eso es precisamente lo que no permite el artículo 117.3 de la CE al recoger el principio de exclusividad.

El derecho del acreedor puede consistir en la enajenación de la cosa hipotecada, pero ese derecho sólo puede obtener tutela por medio de un proceso de ejecución; la injerencia coactiva en la esfera jurídica del ejecutado es siempre competencia de un Juez. Cabe que determinadas declaraciones de derechos, respecto de las que no existe controversia, pueda hacerlas un órgano no judicial, y de ahí que, por ejemplo, sea admisible que las declaraciones de herederos abintestato se confíen a los Notarios (art. 979 de la LEC en la redacción de la Ley 10/1992, de 30 de abril), pero no es admisible que la ejecución de lo declarado previamente, o lo de lo que no precisa declaración anterior, se realice por un órgano no judicial.

Aunque se haya pretendido evitar la terminología que podemos considerar jurisdiccional, no siempre ha sido posible. La Exposición de Motivos del RD 290/1992 se refiere a las «ejecuciones hipotecarias» que se sacan del ámbito judicial y a la «ejecución de la hipoteca», y el artículo 129 de la LH alude a «hacer efectiva la acción hipotecaria» por un procedimiento ejecutivo extrajudicial. Todo esto supone que se está realmente ante una verdadera ejecución y que la misma no se atribuye a un órgano judicial. Y todo esto con independencia de que luego en el «procedimiento» el ejecutado quede indefenso, por cuanto no puede ni oponer lo que podría alegar en una ejecución administrativa.

Naturalmente el pacto de las partes o, mejor, la renuncia de una de ellas a la jurisdicción no tiene valor alguno. En este caso del procedimiento extrajudicial sí existe renuncia a la tutela jurisdiccional, y aún a la misma defensa frente a la actividad ejecutiva realizada por el Notario, y esa renuncia no puede convertir en constitucional lo que no lo es.

8. LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA NAVAL

Atendido lo que disponen los artículos 39 a 51 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval, y los artículos 145 a 190 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 (declarados en vigor por la disposición transitoria 6.^a del Reglamento vigente, aprobado por RD 1597/1989, de 29 de diciembre), la ejecución de la hipoteca naval puede realizarse por procedimientos muy diversos. En síntesis:

- a) Casos 1.º (vencimiento del plazo para la devolución del capital) y 2.º (vencimiento del plazo para pago de intereses) del artículo 39 de la LHN:

- 1.º Vía de apremio de la LEC respecto de bienes inmuebles, con embargo (arts. 41 a 43 de la LHN).
- 2.º Procedimiento judicial sumario y procedimiento ejecutivo extrajudicial de la LH y del RH (art. 165 del RRM de 1956).

Naturalmente, siempre será posible acudir al juicio ejecutivo de la LEC, pues siempre se contará con el título ejecutivo del número 1.º del artículo 1.429. De la misma manera podría acudir al juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía, si bien entonces no se estará ante un proceso de ejecución.

- b) Casos 3.º (quiebra o concurso del deudor), 4.º (inutilización del buque para navegar) y 5.º (enajenación del buque a extranjero) del artículo 39 de la LHN, siempre que se acompañe un documento público que acredite la concurrencia de la circunstancia oportuna, esto es, en 3.º, testimonio de la ejecutoria de la declaración de quiebra o concurso; en 4.º, certificación de la autoridad competente conforme al artículo 578 del CC, y en 5.º, escritura de venta inscrita en el Registro. En estos tres casos la ejecución se realizará por la vía de apremio de la LEC para inmuebles (art. 43 de la LHN).
- c) Casos 3.º, 4.º y 5.º, si no se acompaña el documento público anterior, y casos 6.º (cumplimiento de condición resolutoria) y 7.º (pérdida del buque) del artículo 39 de la LHN: No se puede acudir directamente a la ejecución, siendo preciso declarar primero el derecho por los trámites de los incidentes según la LEC, con lo que ese procedimiento juega aquí como proceso declarativo especial, procediéndose luego a la ejecución de la sentencia por el procedimiento de apremio respecto de bienes inmuebles (art. 44 de la LHN).

De este esquema de procedimientos posibles para la ejecución de la hipoteca naval resulta que el específico es el regulado en los artículos 41 a 43 de la LHN, y a él sólo debemos referirnos a continuación. No es preciso insistir aquí en lo que antes hemos dicho sobre el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH y sobre el procedimiento ejecutivo extrajudicial ante Notario; tampoco merece más atención el supuesto del proceso especial declarativo seguido de la ejecución de la sentencia.

Atendiendo, pues, a lo que la LHN considera ejecución específica de la hipoteca, resumiremos, primero, su esquema procedimental:

- a) Requerimiento de pago al deudor, que puede hacerse judicialmente o por medio de Notario, corredor o intérprete de buque (art. 41 de la LHN).

- b) Si el deudor no paga en el plazo de tres días, «el acreedor podrá reclamar del Juez competente el pago de las cantidades adeudadas y el embargo de la nave o naves hipotecadas», dice el artículo 42 de la LHN; y en él las imprecisiones procesales son manifiestas, pues se trata de una verdadera demanda ejecutiva, a la que hay que acompañar: 1) El documento en que se contrajo el préstamo, inscrito en el Registro Mercantil; 2) El requerimiento de pago, y 3) Los documentos a que antes nos hemos referido si se trata de los casos 3.º, 4.º y 5.º del artículo 39.
- c) «Cerciorado el Juez de la legalidad de la deuda... acordará el embargo y mandará se proceda a la venta del buque o buques hipotecados, por los trámites establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil para la vía de apremio respecto a bienes inmuebles» (art. 43.1). La falta de técnica procesal sigue siendo evidente, pues lo que en realidad quiere decirse es que:
 - 1.º El Juez controlará de oficio la concurrencia de los presupuestos y de los requisitos procesales y, en su caso, despachará la ejecución.
 - 2.º Acordará, en el mismo auto, el embargo del buque. No vamos a entrar ahora en si este embargo añade algo a la hipoteca, ni a si debe o no adoptarse la medida de garantía de la traba.
 - 3.º Después continuará la ejecución por los trámites propios de la LEC para la realización forzosa del bien, con la especialidad de que el buque se considera bien inmueble.

No existen en esta ejecución problemas de constitucionalidad, y no los hay porque lo único que dice la LHN es que el documento público de la hipoteca de un buque, inscrito en el Registro Mercantil, se considera título ejecutivo y se procederá a su ejecución por los trámites de la ejecución de sentencias de la LEC. Estamos ante un caso típico de tutela judicial privilegiada consistente en atribuir fuerza ejecutiva a un documento público, pero esa fuerza ejecutiva no es mayor que la de la sentencia firme. La remisión que la LHN hace a la LEC es completa y lo dicho para ésta sobre la oposición a la ejecución tiene que valer para aquélla.

9. LIMITES DE LA TUTELA EJECUTIVA PRIVILEGIADA

En 1360 el rey Pedro I dio a la ciudad de Sevilla un Ordenamiento sobre Administración de Justicia en el que atribuía a las escrituras públicas fuerza ejecutiva. Con ello puso en marcha, a nivel legal y en nuestro país, las tutelas judiciales privilegiadas consistentes en poder acudir al proceso de ejecución sin pasar antes por el proceso de declaración. Desde entonces se ha producido una evolución muy compleja, tanto como se corresponde con más de seis siglos de vida colectiva de un pueblo, en la que lo jurídico es un componente más. Lo que llama la atención en esa evolución no es uno u otro de los pasos dados, sino el final de la misma, por el momento.

En aquel inicio de 1360 se partía de la consideración de que ciertos actos de las partes de la relación jurídico-material, documentados con una serie de garantías, podían tener una fuerza muy parecida a la de la sentencia, hasta el extremo de que los documentos y las sentencias se equipararon y a los dos se les consideró títulos ejecutivos. En este final de la evolución ha resultado que algunos documentos, en atención siempre a sus garantías formales, tienen una fuerza ejecutiva mayor que la de las sentencias firmes. Aunque hoy estemos acostumbrados a esta situación, no puede negarse que es paradójica ni que es conveniente replantearse si la misma se adecúa a los principios constitucionales que conforman el proceso como medio para otorgar la tutela judicial efectiva que promete el artículo 24 de la CE.

La perspectiva del replanteamiento no puede ser otra que la constitucional, y desde ella cabe estimar admisible que:

1.º El legislador atribuya a determinados documentos, en atención a las garantías formales de los mismos, fuerza ejecutiva, a pesar de que ello comporta alterar el esquema normal de primero declarar y luego ejecutar el derecho. Se configura así una tutela judicial especialmente privilegiada pero no opuesta al artículo 14 de la CE, en cuanto el privilegio toma en cuenta sólo las garantías de los documentos.

2.º La fuerza ejecutiva atribuida a esos documentos puede ser igual a la de las sentencias firmes; por un lado, va la eficacia de cosa juzgada, propia de las sentencias, y por otro, la fuerza ejecutiva de los títulos, que puede ser la misma para la sentencia y para algunos documentos. Cosa juzgada y ejecutabilidad no es lo mismo.

3.º De entre todo lo que teóricamente podría alegar el ejecutado contra los documentos con fuerza ejecutiva, atendiendo a la relación jurídico-material, el legislador puede efectuar una distinción entre alegaciones oponibles en la ejecución misma y alegaciones que han de reservarse para un

proceso declarativo posterior. Más aún: el legislador puede intercalar un incidente declarativo sumario en el proceso de ejecución por el que se ejecutan los documentos, consistiendo la sumariedad en limitar las alegaciones, el objeto de la prueba, los medios de prueba y el plazo para probar, con lo que al ser la cognición judicial limitada ha de ser posible un proceso plenario posterior en el que se debata con toda amplitud la existencia y contenido de la relación jurídico-material.

La determinación de lo que es oponible por el ejecutado, en el incidente declarativo intercalado en el proceso de ejecución, puede quedar a la discrecionalidad política del legislador, pero éste no podrá desvirtuar lo que es un incidente sumario a base de reducir tanto lo alegable en el mismo que se llegara al extremo de que en él no pudiera oponerse lo que sí cabe alegar en la oposición a la ejecución de las sentencias firmes.

4.º En cualquier caso el ejecutado ha de poder alegar en el proceso de ejecución mismo todo lo relativo a la válida constitución de la relación jurídico-procesal y a su legal desarrollo; para un proceso declarativo posterior no puede dejarse lo que se refiere a la misma existencia y regularidad del proceso de ejecución en su conjunto y de los actos ejecutivos concretos que lo componen.

La tutela judicial privilegiada consistente en atribuir fuerza ejecutiva a ciertos documentos no puede significar que esa fuerza supere a la de las sentencias firmes. Como hemos dicho cosa juzgada no es lo mismo que ejecutabilidad, pero sería un absurdo inadmisibles que un documento, plasmación de un acto jurídico realizado por las partes, tuviera más fuerza que la declaración de existencia y contenido de una relación jurídico-material efectuada judicialmente y después de un proceso de declaración. Debe ser inadmisibles que:

1.º El legislador niegue al ejecutado toda posibilidad de oposición relativa a la relación jurídico-material, pretendiendo que cualquier reclamación relativa a ésta tenga que realizarse en un proceso declarativo posterior a la ejecución. Si se hiciese esto el documento tendría mayor fuerza ejecutiva que la sentencia firme, con lo que la tutela privilegiada se habría llevado a límites incompatibles con la función jurisdiccional. La tutela privilegiada puede consistir en equiparar el documento a la sentencia en lo relativo a la fuerza ejecutiva, pero si la fuerza de aquél sobrepasa a la de ésta el privilegio en la tutela judicial estaría atentando a la esencia de la función jurisdiccional, por cuanto se estaría convirtiendo la potestad de ejecutar el derecho en algo automático.

2.º La ejecución se realice por medio de un mecanismo en el que el ejecutado no pueda poner de manifiesto los defectos en la constitución de

la relación jurídico-procesal de ejecución, pues entonces se le estaría colocando en situación de clara indefensión. Al Juez puede conferírsele la facultad de controlar de oficio todo lo que se refiere al proceso mismo, pero si el ejecutado no puede hacer que el control se realice a su instancia ni siquiera podría hablarse de un verdadero proceso, pues en el «procedimiento» el ejecutado no sería parte.

JUAN MONTERO AROCA
Catedrático de Derecho Procesal
en la Universidad de Valencia.
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia
de la Comunidad Valenciana