

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

D., Procurador de los Tribunales y de los diputados/as que a continuación se relacionan:

Cuya representación acredito mediante copia de las escrituras de poder, que en legal forma acompaño como documento nº 1, se acredita la pertenencia a cada Grupo Parlamentario mediante sendos certificados del Secretario General del Congreso de los Diputados, que se adjunta como documento nº 2, y las firmas de cada uno de ellos que se adjuntan como documento nº 3 ante el Tribunal Constitucional comparece y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que por la representación que ostento, por medio del presente escrito interpongo **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 116, de 15 de mayo de 2013, con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Publicación de la Ley 1/2013.

En fecha 15 de mayo de 2013 se publicó en el BOE número la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, cuyo articulado incluye varias disposiciones que esta parte considera incompatibles con la Constitución.

SEGUNDO.- Contexto social y constitucional de presentación del recurso.

Para interpretar de forma adecuada los argumentos que justifican este recurso de inconstitucionalidad es necesario contextualizar la causa y el momento social y económico en que se aprueba la Ley 1/2013. Esto es así porque, aunque es cierto que deben ser razonamientos jurídico constitucionales los que sostengan la posición que este recurso plantea, no lo es menos

que la interpretación sobre la adecuación de la Ley a la Constitución, y en particular a los derechos que en ella se reconocen, no puede realizarse en un vacío social, artificial y descontextualizado. Como dice el Tribunal de Estrasburgo respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*Marckx vs. Bélgica*, 1979), la Constitución, en tanto que instrumento vivo, debe ser interpretada a la luz del contexto social y de las condiciones de vida actuales.

Así, de una parte, debe partirse de que la Ley 1/2013 es consecuencia directa de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. Sentencia que ha venido a corroborar lo denunciado insistentemente y desde hace años por los movimientos sociales, a saber, que el procedimiento hipotecario dejaba y deja en manifiesta indefensión a los deudores frente a las entidades financieras acreedoras, vulnerando de manera flagrante su derecho a la defensa y, con él, muchos otros derechos fundamentales.

De otra parte, debe entenderse que han sido precisamente los movimientos sociales (seguidos más tarde por jueces, abogados, sindicatos policiales...) y fundamentalmente la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH), los que han conseguido visibilizar socialmente la privación de derechos humanos en cuestión de vivienda que sufren millones de personas nacionales e inmigrantes en el Estado Español, y provocar la revisión de una normativa a todas luces contraria a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos.

El derecho a la vivienda reconocido en la Constitución no está subordinado a la libertad de empresa y el mercado

La causa de este alarmante fenómeno ha sido -y sigue siendo- la desenfrenada carrera especulativa de inmobiliarias y entidades financieras que, en franca contradicción con los deberes y derechos fundamentales consagrados por la Constitución española, tras acumular inmensos beneficios y al llegar la crisis económica, han despojado de su vivienda a cientos de miles de familias para atesorar esos inmuebles como mercancías a la espera de retornar al mercado cuando sea más favorable para sus intereses privados. Estas prácticas injustas e ilegales demuestran la subordinación del derecho fundamental a una vivienda digna (Art. 47 C.E.) respecto al derecho a la propiedad privada (Art. 33) y a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (Art. 38), también derechos fundamentales.

Sin embargo, el derecho a la vivienda, en el orden jurídico de nuestra Constitución, no es un derecho inferior a la propiedad privada, y menos debe ser supeditado a la economía de mercado. Más bien al contrario, el derecho a una vivienda digna y adecuada, fundamentado en una secuencia que expresa el orden jerárquico de las normas de la Constitución y de los tratados internacionales suscritos por España, debe ser considerado de especial valor, fuerza y eficacia en el contexto constitucional vigente.

El derecho a la vivienda se encuentra regulado en el artículo 47 CE. Su ubicación en el Capítulo III del Título I del texto constitucional ha llevado a una interpretación del mismo que debilita o anula su efectividad, y que, a juicio de esta parte recurrente, contradice frontalmente el espíritu constitucional.

Ciertamente, el mismo Tribunal Constitucional lo ha dicho, los Estados gozan de un margen de discrecionalidad amplio en la concreción de las medidas tendentes a conseguir la efectividad

plena de los derechos. Sin embargo, la existencia de un margen de discrecionalidad no exime a los Estados de hacer frente a sus obligaciones positivas, obligaciones que se deducen del propio texto constitucional.

Así, los poderes públicos de un Estado como el español, considerado por su Constitución como Social y Democrático de Derecho (art. 1 CE), cuya función social queda además configurada por una cláusula específica que obliga a la acción (art.9.2), están obligados a buscar la eficacia de los derechos reconocidos en la propia Constitución y, en virtud del artículo 10 CE, en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos (como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 11 reconoce el derecho a la vivienda adecuada y cuyos Relatores especiales han informado reiteradamente sobre la necesidad de un cambio de política en materia de vivienda y una mayor protección del derecho a la misma).

La búsqueda de la eficacia obliga necesariamente a una interpretación y comprensión conjunta de todos los derechos, civiles y sociales, y especialmente del derecho a la vivienda. Y es que el derecho a la vivienda va irremediabilmente unido a otros derechos fundamentales, que no tendrían sentido sin él. Así, el derecho a la intimidad familiar (art.18.1 CE) no puede entenderse sin la concurrencia de una vivienda digna, por lo que arrebatar ésta a una familia sin alternativa habitacional debería apoyarse en argumentos lo suficientemente fuertes (no solo de pura legalidad) como para que no se considere una acción desproporcionada, irrazonable e inconstitucional. Y lo mismo podría decirse del derecho de propiedad, reconocido por el artículo 33 CE y el artículo 1 del Protocolo Primero del CEDH, pues la función social de la propiedad que constituye la vivienda familiar de una familia otorga a esa propiedad una cualificación diferente a la propiedad de un inmueble que legítimamente se adquiere con objetivos especulativos. Asimismo el derecho a la vivienda adecuada se vincula en ocasiones al de residencia para los extranjeros, a los que se les exige domicilio conocido, al derecho a la salud (artículo 43) , a la educación de los menores (art.27) o, al de defensa de los consumidores (art.51).

Entendido y enmarcado así el alcance del derecho a la vivienda, esta parte recurrente entiende que la reforma que lleva a cabo la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, olvida precisamente lo esencial de lo que debería ser su objetivo constitucional, garantizar y proteger en primer lugar el derecho fundamental a una vivienda digna.

Constitución, legalidad y justicia

Más allá del daño social y económico causado por los comportamientos que han despojado del derecho a una vivienda digna a cientos de miles de ciudadan@s, debemos contabilizar el daño jurídico y democrático que supone la violación estructural de valores superiores de nuestro ordenamiento legal como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Los grandes actores económicos beneficiarios de estas operaciones no podrían haberlo hecho sin la pasividad -o connivencia- de algunos poderes del estado.

La movilización ciudadana ha conseguido expresar estos daños de forma pacífica y democrática. La constitución de 170 Plataformas de Afectados por la Hipoteca en el estado

español, incontables manifestaciones, la evitación de 700 desahucios y la facilitación de cientos de daciones en pago o alquileres sociales dan cuenta de ello.

El clamor popular en demanda de justicia para las personas víctimas de malas prácticas financieras, leyes ilegales y manipulación artificial del precio de la vivienda, también se ha expresado a través de una Iniciativa Legislativa Popular (I.L.P.) que, entre 2012 y 2013, ha recogido un millón y medio de firmas debidamente autenticadas en 50.000 pliegos sellados y numerados por la Junta Electoral Central. En este proceso, amplios sectores sociales, incluyendo innumerables actores del mundo del derecho (jueces, fiscales, abogad@s y trabajador@s de la justicia), han expresado su apoyo al movimiento en defensa del derecho a la vivienda contra los desahucios injustos -e ilegales- y a favor de la Dación en Pago y el Alquiler Social. El T. de J. de la UE ha calificado de ilegales algunos artículos de la Ley española de Ejecución Hipotecaria.

Las entidades financieras y el actual Gobierno han reaccionado con reformas cosméticas como un Código de Buenas Prácticas Bancarias de eficacia muy limitada y la Ley 1/2013 motivo del presente Recurso de Inconstitucionalidad. Esta ley, no sólo desoye la voluntad popular trasladada al legislador como depositario legal de la misma sino que, en su articulado, incurre en disposiciones presuntamente inconstitucionales que serán argumentadas más adelante para conocimiento de ese Tribunal.

Ante el vacío de articulación del derecho a la vivienda -parte de los Derechos Sociales, Económicos, Culturales- como un derecho especialmente protegido y la inoperancia de los poderes públicos para atender las demandas de seguridad y justicia de millones de ciudadanos, la Constitución contempla el recurso de inconstitucionalidad, el recurso de amparo y la cuestión de constitucionalidad de un órgano judicial ante el mismo tribunal. También cabe recurrir, a través del Art. 10.2 de la C.E., -dado el bloqueo de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que supone el Art. 53.3 de la C.E.-, al Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como norma que posibilite la aplicación efectiva de los valores, principios y derechos que deberían inspirar las políticas económicas y sociales en el estado español (Cap. Tercero del Título Primero de la C.E.).

La teoría Constitucional generada en la doctrina de la Soberanía Nacional supone que la voluntad del Parlamento y la voluntad de la Nación son una y la misma cosa. La función esencial del Parlamento es expresar la voluntad de la Nación, sin embargo, asistimos a una grave crisis de legitimidad del Parlamento y del sistema de partidos que lo sustenta.

La supremacía de la Constitución es un atributo necesario de la noción de Constitución. Como ley de leyes, la Constitución requiere procedimientos que garanticen la constitucionalidad de las leyes y las disposiciones administrativas. Desde la supremacía de la Constitución, las normas contrarias a la Constitución son, de derecho, inválidas.

Las disposiciones constitucionales que declaran derechos o principios no pueden carecer de sanción. Si no son activadas por el legislador, al ser normas incongruentes carecen de eficacia jurídica y -por lo tanto- política. El resultado es la ley sin justicia y, por extensión, la indefensión de los ciudadanos ante la ilegalidad estructural de los poderes económicos y la arbitrariedad de algunos poderes públicos.

La retórica constitucional de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales (DESC), como mera declaración de intenciones sin garantía judicial efectiva, presenta un balance desolador. En el caso del derecho a la vivienda: casas sin gente y gente sin casa. Esto supone una grave limitación del valor normativo de los efectos constitucionales que definen la orientación política del Estado y pone en riesgo el Pacto Social Constitucional para una convivencia pacífica. La Constitución debe garantizar o restablecer la supremacía constitucional de los principios que informan los derechos económicos, sociales, culturales, alimentarios y de género.

Justicia constitucional

El Estado democrático y social de Derecho requiere el imperio de la ley y de la justicia. Del preámbulo de la C.E. se derivan 3 funciones constitucionales dinámicas: la justicia, la seguridad y la legitimidad.

La función de justicia descansa en los valores éticos expresados por el poder constituyente convertidos en valores políticos y jurídicos por el poder constituido democrático. La dignidad humana, como uno de los fundamentos de la justicia constitucional, necesita la organización jurídica de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Estos principios fundamentales deben informar –y no pueden no hacerlo– los criterios de la forma y el funcionamiento de los órganos del estado y la aplicación y creación del Derecho por parte de los profesionales jurídicos.

La autoridad y la habilitación de las normas superiores respecto a las inferiores es condición necesaria de la justicia constitucional. El progresivo desarrollo –que no degradación– de esas normas constitucionales superiores es el indicador de la salud –o la enfermedad– de nuestra justicia constitucional, lo que equivale a decir de nuestra democracia.

La función de justicia está unida, como la cara y la cruz de una moneda, a la función de seguridad. La seguridad formal de los procedimientos es condición necesaria –aunque no suficiente– para la justicia material o efectiva.

La función de seguridad permite a los ciudadanos saber quién manda y cómo se manda en las relaciones sociales. La separación de poderes permite –o debe permitir– que el gobierno de las leyes tenga más fuerza que el gobierno de las personas o de las corporaciones. La función de justicia establece claramente los valores superiores que informan la C. E.: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Estos valores se expresan a través de los derechos y libertades fundamentales para los individuos y los grupos sociales y también a través de los principios de ordenación y funcionamiento del poder para la mejor realización de dichos valores fundamentales.

La función de legitimidad es una derivada de la relación entre seguridad y justicia y tiene que ver con una pregunta: ¿Por qué tenemos que obedecer a la Constitución? La respuesta, cuando se incumplen de forma clamorosa derechos, valores y principios constitucionales, no puede ser: porque lo dice la Constitución.

Cuando se niega el valor normativo de las disposiciones programáticas de una Constitución, se niegan las reglas del juego del proyecto de Estado que define dicha Constitución. Las normas programáticas, al poseer el mayor carácter fundamentador, son las fundamentales porque desarrollan la Constitución en un sentido propio lo que significa que, además de ser verdaderas

normas jurídicas constitucionales, son las más constitucionales de todas las normas constitucionales.

Este ordenamiento se hace explícito en el art. 9.1 de la C.E. “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la C.E. y al resto del ordenamiento jurídico”. Al vincular expresamente a ciudadanos y poderes públicos, la Constitución introduce el principio de aplicación directa, con lo que no sólo es una norma jurídica plena, sino aplicable directamente. De aquí se deduce que las disposiciones constitucionales no aplicables directamente, al suponer una excepción a la regla general deben modificarse en orden a la consecución de la justicia constitucional.

A través del artículo 9.1, la C.E. consagra expresamente el principio de supremacía de la Constitución. El carácter suprallegal y la supremacía de la C.E. deben estar protegidos a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley.

Especial relevancia de determinados preceptos constitucionales

El procedimiento agravado de Reforma Constitucional (Art. 168.1) afecta al Título Preliminar (que contiene la fórmula política de la C.E.), al cap. 2º, Sección 1ª del Título I (De los derechos y libertades fundamentales) y al Título II (De la Corona). Este procedimiento plantea el problema del “sentido propio” de la C.E. en nuestro ordenamiento constitucional porque reconoce la superioridad jerárquica de algunas normas y, por tanto, la prevalencia de estas normas constitucionales sobre otras también constitucionales.

Esta conclusión nos conduce a la posibilidad de que existan normas constitucionales que, al entrar en contradicción antagónica con las definidas como superiores, sean inconstitucionales. Pero esto nos aparta del motivo de este recurso ya que nos conduce al terreno de la reforma constitucional.

La dificultad para el carácter justiciable de los Principios Rectores de la Política Social y Económica (Arts. 39 al 52) que introduce el art. 53.3 de la C.E. al establecer la necesidad de leyes que los desarrollen, significa que una norma organizativa subordinada hace imposible la garantía de valores y derechos fundamentales. Esta anomalía jurídica bloquea políticamente el respeto a los Derechos y Libertades fundamentales de nuestra Constitución invocados expresamente en el Art 10.2 de la C.E.: la Declaración Universal de DDHH (1948) y los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Si una norma constitucional programática (como son las contenidas en capítulo tercero (Principios Rectores de la Política Social y Económica) del título primero (De los derechos y libertades fundamentales) se remite, para la plena positivación de sus contenidos, a la legislación ordinaria (artículo 53.3 del capítulo cuarto “De las Garantías, de las libertades y los derechos fundamentales”) y dichas leyes no se promulgan, el resultado es la disolución de hecho del carácter normativo de una parte del texto constitucional, en particular de los principios que fundamentan las políticas que protegen al trabajo respecto al capital.

Después de 35 años de Constitución, no se ha elaborado el marco jurídico para la aplicación y la justiciabilidad de estos derechos fundamentales. El resultado es un enorme quebranto económico y social de derechos fundamentales de la población y del Estado democrático y

social de Derecho al subordinarse los derechos fundamentales de naturaleza social a otros derechos de rango constitucional inferior.

Cuando se argumenta que algunas normas constitucionales (como los Arts. 39 a 52 del cap. III, título I), no vinculan a los poderes públicos por no ser alegables ante los tribunales, estamos ante un cierre político que obstruye la justicia constitucional. Se trata de una profecía autocumplida. La eficacia de un precepto depende de la emanación de su normativa complementaria. Las disposiciones constitucionales que contienen normativa incompleta y la falta de voluntad política para completarla por parte de los poderes del estado, hacen imposible, tanto su cumplimiento directo como la garantía de los derechos que consagran. Todo está en la Constitución pero, a igualdad de derechos sobre el papel, gana la fuerza de los poderes fácticos.

El Tribunal Constitucional es el garante del imperio de la Constitución pero también de la eficacia de las normas constitucionales superiores, respecto de las normas constitucionales inferiores, incluso respecto a las normas constitucionales presuntamente inconstitucionales. Invalidar las leyes y las normas constitucionales que impiden la supremacía de los principios y valores fundamentales de la Constitución, sería un acto de justicia constitucional al servicio de la dignidad de las personas, sus derechos inviolables y la restauración de la deficiente calidad de nuestra democracia.

TERCERO.- Las anteriores consideraciones encuadran los concretos motivos de inconstitucionalidad de la Ley 1/2013 que a continuación se expondrán:

FUNDAMENTOS DE DERECHO JURÍDICO-PROCESALES

PRIMERO.- COMPETENCIA

Corresponde al Tribunal Constitucional el conocimiento del recurso interpuesto contra los preceptos que se determinarán en esta demanda de la Ley , de acuerdo con el artículo 161.1.a) de la Constitución Española en relación con los artículos 2.1.a) y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

SEGUNDO.- LEGITIMACIÓN

Esta parte está legitimada para interponer el presente recurso a tenor de lo establecido en el artículo 162.1.a) de la Constitución Española y el artículo 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

TERCERO.- REPRESENTACIÓN Y DEFENSA

Los diputados recurrentes actúan representados por Comisionado nombrado al efecto, en el que se reúne la condición de Letrado D....., colegiado nº .. del Colegio de Abogados de , y éste

auxiliado por el Procurador D. , de conformidad con lo previsto en el artículo 82.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

CUARTO.- OBJETO DEL RECURSO

Se impugnan en el presente recurso de inconstitucionalidad los preceptos de la Ley que se relacionan a continuación:

1º Motivo – Inviolabilidad del domicilio y Tutela Judicial Efectiva. Inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 1/2013 por vulneración del artículo 18 de la Constitución, entendido en sí mismo y en relación con el artículo 24 CE.

Artículo recurrido: Artículo 1 en su integridad:

“Artículo 1 Suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables

1. Hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.

2. Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son:

a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.

c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.

f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual.

3. Para que sea de aplicación lo previsto en el apartado 1 deberán concurrir, además de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos en el apartado anterior, las circunstancias económicas siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Dicho límite será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior, y de cinco veces dicho indicador en el caso de que el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

4. A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá:

a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5.

b) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.”

2º Motivo. Discriminación por razón de edad y vulneración deberes de protección del menor. Vulneración del artículos 14, 15, 10 y 39.4 y 47 de la Constitución Española y de la Convención de los Derechos del Niño.

Artículos recurridos: 1.2.c), y artículo 8, Dos que modifica el artículo 3.1.b del RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos en lo relativo a familias de las que forme parte un menor de tres años.

“Artículo 1.- Suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables

1. Hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas

que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.

2. Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son:

(...)

c) *Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años. (...)*

“ Artículo 8.- Modificación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, queda modificado como sigue:

Dos. El artículo 3 queda redactado del siguiente modo:

«1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes:

(...)

Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

(...) 4.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.(...)”

3º Motivo – Fondo Social Viviendas. Vulneración del artículo 47 de la CE, y de los artículos 39.4, 15 y 10.1, 39.4 CE, interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Convenio de Derechos del Niño (CDN).

Artículo recurrido:

“ Disposición adicional primera Fondo social de viviendas

Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 1 de esta Ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban.”

4º Motivo – Inconstitucionalidad de Disposición transitoria 1ª y 2ª por vulneración del 9, 10, 24 y 96 de la Constitución. Violación de la tutela judicial efectiva y derecho a la defensa en relación con las garantías procesales ofrecidas a los consumidores frente a los

profesionales bajo el principio de *pro consumatore* que se concreta en el ordenamiento jurídico de UE con la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993. Convenio europeo de derechos humanos, Pacto internacional de derechos civiles y políticos derecho a un procedimiento con todas las garantías.

Artículo recurrido:

Disposición transitoria primera. Procedimientos en curso.

Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento.

Disposición transitoria segunda. Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual.

La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.»

Disposición transitoria cuarta. Régimen transitorio en los procesos de ejecución.

1. La modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar.

2. En todo caso, en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que haya transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El plazo preclusivo de un mes se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley y la formulación de las partes del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los artículos 558 y siguientes y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta Disposición transitoria se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Asimismo, en los procedimientos ejecutivos en curso en los que, a la entrada en vigor de esta Ley, ya se haya iniciado el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán del mismo plazo preclusivo de un mes previsto en el apartado anterior para formular oposición basada en la existencia de cualesquiera causas de oposición previstas en los artículos 557 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. La publicidad de la presente Disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en los apartados 2 y 3 de este artículo, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto.

5. Lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil será de aplicación a las adjudicaciones de vivienda habitual realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, siempre que a esa fecha no se hubiere satisfecho completamente la deuda y que no hayan transcurrido los plazos a los que se refieren las letras a) y b) del citado artículo. En estos casos, los plazos anteriores que vencieran a lo largo de 2013 se prolongarán hasta el 1 de enero de 2014.

La aplicación de lo previsto en este apartado no supondrá en ningún caso la obligación del ejecutante de devolver las cuantías ya percibidas del ejecutado.

5º Motivo – Violación del principio de igualdad de armas procesales y acceso a los recursos establecidos por ley (art.14 CE en relación con el artículo 24.1 CE)

Artículos recurridos:

Artículo 7 Uno de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 552.2 de la LEC.

El artículo 7 de la Ley 1/2013, destinado a modificar la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en su apartado **Uno añade un segundo párrafo al art.552.1** de la LEC (“Denegación del despacho de la ejecución. Recursos”), en los siguientes términos:

Cuando el tribunal apreciar que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.ª.

Artículo Catorce de la Ley 1/2013 en relación con el artículo 695 de la LEC.

«Artículo 695. Oposición a la ejecución.

Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten »

6° Motivo - Inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 1/2013, en su apartado Tres, por el que se modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, así como referencias e incisos en la Ley al procedimiento de ejecución o venta extrajudicial. Vulneración de los artículos 14, 24, 51.1 y 117.3 de la Constitución.

Artículos recurridos:

Anulación íntegra del apartado Tres del artículo 3 de la Ley 1/2013:

“ Tres. Se modifica el artículo 129, que queda redactado del siguiente modo:

«1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse:

a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.

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

2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes:

a) El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

b) La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución.

c) La venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114.

En el caso de que la cantidad prestada esté inicialmente determinada pero el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital, a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse un documento en el que consten las amortizaciones

realizadas y sus fechas, y el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

En cualquier caso en que se hubieran pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial, se deberá acompañar el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

d) La venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

e) En el Reglamento Hipotecario se determinará la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación.

f) Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.

g) Una vez concluido el procedimiento, el Notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, todo ello con aplicación de las reglas de imputación contenidas en el artículo 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en juicio verbal.

h) La Ley de Enjuiciamiento Civil tendrá carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Referencias en otros apartados de la Ley, cuya declaración de inconstitucionalidad se solicita en coherencia con la eliminación del artículo 3, apartado Tres:

Artículo 1: eliminación de las palabras “o extrajudicial” en su inciso referido a “un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria”),

Artículo 2: eliminación de las palabras “o el Notario” en su inciso referido a “ ante el Juez o el Notario”.

Disposición Adicional Cuarta: en su primer párrafo *in fine*, eliminación de las palabras “o venta extrajudicial”, en su inciso final dónde se refiere “ejecución hipotecaria o venta extrajudicial”,

Disposición Transitoria Primera: eliminación de las palabras “o extrajudiciales”: “Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento.”

Disposición Transitoria Segunda: eliminación del tercer párrafo completo por referirse a ejecuciones o ventas extrajudiciales: “En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.”

Disposición Transitoria Quinta: eliminación íntegra por tratarse de régimen transitorio de ejecuciones o ventas extrajudiciales en marcha:

“Lo previsto en el artículo 3, apartado Tres, se aplicará a las ventas extrajudiciales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, cualquier que fuese la fecha en que se hubiera otorgado la escritura de constitución de hipoteca.

En las ventas extrajudiciales iniciadas antes de la entrada en vigor de la presente Ley y en las que no se haya producido la adjudicación del bien hipotecado, el Notario acordará su suspensión cuando, en el plazo preclusivo de un mes desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez competente, conforme a lo previsto por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que determine la cantidad exigible.”

Disposición Final Primera, en el añadido de una Disposición Adicional Séptima al RD Legislativo 1/2002, primer párrafo, requisito a), por cuánto se refiere indistintamente a “ejecución forzosa administrativa, judicial o venta extrajudicial ... ”. Eliminación de las palabras “o venta extrajudicial”.

QUINTO.- PLAZO DE INTERPOSICIÓN

El presente recurso se deduce dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, tal como dispone el art. 33.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO JURÍDICO MATERIALES

PRIMER MOTIVO. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 1/2013 POR VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN, INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO, ENTENDIDO EN SÍ MISMO Y EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 24 CE, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

El presente recurso se interpone en un contexto de clara alarma social por el aumento de ejecuciones hipotecarias y lanzamientos de vivienda instados por entidades financieras en el marco de la crisis reconocida en la propia Exposición de Motivos de la Ley: “La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones (...)”.

A pesar de esta constatación y del problema conocido popularmente como de “los desahucios”, la Ley 1/2013 incorpora medidas paliativas sobre casos específicos de lanzamiento de vivienda habitual sin margen alguno de apreciación judicial de las circunstancias que concurren en cada caso. La doctrina constitucional y europea sobre injerencias en el domicilio y la intimidad familiar queda vulnerada en el artículo 1 de la Ley por incorporar un sistema de suspensiones tasado, sin cauce procesal adecuado para un juicio de proporcionalidad, y en definitiva, sin margen de apreciación judicial efectivo.

Según la jurisprudencia constitucional, el domicilio es “*un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima*” (por todas, STC 22/1984, 17 de febrero, FJ5; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, entre otras). Este concepto de domicilio es más amplio que la noción de domicilio en el ámbito jurídico privado o administrativo, y excluye concepciones reduccionistas como las que podrían equipararlo al concepto jurídico-penal de la morada habitual o habitación. Por ello, la protección se extiende a la vida privada de los ciudadanos en el espacio en el que la desarrollen (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5).

La noción de domicilio que el artículo 18 CE protege, en otras palabras, es de carácter instrumental. En la medida en que su contenido abarca los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de la persona, se crea un nexo de unión entre la norma que prohíbe la entrada y registro en el mismo (artículo 18.2 CE) efectuada sin consentimiento del titular, sin la existencia flagrante delito o resolución judicial que la autorice, y la que impone la protección de la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE).

Tal y como reitera la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe tenerse en cuenta que el artículo 18.2 CE garantiza el ámbito de privacidad de la persona dentro de un espacio limitado que ésta elige y que debe estar exento de invasiones o agresiones de terceros o de las

autoridades públicas. Por todo ello, con este precepto no solamente se protege el espacio físico en sí sino también la esfera privada y familiar del individuo.

La entrada en el domicilio sin el permiso de quien lo ocupa, ni estado de necesidad, solo puede hacerse si lo autoriza el Juez competente. Esta autorización determina la legitimidad de la entrada y registro domiciliarios, tal como estipulan los artículos 18.2 CE, 87.2 LOPJ y 546 LECrim. Este requisito es necesario para dotar de base constitucional a la invasión del hogar (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ. 4 y STC 290/ 1994, de 27 de octubre).

En los casos de lanzamiento de vivienda habitual, la existencia de **una resolución judicial que ordene la entrada en un domicilio**, con la consecuente limitación del derecho fundamental previsto en el artículo 18 CE, **debe ser fruto de un juicio valorativo previo de las circunstancias concretas de cada caso. La decisión última de irrupción en el domicilio del ejecutado debe estar justificada, motivada y exenta de cualquier arbitrariedad.**

Parece evidente que la motivación judicial necesaria a la que se refiere el artículo 18.2 CE no existe si no se establece la posibilidad de examinar a las circunstancias concretas de cada supuesto en el que se va proceder a afectar la inviolabilidad del domicilio. En otras palabras, si se elimina el análisis de la posible colisión de valores e intereses constitucionales, se vulnera el artículo 18 CE, tal y como afirman las sentencias de este Alto Tribunal, 50/1995, de 23 de febrero, FJ.5 y 126/1995, FJ.3:

“La autorización judicial, vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o ese mandamiento para quien ha de sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental”.

La inexistencia de esta posibilidad de valoración, en todo caso, no solo afectaría el contenido del artículo 18 CE. También vulneraría el derecho fundamental a una resolución motivada (art. 24 CE), necesaria de todo punto para la autorización judicial de injerencias en el domicilio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano de referencia para acudir a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), ha establecido que el desalojo del hogar familiar, incluso cuándo la legislación interna considere agotado el derecho a permanecer con título contractual, solo puede proceder si se respetan ciertas cautelas. Por un lado, el respeto de los derechos procedimentales previstos para desalojos forzosos. Por otro, la previsión de alojamiento alternativo que no coloque a las personas afectadas en situaciones degradantes como la exclusión social sin techo (ver caso *Buckland c. Reino Unido*, 18 de septiembre de 2012). En el caso *Yordanova y otros c. Bulgaria*, de 14 de abril de 2012, el Tribunal Europeo ha interpretado el artículo 8 del Convenio (prohibición de injerencias en el domicilio) en idéntico sentido. Concluye que el desalojo forzoso sólo será admisible en la medida en que se trate del último remedio para la consecución de un fin legítimo en una sociedad democrática, y siempre que se adopten las medidas necesarias para no agredir los derechos de las personas.

El carácter desproporcionado de los lanzamientos en los casos de entidades financieras rescatadas con fondos públicos

En un lanzamiento, sin ánimo de ser exhaustivos, entran en juego los siguientes bienes jurídicos de rango constitucional:

- * Inviolabilidad del domicilio (artículo 18 CE y 8 CEDH)
- * Integridad física y moral (art. 10 CE)
- * Tutela judicial efectiva y derecho a un proceso equitativo (arts 24 CE y 6 CEDH).
- * Interdicción de la arbitrariedad (art. 9 CE)
- * Protección de la familia y de la infancia (art. 39 CE)
- * Derecho a una vivienda digna (art. 47 CE)
- * Derecho a la propiedad privada delimitado por su función social (art. 33 CE).
- * Libertad de empresa en el caso, mayoritario, de entidades financieras como parte que insta el lanzamiento del domicilio para tomar posesión del inmueble (art. 38 CE).
- * Subordinación de las distintas formas de riqueza al interés general (art. 128 CE).

Por su parte, las circunstancias concurrentes en cada caso incluyen múltiples posibilidades, a saber: personas que residen en la vivienda, situación socio-económica, patrimonio inmobiliario sin ocupar de la entidad financiera ejecutante, disposición de vivienda pública en la localidad de residencia de los ejecutados, defensa y alegaciones ejercidas en el proceso, entre muchas y, sobretudo, existencia o no de alternativa habitacional.

Destacamos en este Motivo la concreta circunstancia de **entidades financieras** que acumulan un patrimonio de miles de viviendas vacías y que, sin embargo, instan el desahucio de personas que carecen de otro lugar para vivir incumpliendo así la función social de la propiedad (art. 33 CE) en evidente afectación de las condiciones de vida elementales de las personas.

Parece razonable pensar que la ejecución hipotecaria pueda abocar a un lanzamiento en determinadas circunstancias. En este sentido, la inviolabilidad del domicilio no puede constituirse en un bloqueo absoluto de la actuación judicial en aplicación de la ley. En determinados supuestos, una intromisión tan agresiva como la que supone un lanzamiento puede resultar admisible. Sin embargo, es necesario que previamente se hayan tenido en cuenta todas las cautelas, avisos, garantías de defensa, consultas, estudios de alternativas y previsiones específicas para evitar el desamparo de las personas afectadas.

En ejecuciones instadas por entidades financieras apoyadas mediante fondos públicos, el lanzamiento de colectivos en situación de vulnerabilidad sin alternativa habitacional resulta desproporcionado. Ante todo, porque supone un desconocimiento de la función social que debe delimitar el contenido del derecho de propiedad, así como por el deber de subordinación de toda forma de riqueza al interés general (art. 128 CE). En todo caso, más allá de la posición que aquí se sostiene, cada órgano judicial debería realizar un juicio valorativo que autorice o deniegue cada lanzamiento haciendo individualización del caso concreto.

En consecuencia, la resolución judicial que autorice o desautorice el lanzamiento en que se afecta al domicilio debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad para su restricción, la idoneidad de la medida, su necesidad y debido equilibrio (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre y 18/1999, de 22 de

febrero), teniendo en cuenta además, las circunstancias espaciales, temporales y personales en cada caso.

El incumplimiento de las garantías mínimas en materia de desalojos forzosos

España es firmante de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

Como consecuencia de la pertenencia a distintos organismos dependientes de la Organización de Naciones Unidas y de la firma de los tratados antedichos, España ha sido objeto de análisis por distintas entidades internacionales en materia de protección de derechos básicos. En lo que concierne a vivienda, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Vivienda como parte del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, recomendó al Estado español la aplicación progresiva de los **“Principios Básicos y Directrices Sobre los Desalojos y el Desplazamiento Generados por el Desarrollo”**¹, en su informe presentado ante la Asamblea General de Naciones Unidas el 7 de febrero de 2008.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas estableció, en su Observación General nº 72, sobre Desalojos Forzados, estableció una serie de garantías o procedimientos básicos en caso de desalojo que impidan la vulneración de derechos reconocidos en los tratados internacionales, y que, entre otros, consisten en:

Antes del desalojo las autoridades deben garantizar:

- I. Oportunidades y medidas para facilitar la prestación de asesoramiento jurídico a las personas afectadas.
- II. Estudio de todas las posibles alternativas a los desalojos, con participación de los interesados en el proceso de toma de decisiones.
- III. Ofrecer oportunidades de diálogo, en particular a las mujeres y a los grupos vulnerables y marginados.
- IV. Acreditación de que el desalojo es inevitable y que no contradice los compromisos internacionales de derechos humanos que protegen el bienestar general.

1 Accesible en el sitio web del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/105/34/PDF/G0810534.pdf?OpenElement>
2 Ídem: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/157/29/PDF/G9815729.pdf?OpenElement>

- V. Informar sobre las medidas adoptadas, en caso de que sea inevitable, para reducir al mínimo los efectos perjudiciales de los desalojos.
- VI. Aviso previo y apropiado para realizar inventario y documentar las pertenencias que revistan valor para las personas que habitan la vivienda.
- VII. Que los desalojos no generen personas sin hogar o vulnerables a la violación de otros derechos humanos.

Durante los desalojos:

- VIII. Permitir el acceso a observadores neutrales para garantizar el cumplimiento de los principios generales en materia de desalojos y salvaguarda de los derechos humanos.
- IX. No realizarse en tiempo inclemente, por la noche, durante los festivales o las fiestas religiosas, antes de las elecciones o durante o justo antes de los exámenes en las escuelas.

Después del desalojo:

- X. Alojamiento alternativo y suficiente.
- XI. Atención médica en caso de heridas o lesiones ocurridas en el desalojo.
- XII. Reinstalación en otro lugar con los servicios mínimos para garantizar una vida digna.

Hasta la fecha, esta parte recurrente no ha tenido constancia de que ninguna de las garantías mencionadas esté siendo respetada en los lanzamientos por ejecución hipotecaria. Tampoco la Ley 1/2013 aquí recurrida, a la hora establecer la suspensión de algunos de ellos, ha incorporado previsiones o cautelas según los estándares internacionales sobre Derechos Humanos que contienen los Pactos Internacionales que España ha firmado.

El juicio de proporcionalidad que debe realizar el órgano judicial ante una solicitud de injerencia en el domicilio, debería velar en todo caso por el cumplimiento de las anteriores cautelas y prevenciones sobre desalojos forzosos, plenamente aplicables a lanzamientos por ejecución hipotecaria.

La Ley 1/2013: regulación del lanzamiento sin margen de apreciación judicial ni previsión de cautelas.

El artículo 1 de la Ley 1/2013, de 15 de mayo, prevé la suspensión de lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables que cumplan determinadas circunstancias, sin realizar pronunciamiento alguno en relación a los supuestos en los que dichas condiciones no se cumplan y, sobretodo, sin contemplar la necesaria valoración judicial de las circunstancias concurrentes en cada caso. Al establecer unos motivos y causas tasados sin prever trámite procesal alguno en el que el órgano judicial pueda llevar a cabo la necesaria individualización del caso con verificación y valoración de las circunstancias y de los intereses en juego, habilitando además un imprescindible margen de discrecionalidad judicial, se contraviene toda la doctrina constitucional sobre entradas en domicilio.

El examen judicial sobre idoneidad de la medida, previo a su autorización o denegación, tanto en aquellos supuestos previstos en el artículo 1 de la Ley 1/2013 como en el resto, es un mecanismo preventivo imprescindible, destinado a proteger un derecho fundamental, el cual perdería todo sentido si éste estuviera orientado a reparar su violación cuando la misma se produjese (STC 160/1991, FJ.8).

Asimismo, esta intervención judicial se hace necesaria para velar por el cumplimiento de las garantías necesarias al momento del lanzamiento de acuerdo a los estándares internacionales sobre desalojos forzosos.

En definitiva, el artículo 1 de la Ley 1/2013 regula la suspensión lanzamientos de ejecución hipotecaria sin establecer la intervención judicial que individualice y valore las circunstancias e intereses concurrentes en el lanzamiento, lo que constituye parte esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Simultáneamente, al establecer una regulación del proceso de lanzamiento sin dar cauce a esa intervención judicial se produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho a una resolución motivada en materia de restricción de derechos fundamentales. Esta perspectiva es pacífica en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Solicitamos, pues, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 1/2013, mediante resolución del Tribunal Constitucional que consolide de manera concluyente la necesidad de intervención judicial que valore los intereses en juego en cada pretendido lanzamiento sobre vivienda habitual derivado de ejecución hipotecaria.

SEGUNDO MOTIVO.- Inconstitucionalidad del artículo 1, apartado 2.c), así como del artículo 8, Dos que modifica el artículo 3.1.b del RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Vulneración del artículos 14, 15, 10 y 39.4 y 47 de la Constitución Española y de la Convención de los Derechos del Niño.

El artículo 1.3 de la Ley 1/2013 prevé, en su artículo 1, apartado 2.c, una suspensión de 2 años de los lanzamientos sobre viviendas habituales de las unidades familiares de las que forme parte un menor de 3 años.

Por su parte, el artículo 8 modifica el artículo 3.1.b del RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, y reconoce a la unidad familiar de la que forme parte un menor de 3 años ciertos beneficios en materia de reestructuración de la deuda hipotecaria.

En opinión de los recurrentes, esta distinción en razón de la edad plantea exclusiones no justificadas y desproporcionadas de otros menores mayores de dicha edad. Dicha exclusión, interpretada a la luz del Convenio de Derechos del Niño, en vigor en el ordenamiento interno desde el 5 de enero de 1991, comporta una vulneración de su derecho a la igualdad (artículo 14 CE), una posible afectación de su derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) y un incumplimiento de los deberes estatales de protección de la familia (artículo 39.4 CE).

Vulneración del derecho de los menores a no ser discriminados.

El artículo 14 de la CE reconoce el derecho de todas las personas a la igualdad y a no ser discriminadas por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

En su temprana sentencia 75/1983, de 3 de agosto, el Tribunal Constitucional constató que aunque la edad no es un criterio discriminatorio expresamente previsto en el artículo 14, “no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad».

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la prohibición de discriminación prevista en el artículo 14 de la CE no impide necesariamente al legislador aprobar políticas que puedan comportar una cierta desigualdad de trato. Para resultar compatibles con la Constitución, dichas distinciones deben reunir, sin embargo, algunas condiciones.

En primer lugar, no deben resultar artificiosas o injustificadas, esto es, deben estar fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables. En segundo lugar, la diferencia de trato debe producir consecuencias jurídicas proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos [por todas, SSTC 152/2003, de 17 de julio, F. 5 c); 255/2004, de 22 de diciembre, F. 4; y 10/2005, de 20 de enero, F. 5].

En diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha reputado discriminatorias disposiciones normativas que establecían distinciones en materia de edad.

Así, por ejemplo, consideró injustificada la distinción establecida por una norma legal que prohibía el acceso a la función pública de la Administración General a quienes les faltaran menos de diez años para la jubilación forzosa determinada legalmente (STC 37/2004 de 11 de marzo).

En otra ocasión, entendió que era discriminatoria la fijación de un límite de edad para la obtención de licencias de apertura de farmacias (SSTC 63/2011, de 16 de mayo, 79/2011, de 6 de junio, 117/2011, de 4 de julio y 161/2011, de 19 de octubre).

La existencia de supuestos de distinciones injustificadas no supone que todas las distinciones por materia de edad pueden reputarse discriminatoria. El ordenamiento español, de hecho, ha

admitido en distintos casos diferenciaciones de trato basadas en criterios como la mayor madurez o capacidad de decisión de los menores a la hora de realizar determinados actos (14 años para contraer matrimonio, 16 para la finalización de estudios, etcétera).

Estas distinciones, asimismo, pueden estar especialmente justificadas cuando se trata de medidas dirigidas a proteger a la infancia (STC 55/1994). Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño (CDN), establece que los Estados garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo de los niños (artículo 6.2) y obliga los Estados a respetar los derechos enunciados en la Constitución sin discriminación alguna (artículo 2.1).

El Menor de edad como sujeto de derecho

El artículo 39.4 de la CE establece el deber de protección a la infancia de acuerdo con los Tratados Internacionales que velan por sus derechos (fundamentalmente, la Convención de Derechos del Niño de la Asamblea de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989).

Este deber de protección admite, ciertamente, tratos diferenciados entre menores por razón de edad. De hecho, el propio Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General nº 7, apartado 4, reconoce que los niños situados en la primera infancia, esto es, la que se extiende hasta los 8 años, tienen necesidades específicas que exigen cuidados y atención especiales (U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006)).

Ahora bien, este mismo Tribunal ha señalado en varias ocasiones que el principio de igualdad admite ciertas distinciones pero prohíbe la imposición de desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados (STC 237/2005, de 27 de octubre).

Esta protección frente a la discriminación se intensifica cuando la persona objeto de tal vulneración es un niño. En estos supuestos, los Estados están obligados a otorgar una prioridad máxima a la protección de los intereses de aquellos que gocen de tal condición, como se refleja en los artículos 10.3 y 11.1 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) o el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

El propio Comité de los Derechos del Niño, al interpretar la prohibición de discriminación del artículo 2.1 CDN, advierte de que los Estados no pueden discriminar a grupos específicos de niños de pequeños (apartado 11 b), sobre todo si con ello se vulnera el deber de asegurarles “la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar” (artículo 3 CDN).

En opinión de los recurrentes, el artículo 1 apartado 2 c) de la Ley 1/2013 infringe esta prohibición. La limitación de la suspensión por 2 años de los lanzamientos a unidades familiares donde existan menores de 3 años, en efecto, constituye una exclusión injustificada de otros menores que, a efectos de un desahucio, se encuentran en una situación análoga de vulnerabilidad y corren un riesgo cierto de ver afectada su integridad física, psíquica y moral (artículo 15 CE), así como el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10.1 CE).

La norma recurrida, en otras palabras, no establece un límite de edad justificado en materia de desahucios. Por el contrario, fija un umbral que reduce de manera notable el espectro de población protegida frente al lanzamiento de vivienda habitual, sin que pueda advertirse, por

ejemplo, por qué los menores que cumplen de 3 años pasen a encontrarse en una situación de menor vulnerabilidad que los que no los han cumplido.

En consecuencia, una distinción entre menores por razón de edad, excluyendo a la mayoría de ellos de la protección frente al lanzamiento de la vivienda familiar (art. 47 CE), sin previsión alguna de alternativa habitacional, supone una discriminación difícilmente justificable que en absoluto responde al interés de los propios menores.

Situación de los menores en el contexto de crisis

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989), contempla el reconocimiento del "derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y espiritual, moral y social" (artículo 27.1) a la vez que compromete a los Estados Partes a adoptar todas las medidas necesarias para ayudar a dar efectividad a este derecho (artículo 27.3).

España posee una de las mayores tasas de pobreza infantil de toda Europa (3 puntos por encima de la Unión Europea), y tiene la tasa de intensidad de la pobreza más alta de toda la Unión Europea sólo por debajo de Rumania y Bulgaria.

Los datos que comienzan a ofrecer las diferentes Oficinas intergubernamentales respecto a la situación de los menores acreditan una vulnerabilidad creciente:

“Con los datos actuales, en solo dos años, la cifra de pobreza infantil en España ha crecido un 10%, aproximándose a 2.200.000 el número de menores de 18 años que viven en hogares que están por debajo del umbral de la pobreza.” (La Infancia en España 2012-2013. El Impacto de la Crisis en los Niños).

La Unión Europea prevé para España una tasa de paro del 27% a finales de 2013. El crecimiento del desempleo es uno de los factores que contribuye al aumento de la pobreza infantil, en este sentido, estudios recientes (Eurostat, 2011) afirman que en 2011 la tasa de riesgo de pobreza infantil era del 30.6%, lo cual representa 3.6 puntos porcentuales por encima del riesgo de tasa de pobreza de la población general, situada en un 27%. Por otro lado, la pobreza crónica infantil (aquellos niños y niñas que llevan tres de los últimos cuatro años bajo el umbral de la pobreza) es de 16.7%, 6 puntos por encima de lo mostrado en 2007.

El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muiznieks, ha llamado la atención sobre el alarmante índice de pobreza infantil y los problemas de malnutrición que se reportan desde España (nota de prensa 7-6-2013).

Entendemos que es en estas circunstancias sociales críticas en las que debe valorarse la exclusión de protección a menores mayores de 3 años. Una exclusión que no solo carece de fundamentos objetivos, sino que afecta de manera desproporcionada el derecho a la integridad física y moral (artículo 15) y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1) de dichos menores. Estas vulneraciones se producen en concurrencia con la violación del derecho a una vivienda digna (art. 47 CE) en los casos de lanzamientos fruto de ejecuciones hipotecarias, sin alternativa habitacional.

Como el propio Tribunal Constitucional ha recordado, para que pueda apreciarse una vulneración del artículo 15 CE no es preciso que las lesiones a la integridad se hayan consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que dicha lesión pueda llegar a

producirse (en este sentido SSTC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 1; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; 5/2002, de 14 de enero, FJ 4).

Pues bien, la exposición de menores mayores de 3 años a un desahucio hipotecario, sin una protección análoga a la que se otorga a otros niños de 3 años, incorpora, en tiempos de crisis, un peligro cierto de que estos puedan verse condenados a una situación de calle o de desamparo que los exponga a situaciones de violencia, temor, incertidumbre, angustia y dolor. Estas circunstancias implican una desprotección injustificada de la vida familiar de los menores (artículo 39.4 CE), introducen un riesgo cierto de afectación de su integridad psíquica, física y moral (artículo 15 CE) y un condicionamiento severo del libre desarrollo de su personalidad (artículo 10.1).

La inconstitucionalidad aquí denunciada debería extenderse también al artículo 8 Dos que modifica el artículo 3.1.b. del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medida urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. El nuevo precepto, en efecto, restringe la posibilidad de solicitar a las entidades financieras que suscriban el “Código de Buenas Prácticas” una reestructuración de la deuda hipotecaria contraída sólo a la unidad familiar de que forme parte un menor de tres años. De ese modo, se excluye de manera no justificada de este beneficio a las unidades familiares de que forme parte un menor mayor de dicha edad.

Esta exclusión, ciertamente, no tiene los mismos efectos que la no suspensión de un lanzamiento que puede derivar en una situación de peligro e incluso de falta de techo que afecte a los menores mayores de 3 años involucrados. Sin embargo, en la medida en que la unidad familiar no puede acceder a la reestructuración de la deuda, se expone a esta y sobre al menor que la integra a una situación de riesgo y de vulnerabilidad añadida, desproporcionada e incompatible con las obligaciones establecidas en la Constitución y en la Convención de los Derechos del Niño.

Estos argumentos, a juicio de los recurrentes, bastan para acreditar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados por al menos dos razones. En primer lugar, por la vulneración del derecho a la igualdad de los menores afectados, tanto en materia de protección frente a los lanzamientos como en materia de reestructuración de la deuda hipotecaria contraída por la unidad familiar en que se integran. En segundo término, por la vulneración de los deberes estatales de protección de la vida familia y la especial afectación, en un contexto de crisis, del derecho a la física, psíquica y moral y al libre desarrollo de la personalidad de los menores afectados.

De esta manera, se exponen al Tribunal elementos de juicio suficientes para ordenar la nulidad de la medida, debiendo ordenarse una nueva redacción conforme a los principios de igualdad, no discriminación y protección al menor en un contexto de crisis.

TERCER MOTIVO.- Inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Primera de la Ley 1/2003 que prevé la constitución del Fondo Social de Viviendas propiedad de las entidades financieras para dar cobertura a las personas que hayan sido desalojadas de su vivienda

habitual por impago de un préstamo hipotecario. Vulneración del artículo 47 de la CE, y de los artículos 39.4, 15 y 10.1, 39.4 CE, interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Convenio de Derechos del Niño (CDN).

La Disposición Adicional Primera de la Ley 1/2003 estipula que “se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamos hipotecario. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamientos con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban”.

A juicio de los recurrentes, la excesiva vaguedad e indeterminación de este precepto desnaturaliza el contenido mínimo que, en un contexto de crisis, hace reconocibles el derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE) en conexión con el derecho a la integridad física, psíquica y moral (artículo 15 CE) y a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) así como con el deber de protección de las familias (artículo 39.4 CE).

Desde muy temprano, de hecho, el Tribunal Constitucional, ha señalado que “el valor normativo inmediato” del derecho a una vivienda digna y adecuada, y en general, de los presentes en los artículos 39 a 52 de la Constitución, “ha de ser modulado en los términos del artículo 53.3 de la Norma Fundamental”, precepto que “impide considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes” (SSTC 80/1982, de 20 de diciembre, 19/1982, de 5 de mayo y 14/1992, de 10 de febrero, entre otras).

Con arreglo al artículo 10.2 CE, una de las vías para establecer el alcance de este derecho y de otros a él conectados, así como de las correspondientes obligaciones de los poderes públicos en la materia, es a partir de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España. De conformidad con el apartado 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de Naciones Unidas ha definido el alcance del derecho a una vivienda adecuada en su Observación General nº 4. En opinión del Comité DESC, el derecho a una vivienda adecuada no puede identificarse de manera restrictiva con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza. Debe considerarse más bien “como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte” (apartado 7)

El carácter “adecuado” de la vivienda viene definido por el Comité a partir de diferentes elementos. Uno de ellos es la seguridad jurídica en la tenencia, que implica, entre otras cuestiones, el deber de garantizar a todas las personas protección contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas (apartado 8.a).

La Observación nº 7 del Comité DESC, precisamente, se ocupa de la protección contra los desahucios como un elemento integrante del derecho a una vivienda adecuada. Allí sostiene que “los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda” (apartado 16).

Esta obligación de proporcionar una alternativa habitacional, ciertamente, es, como se desprende del artículo 2.1 del PIDESC, una obligación progresiva de los Estados, condicionada por la disposición de recursos.

En consonancia con este principio, el Tribunal Constitucional ha recordado en diversas ocasiones que el legislador dispone de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de diseñar sus políticas sociales. No obstante, también ha señalado que esta libertad de configuración legislativa no es absoluta y debe armonizarse con el carácter vinculante de los mandatos constitucionales. Así, en su Sentencia 113/1989, el Tribunal señaló que el reconocimiento del derecho a una vivienda digna (artículo 47) o a la protección de la familia (artículo 39) “obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativas prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales” (FJ nº 3).

En su Observación General nº 3, referidas al cumplimiento del PIDESC, el Comité DESC ha establecido que esa acción normativa comporta, más allá de un cierto margen de discrecionalidad, una serie obligaciones de cumplimiento inmediato, dirigidas a preservar, al menos, el contenido mínimo del derecho.

El artículo 2.1 del PIDESC, por ejemplo, estipula que los Estados están obligados a adoptar todas las medidas, incluidas las legislativas, hasta el máximo de recursos disponibles para satisfacer los derechos en cuestión. Esta exigencia de utilización del máximo de recursos disponibles en cada contexto no anula el margen de discrecionalidad del legislador, pero le impone algunas obligaciones concretas, como la de no postergar *sine die* la adopción de la política en cuestión o establecer plazos razonables para su cumplimiento.

Estas obligaciones son especialmente apremiantes en contextos de emergencia social como los descritos en la propia exposición de motivos de la Ley 1/2013. Y también lo que están en juego son el derecho a una vivienda adecuada (artículo 47), a la integridad física y moral (artículo 15) o la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) o a la vida familiar (artículo 39) de personas y colectivos en especial situación de vulnerabilidad.

En el apartado 11 de su Observación General nº 4, el Comité DESC recuerda que si bien el Estado tiene cierto margen para determinar los beneficiarios de sus políticas, debe otorgar “debida prioridad a los grupos sociales que viven en situación de vulnerabilidad, concediéndoles una atención especial”. Asimismo, señala que aunque estas obligaciones básicas rigen en tiempos de bonanza económica, son especialmente pertinentes “en tiempos de contracción económica”, de modo que su incumplimiento contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto.

Pues bien, la Disposición Adicional Primera (DA1ª) de la Ley 1/2003 estipula que se “encomienda” al Gobierno que “promueva” con el sector financiero “la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamos hipotecario”.

Los beneficiarios de este fondo son, en principio, las personas en situación de especial vulnerabilidad social a las que se refiere el artículo 1 de la Ley 1/2003. El resto de personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad distinta (que según el artículo 1 puede incluir a menores mayores de 3 años) podrán gozar eventualmente de esos beneficios si así se considerara oportuno una vez transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de la Ley.

A juicio de los recurrentes, las obligaciones previstas por la Disposición Adicional Primera están configuradas de una forma tan laxa e indeterminada que desnaturalizan el contenido del derecho a la vivienda, a la integridad física y moral, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad y a la protección de la familia de las personas ya desalojadas que con ellas se quiere proteger.

En efecto, la DA1ª se limita a “encomendar” al Gobierno que “promueva” con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito. Si se tiene en cuenta que el objetivo del fondo es proteger a colectivos en especial situación de vulnerabilidad, que incluyen a unidades familiares con niños en su primera infancia que ya han sido desalojadas, es posible afirmar que esta indeterminación y vaguedad excede los márgenes de discrecionalidad admitidos al legislador.

En efecto, para proteger a estos mismos colectivos, cuando todavía no han sido desalojados por razones hipotecarias, el artículo 1 impone a las entidades financieras una obligación muy concreta: la suspensión del lanzamiento durante dos años. En circunstancias más graves, esto es, cuando ya se ha producido el desalojo, la DA1ª estipula apenas una obligación de “promoción” con el sector financiero para la constitución de un fondo de viviendas, sin establecer ni condiciones básicas ni un plazo razonable para llevarla a cabo.

La norma cuestionada tampoco establece cuál será el plazo mínimo de los contratos de arrendamiento que se pretende facilitar, ni establece un límite al porcentaje de ingresos que pueden dedicarse a pagar la renta (como por ejemplo, el 30% estipulado en diferentes legislaciones y en previstos por distintos órganos internacionales).

Esta indeterminación absoluta carece de razonabilidad, ya que no ofrece una solución adecuada, a corto plazo, para los colectivos que la propia ley define como especialmente vulnerables.

Ciertamente, muchas de las condiciones de constitución, acceso y requisitos del fondo social de vivienda fueron concretadas en el Convenio para la constitución del fondo social de viviendas (FSV) para el alquiler (en adelante, Convenio) firmado el 17 de enero de 2013 por los ministerios de Economía y Competitividad, Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y Fomento, el Banco de España, la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), la Plataforma del Tercer Sector, las patronales bancarias y 33 entidades de créditos.

Con todo, muchas de estas condiciones, que no son recogidas por la Ley 1/2013, fueron criticadas por su carácter restrictivo por diferentes instituciones. El Síndic de Greuges de Cataluña³, por ejemplo, objetó, entre otras cuestiones: a) el escaso número de viviendas que se asignan al FSV; b) el carácter restrictivo y excesivamente estricto de las condiciones impuestas para que los solicitantes de vivienda puedan acceder al fondo; c) la atribución a la propia entidad crediticia que ha ejecutado la vivienda de las funciones de valoración de la prioridad y de la adjudicación de las viviendas en arrendamiento; d) la falta de participación otorgada a las administraciones públicas y a las entidades del tercer sector en la determinación de las necesidades reales de vivienda; e) la injustificada falta de previsión de la posibilidad de que la persona afectada pueda continuar disfrutando de su vivienda en régimen de alquiler; f) la falta de intervención en el procedimiento de las Comunidades Autónomas, a pesar de disponer de competencias exclusivas en materia de vivienda; g) la ausencia de condicionamientos a las entidades respecto del tipo de viviendas que pueden trasladar al fondo, con el riesgo cierto de que solo destinen las viviendas en peores condiciones y en una ubicación difícil.

³ Ver “Seguimiento de las propuestas del Síndic en materia de vivienda”, 11 de julio de 2013, accesible en <http://www.sindic.cat/ca/page.asp?id=42>

A pesar de que tanto el PIDESC (artículo 2.1) como el Convenio de Derechos del Niño (artículo 4) obligan a los Estados a realizar el máximo esfuerzo para asegurar los derechos en ellos reconocidos, el legislador no ha mejorado, modificado o simplemente contemplado estos criterios. Por el contrario, como se ha sostenido ya, la DA1ª no hace sino establecer algunos mandatos vagos, que no concretan ninguna de las obligaciones que los Pactos Internacionales ratificados por España imponen al legislador.

Es más, contando con mandatos constitucionales inequívocos sobre protección de la integridad física (art. 15 CE), protección de la familia y de la infancia (art. 39 CE), derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), entre otros, no es admisible que el legislador actúe de forma tan tenue que, por lo exiguo de su actividad frente a unas circunstancias excepcionales reconocidas en la propia Exposición de Motivos de la ley, incurra en contravención de su propio deber de tuición sobre derechos y libertades para todos los ciudadanos consagrado en los artículos 9.2 y 10 CE.

A juicio de los recurrentes, este déficit normativo excede el ámbito de la libertad de configuración del legislador. Al no ofrecer una respuesta adecuada al contexto de emergencia descrito en la propia exposición de motivos, desvirtúa el contenido constitucional y convencional de la obligación de otorgar a los colectivos más vulnerables una alternativa habitacional razonable como elemento integrante del derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE).

Asimismo, en la medida en que los destinatarios de la norma son menores de edad, introduce un riesgo cierto de vulneración de su derecho a la integridad física, psíquica y moral (artículo 15 CE) de su dignidad (artículo 10.1 CE) y del deber de protección de la vida familiar (artículo 39).

Por todas estas razones, se solicita al Tribunal Constitucional decretar la inconstitucionalidad de la previsión y ordenar una nueva redacción conforme a los derechos arriba alegados, tal como han sido interpretados por el derecho internacional de los derechos humanos.

CUARTO MOTIVO.- Inconstitucionalidad de Disposición transitoria 1ª y 2ª por vulneración del 9, 10, 24 y 96 de la Constitución. Vulneración de la tutela judicial efectiva y derecho a la defensa en relación con las garantías procesales ofrecidas a los consumidores frente a los profesionales bajo el principio de *pro consumatore* que se concreta en el ordenamiento jurídico de UE con la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993. Convenio europeo de derechos humanos, Pacto internacional de derechos civiles y políticos derecho a un procedimiento con todas las garantías.

SITUACIÓN DENUNCIADA

No es por tanto admisible que alguien por el mero hecho de consentir un contrato de adhesión con garantía hipotecaria "vea su derecho a la defensa momentáneamente disminuido". Más bien al contrario la imposición paulatina del principio procesal básico "*pro consumatore*" y su desarrollo legislativo por medio de normativas europeas como la Directiva 93/13/CEE viene a invertir esa tendencia de forma radical, imponiendo no solo el derecho a defensa plena del consumidor en los procedimientos judiciales sino más allá, imponiendo al juzgador la obligación de garantizar los derechos de la parte débil de la relación contractual de adhesión, por medio de un control jurisdiccional, responsabilidad "in vigilando", que va más allá de lo alegado de parte por el consumidor, todo ello como mecanismos regulados de la seguridad en el tráfico y de desarrollo del principio de equidad en relaciones jurídicas desiguales y como despliegue de las garantías procesales ante las nuevas realidades sociales. El despliegue de garantías procesales para los consumidores se incardinan en la cultura de nuestro ordenamiento jurídico por medio del principio básico de la equidad pero despliegan su plena eficacia jurídica desde que el propio Reino de España se integra en la Unión Europea y se obliga a con respecto al derecho comunitario como derecho positivo interno.

MARCO JURÍDICO

El **Art. 9 CE.-** *Sometimiento a la Constitución Española (principios de legalidad y jerarquía normativa)*

Como se indicó en el voto particular a la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004 en relación al contenido del citado artículo⁴.

El art. 9.1 CE (Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico) cumple una función capital en nuestra Constitución, dentro de su Título Preliminar: no sólo refleja la imperatividad, la fuerza obligatoria del Derecho —lo que es una obviedad—, que opera sobre los ciudadanos y también sobre los poderes públicos —nota instrumental del Estado de Derecho ya proclamado en el art. 1.1— sino que, y esto es lo relevante, expresa la naturaleza normativa de la Constitución que se integra en el ordenamiento jurídico, y que además es, precisamente, la norma suprema.

Ciertamente, son numerosos los preceptos de la Constitución en los que aparecen estas notas —naturaleza normativa, carácter supremo—, pero todos ellos vienen a ser manifestación, consecuencia de aquéllas; es justamente el art. 9.1 CE el que cumple el cometido de hacer expresa directamente esa condición de la Constitución, que no podía faltar dentro de su Título Preliminar, que es la quintaesencia de nuestra Norma Fundamental, en cuanto «que contiene los principios inspiradores de la misma» (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3).

⁴ Voto particular que formuló el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Declaración correspondiente al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004

Como se indica en el resumen que de dicho artículo 9 de la CE se incluye en la web del Congreso.⁵

Este precepto recoge un requisito esencial de todo Estado de Derecho que consiste en el sometimiento de los ciudadanos y, sobre todo, de los poderes públicos al Derecho y del mismo se desprende que la Constitución ocupa un lugar preferente en el ordenamiento jurídico.

Por tanto, la Constitución es nuestra norma suprema y no una mera declaración programática, de forma que, "lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 C.E.)" -STC 16/1982, de 28 de abril-. Se trata, en suma, de una "norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico". -STC 31 de marzo de 1981-.

Por otra parte, la supremacía de la Constitución tiene las siguientes consecuencias. En primer lugar, supone que el resto de las normas jurídicas deben estar en consonancia con sus mandatos, pues, en caso contrario, serán declaradas inconstitucionales; en segundo lugar, exige un procedimiento especial de reforma como garantía de su estabilidad jurídica; y, por otra parte, todas las normas jurídicas deben interpretarse de conformidad con los preceptos constitucionales de tal forma que siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme a ella, debe admitirse la primera -STC 122/1983, de 22 de diciembre-.

Como señala el artículo 9.1 CE, este principio vincula tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos si bien de forma distinta. Así, ha manifestado el Tribunal Constitucional en su STC 101/1983 que mientras que los ciudadanos tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (artículos 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución.

Artículos 10 (dignidad y libre desarrollo de la personalidad), **24** (tutela judicial efectiva y derecho a un juez predeterminado por la ley), **47** (derecho a una vivienda digna), **51** (defensa de los consumidores), todos de la CE.

⁵ <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=9&tipo=2>
(visitado el 19 de marzo de 2013)

Art. 96 CE.-Primacía de los Tratados Internacionales

En la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 se reiteró la **primacía** de los tratados Internacionales.

Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación.

La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. **En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su Art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado.**

Y así han sido las cosas entre nosotros desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986.

Entonces se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción.

Ese principio de primacía, de construcción jurisprudencial, formaba parte del acervo comunitario incorporado en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, pues se remonta a la doctrina iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades con la Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa contra ENEL).

Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las competencias derivadas de la Constitución, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el art. 93 CE.

En concreto nos hemos referido expresamente a la **primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad** en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthal del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 1978, y en la posterior STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, **REITERAMOS EL RECONOCIMIENTO DE ESA PRIMACÍA DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO COMUNITARIO, ORIGINARIO Y DERIVADO, SOBRE EL INTERNO, Y SU EFECTO DIRECTO PARA LOS CIUDADANOS, ASUMIENDO LA CARACTERIZACIÓN QUE DE TAL PRIMACÍA Y EFICACIA** había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias Vand Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, y Costa contra ENEL, de 15 de julio de 1964, ya citada.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución [STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)]. El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del Art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las explicaciones que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9.2 determina en términos imperativos que la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶.

Tratado de la Unión europea⁷

Artículo 291

⁶ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004. Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos 1-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004

⁷ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea DOCE 2012/C 326/01 de 26 de octubre de 2012

1. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión.

Artículo 260 (antiguo artículo 228 TCE)

1. Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal.

Artículo 280 (antiguo artículo 244 TCE)

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el artículo 299.

SOBRE LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

El TC en Sentencia de fecha STC 41/1981 y en las posteriores SSTC 64/1985, 6/1992 y 217/1993 que *“Ya afirmamos entonces (FJ 5) que “en el procedimiento de ejecución hipotecaria, se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión ... en el proceso debatido falta la controversia entre la partes ... es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título. [...] El procedimiento es una vía de apremio, en que el juez realiza un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí sólo, porque se lo impide el principio de paz jurídica”*. A ello se añade que *“la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud.”* Seguidamente, en el Fundamento jurídico 6, se señala que *“el hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte inconstitucional por ser contrario al art. 24 de la Constitución”*. Razona la sentencia que *“lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. La Ley Hipotecaria y los Estatutos del Banco Hipotecario dejan abiertas todas las posibilidades de contradicción y se limitan a establecer que sólo unas limitadas excepciones pueden producir suspensión. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del art. 24 de la Constitución, porque el*

deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela". Concluye finalmente la sentencia (FJ 7) señalando que "aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional. Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución".

Recientemente ha tenido ocasión de pronunciarse nuevamente cuando el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Sabadell, en cuestión de constitucionalidad resuelta por Auto de fecha 19-7-2011, nº 113/2011. Como se señalaba en ese Auto, *"En síntesis el Juez proponente razona que la limitación de los motivos de oposición a la ejecución que establecen los preceptos legales cuestionados impiden al juzgador abordar, en el presente caso, el examen de los motivos aducidos por la parte ejecutada sobre la validez del negocio jurídico y sobre la concurrencia de los presupuestos del incumplimiento que determinan la ejecución de la garantía hipotecaria, sin que la remisión al procedimiento plenario que corresponda represente una efectiva garantía de protección de sus legítimos intereses, provocando, de este modo, la indefensión del ejecutado en relación con la protección del derecho a una vivienda digna y adecuada reconocido en la Constitución."*

Defender una vivienda digna en un procedimiento donde el ejecutado no puede aducir motivos de oposición para ese Tribunal Constitucional en primer lugar *"por carecer de la debida precisión las dudas de inconstitucionalidad de los preceptos legales cuestionados en relación con el contenido del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE EDL 1978/3879 , ya que en el presente caso la consideración de tal derecho por el Juez se proyecta sobre la esfera procesal (art. 24.1 CE EDL 1978/3879)"*

Y en segundo lugar, por carecer del requisito del cumplimiento por la cuestión planteada del requisito relativo a la correcta apreciación del juicio de relevancia exigido por el art. 35.1 LOTC, según el cual *"se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la Ley, impidiendo que el órgano judicial convierta dicho control en abstracto, pues para realizar este tipo de control carece el juez de legitimación"*.

En definitiva, para ese Tribunal Constitucional *"el órgano judicial proponente (juzgado de 1ª Instancia nº2 de los de Sabadell) viene a formular un improcedente control abstracto y directo sobre la constitucionalidad de dichos preceptos legales que no son paso obligado para la continuación del proceso y condicionantes de la decisión a tomar en el trámite de oposición, para lo que no está constitucionalmente facultado."*

PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO.

Con esto el Tribunal Constitucional viene a olvidar que por encima del ordenamiento jurídico español, está el comunitario. En 1981, podía resultar adecuada la respuesta dada, pero ahora, cuando estamos integrados en la Unión Europea, la respuesta que dio con el Auto transcrito resulta cuanto menos ignorante del derecho supranacional, que forma parte del derecho nacional en base a lo dispuesto en el artículo 96.1 de la CE.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no hay un improcedente control abstracto de la adecuación al derecho por el órgano judicial, sino un deber de éste de hacerlo. Baste traer a colación la Sentencia de 15 de junio de 1964, FLAMINIO COSTA contra ENEL, asunto 6/64, dispone: *"Considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que AL DERECHO CREADO POR EL TRATADO, NACIDO DE UNA FUENTE AUTÓNOMA, NO SE PUEDE OPONER, EN RAZÓN DE SU ESPECÍFICA NATURALEZA ORIGINAL UNA NORMA INTERNA, CUALQUIERA QUE SEA ÉSTA, ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES, SIN QUE AL MISMO TIEMPO AQUÉL PIERDA SU CARÁCTER COMUNITARIO Y SE PONGA EN TELA DE JUICIO LA BASE JURÍDICA MISMA DE LA COMUNIDAD; QUE LA TRANSFERENCIA REALIZADA POR LOS ESTADOS, DE SU ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO EN FAVOR DEL COMUNITARIO, DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES CORRESPONDIENTES A LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO, ENTRAÑA POR TANTO UNA LIMITACIÓN DEFINITIVA DE SU SOBERANÍA, CONTRA LA QUE NO PUEDE PREVALECER UN ACTO UNILATERAL ULTERIOR INCOMPATIBLE CON EL CONCEPTO DE COMUNIDAD"*

Y más adelante dispone que *"Considerando que una prohibición tan formalmente expresada, puesta en vigor con el Tratado en toda la Comunidad, y POR ESTA RAZÓN INTEGRADA EN EL SISTEMA JURÍDICO DE LOS ESTADOS MIEMBROS, CONSTITUYE LA PROPIA LEY DE ÉSTOS Y AFECTA DIRECTAMENTE A SUS NACIONALES, A FAVOR DE LOS CUALES HA GENERADO DERECHOS INDIVIDUALES QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DEBEN PROTEGER."*

Y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la conocida sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto AMMINISTRAZIONE DELLE FINANZE DELLO STATO contra SPA SIMMENTHAL, en cuyo punto 16 dispone que *"Que ESTE EFECTO TAMBIÉN AFECTA A LOS JUECES, que, cuando conocen de un asunto en el marco de su competencia, TIENEN POR MISIÓN, en su calidad de órganos de un Estado miembro, LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONCEDIDOS A LOS PARTICULARES, POR EL DERECHO COMUNITARIO"*.

Para ese Tribunal Constitucional, las normas relativas a la ejecución hipotecaria son constitucionales, pero para el TJUE son contrarias al Derecho Comunitario. ¿Estamos en la Unión Europea o no? ¿La entrada en la UE no era motivo suficiente para resolver en otro sentido el Auto resolviendo la cuestión de constitucionalidad planteada por un tribunal nacional?

Precisamente el Principio de supremacía del derecho comunitario ya ha sido reconocido y señalado en su Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004, por el que el TC afirmó la Primacía del Derecho comunitario sobre el texto Constitucional.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución [STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)]. El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del Art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las explicaciones que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9.2 determina en términos imperativos que la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁸.

SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE MARZO DE 2013 Y LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 3 DE LOS DE BARCELONA, AUTOS

Aplicando ese principio de la SUPREMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO sobre el Derecho nacional, nuestro punto de partida será el que nos ilustró el Juzgador de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, asunto C-415/11, en su sentencia del caso Aziz, en tanto que así viene recogido expresamente en el Preámbulo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Entre otras cosas la referida Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, dispone que desde el año 2.000 los Jueces de instancia **debían examinar de oficio** el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos de adhesión concertados con los consumidores, y expresamente dispone “8.5. *Las facultades de intervención de oficio de los jueces civiles en el control de las cláusulas abusivas incluidas en las condiciones generales de contratos de adhesión en los que intervengan consumidores ha sido reconocida por el TJUE desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, caso Océano-Murciano Quintero), es reiterativo hasta la saciedad en un extremo:*

⁸ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004. Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos 1-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004

afirmar la obligación del Juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello"

8.6. *Se trata, conforme a la sentencia de referencia y a todas las que posteriormente la desarrollan, de un instrumento justo que tiene además un efecto disuasorio, de manera que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato.*

8.7. *Citando jurisprudencia más reciente – concretamente la Sentencia TJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11 - que sintetiza toda la doctrina anterior:*

Apartado 21 "el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (véanse, en particular, las sentencias antes citadas VB Pénzügyi Lízing, apartado 48, y Banco Español de Crédito, apartado 41).

Apartado 22 A la luz de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véanse, en particular, las sentencias antes citadas VB Pénzügyi Lízing, apartado 49, y Banco Español de Crédito, apartado 42).

Apartado 23 Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circumscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véanse, en particular, las sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rec. p. I-4713, apartado 32, y Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 43)".

Sin abandonar la sentencia de 21 de febrero de 2013 – dictada a raíz de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal húngaro – El apartado 29 advierte que "Sin embargo, al aplicar el Derecho de la Unión, el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entre esas exigencias figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 2009, Comisión/Irlanda y otros, C-89/08 P, Rec. p. I-11245, apartados 50 y 54).

Apartado 30 Así pues, el Tribunal de Justicia ha declarado que, con carácter general, el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de

oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión. El Tribunal de Justicia ha subrayado que, en efecto, para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un proceso equitativo, procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento (véase la sentencia Comisión/Irlanda y otros, antes citada, apartados 55 y 56).

Apartado 31 De ello se infiere que, en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado –sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto– que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales”.

SOBRE EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES DESDE LAS DOS PERSPECTIVAS: DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El desarrollo del derecho de consumidores se despliega como doctrina basada en la necesidad de protección de la parte débil en las relaciones jurídicas articuladas entre otras cosas por contratos de adhesión. El despliegue de la mencionada normativa existente tiene una relación directa con la búsqueda de hacer realidad derechos como la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa entre otros derechos en el marco de relaciones jurídicas desiguales.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea por medio de la señalada Sentencia viene denunciar la normativa española en materia de ejecuciones hipotecarias por hallarla incompatible con el necesario control jurisdiccional de la relación jurídica subyacente en el proceso de ejecución, el contrato de préstamo hipotecario que se articula por medio de cláusulas que requieren de control para dar seguridad al tráfico jurídico.

Al mismo tiempo, la inexistencia de recursos efectivos para impedir los efectos más nocivos de la ejecución concretados en la imposibilidad de alegar en torno al contenido del contrato en el marco del procedimiento de ejecución, ni de detenerlo por medio de un declarativo ha sido la base para declarar la ilegalidad del procedimiento de ejecución hipotecario español y su incompatibilidad con las garantías procesales ofrecidas por el ordenamiento comunitario a las personas consumidoras frente a las empresas en relación a los contratos de adhesión.

Podemos afirmar sin duda que la doctrina constitucional con respecto a las ejecuciones hipotecarias se encuentra obsoleta y tiene su fundamentación en una realidad doctrinal que ha cambiado sustancialmente, que ha sido negada o no tenida en cuenta por ese Tribunal Constitucional, tapándose los ojos ante los resultados injustos que la normativa que se venía aplicando desde hacía largo tiempo y primando la “seguridad jurídica” del más fuerte sobre el derecho al amparo judicial del más débil, que buscando una respuesta en la ley y los tribunales

no recibía respuesta. Y en eso ese Tribunal Constitucional ha sido culpable por ratificar lo existente para que siga creando injusticias. No es cierto que los ciudadanos tuvieran garantizado su derecho a la tutela judicial efectiva, porque cuando han actuado como consumidores otro tribunal más preocupado por la justicia ha dicho que en España sufrían situaciones injustas y ha dejado en evidencia a ese Tribunal Constitucional.

SOBRE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO.

La violación de las garantías procesales de los consumidores en los procedimientos de ejecución hipotecaria no es ningún secreto y forma parte de la opinión pública mayoritaria de nuestro país acuciada por procedimientos de ejecución hipotecaria masivos con gravísimas consecuencias para amplios sectores de la población de nuestro país.

El legislador asume la necesidad de cambiar el ordenamiento jurídico en lo referente a los procedimientos de ejecución hipotecaria como resultado de sentencia de 14 de marzo de 2013 y así lo reconoce expresamente en el Preámbulo de la Ley 1/2013, pero incomprensiblemente se olvida de las consecuencias jurídicas de la misma imponiendo límites a la protección de los derechos de los ejecutados bajo una normativa procesal ilegal que viola los elementos esenciales de un procedimiento con todas las garantías, la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa. Garantías procesales de las que fueron privadas las personas ejecutadas al amparo de Ley de Enjuiciamiento civil del 2000, que incumplió de forma flagrante la obligación de incluir el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva al eludir la obligación de incluir herramientas procesales que permitieran el cumplimiento efectivo del principio "*pro consumatore*" incluyendo mecanismos de defensa que permitieran la existencia de recurso efectivo y al tiempo de un control jurisdiccional eficaz que impidiese la ejecución de contratos de préstamo hipotecario plagados de cláusulas abusivas.

Pues bien, atendiendo al Preámbulo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en el que se dispone que el Capítulo III de la mencionada ley lo es a resultas de la adaptación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 cuanto a la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos que de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo, pues la misma es incongruente con lo dictado en la STJUE de 14 de marzo mencionada.

La antes descrita Sentencia de Luxemburgo comienza recordando que el sistema de protección que establece la Directiva se basa en la idea de que **el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional**, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información y dada esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la

Directiva 93/13/CEE dispone que las cláusulas abusivas **no vincularán al consumidor**. Esta disposición imperativa pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, es por ello, que el Tribunal de Luxemburgo, como ya ha señalado en varias ocasiones dispone que el juez nacional **debe apreciar de oficio** el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y así subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Sin embargo, la Ley 1/2013 en su artículo 7, modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, apartado 1, en el que se añade un párrafo al apartado 1 del artículo 552 queda recogida la posibilidad de que tribunal pueda apreciar una cláusula abusiva, no el **estricto deber de control de apreciar de oficio** las cláusulas abusivas del título ejecutivo en aras de ponderar ese desequilibrio existente entre el profesional y el consumidor en un contrato de adhesión como lo es el del préstamo hipotecario.

Y es que no hay olvidar a la luz de las consideraciones de la STJUE de 14 de marzo de 2013, y toda vez que la misma constantemente se está refiriendo a jurisprudencia anterior de ese mismo Tribunal, recordemos que España desde el 27 de junio de 2000 tiene la primera STJUE - Caso Océano Grupo Editorial/Salvat Editores - y que la referida STJUE C-415/11 de 14 de marzo supone el colofón de una doctrina más que consolidada, de la misma no cabe sino deducir que la regulación del procedimiento de ejecución, en la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha sido aplicada en los procedimientos de ejecución hipotecaria y dineraria ordinaria hasta el 14 de mayo del corriente infringe la normativa comunitaria, y consecuentemente se han visto afectados de un **vicio radical** que determina su **nulidad de pleno derecho**, debiendo comportar por tanto la anulación de todos sus efectos, puesto que lo contrario supondría una **violación del principio de legalidad, seguridad jurídica, de tutela judicial efectiva y del derecho a la defensa**. Y no puede esta parte recurrente sino llegar a esa conclusión, puesto que los Juzgadores de Instancia, debieron apreciar de oficio las cláusulas abusivas que se deducían en el título fundamento de la ejecución y luego dar traslado a las partes para evaluar, confirmar y/o contradecir las que a su aparecer considerasen, toda vez que disponían de elementos de hecho y de derecho para realizarlo, en tanto que debemos recordar que el derecho comunitario es derecho **SUPRANACIONAL**, y la Directiva 93/13/CEE es ley desde 01 de enero de 1995 y el Tribunal que interpreta la referida Directiva no es otro que el TJUE.

En definitiva, EL JUEZ NACIONAL TIENE LA OBLIGACIÓN DE APLICAR ÍNTEGRAMENTE EL DERECHO COMUNITARIO Y PROTEGER LOS DERECHOS QUE ÉSTE CONFIERE A LOS PARTICULARES, DEJANDO SIN APLICACIÓN TODA DISPOSICIÓN DE LA LEY NACIONAL EVENTUALMENTE CONTRARIA A AQUÉL, YA SEA ANTERIOR O POSTERIOR A LA NORMA COMUNITARIA.

Por ende, queda debidamente acreditado a resultas de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo la ilegalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria por la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa en los procedimientos de ejecución, que ha tenido consecuencias graves como es la restricción entre otros del derecho a la inviolabilidad del domicilio recogido en el artículo 18 de la constitución, así como el menoscabo de integridad física y moral de los deudores afectados.

SOBRE LAS GARANTIAS DE LOS CIUDADANOS Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

No supone ninguna garantía tener de esgrimir la condición de consumidor y la normativa europea cuando en España en teoría existen mecanismos suficientes para garantizarla, pero que en la práctica resultan inocuos en función de la condición no del ciudadano, sino de la contraparte. Si es una institución económica “estratégica” (llámese banco, eléctrica, telefónica, gasística, aeroportuaria,...) no sólo dispone de poder económico para permitirse mejor asistencia técnica, sino que encima se permite que la legislación le favorezca frente al ciudadano como simple ciudadano. Y aquí el Estado debe actuar protegiendo esta desigualdad, primero con leyes justas (máxime si los resultados son torcidos) y luego impidiendo abusos en detrimento de derechos que la CE reconoce A TODOS.

Ese Tribunal Constitucional se ha tapado los ojos ante los resultados injustos que la normativa que se venía aplicando desde hacía largo tiempo y primando la “seguridad jurídica” del más fuerte sobre el derecho al amparo judicial del más débil, que buscando una respuesta en la ley y los tribunales no recibía respuesta. Y en eso ese Tribunal Constitucional ha sido culpable por ratificar lo existente para que siga creando injusticias. No es cierto que los ciudadanos tuvieran garantizado su derecho a la tutela judicial efectiva, porque cuando han actuado como consumidores otro tribunal más preocupado por la justicia ha dicho que en España sufrían situaciones injustas y ha dejado en evidencia a ese Tribunal Constitucional.

Para ese Tribunal Constitucional, las normas relativas a la ejecución hipotecaria son constitucionales, pero para el TJUE son contrarias al Derecho Comunitario. ¿Estamos en la Unión Europea o no? ¿La entrada en la UE no era motivo suficiente para resolver en otro sentido el Auto resolviendo la cuestión de constitucionalidad planteada por un tribunal nacional?

¿Es que el derecho de “todas las personas” se convierte en derecho fundamental en función de la condición en la que actúa? Eso no es un derecho fundamental porque entonces vulneraría otro derecho fundamental cual es el de igualdad. Mejor hablemos de “todos los consumidores” o “todos los ejecutantes que sean entidades financieras” y distinguimos claramente situaciones desiguales, porque por el devenir de los acontecimientos parece que los contratos de préstamo con garantía hipotecaria no se celebran entre iguales, sino entre una parte favorecida por los poderes públicos y otra que queda desamparada. Acudamos entonces al Derecho contencioso-administrativo para ejecutar este tipo de contratos y dejémonos de artificios legales.

Ahora bien, cuando el artículo 24 CE se refiere a “todas las personas” resulta que en la práctica ese derecho tiene resultados diferentes en función del papel que desempeñan esas “personas” en un conflicto. Han tenido que utilizar su condición de consumidores para que un órgano judicial

de tan alta jerarquía como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea les reconozca derechos que aquí ese mismo Tribunal Constitucional, en el mismo papel, le ha negado.

¿Va a volver a quedar en evidencia ratificando una reforma como la que se denuncia? No nos hagan pasar por la vergüenza de tener que volver a Europa a que nos enseñen justicia, por favor. Ya bastante descrédito tienen las instituciones en este país que sólo generan inseguridad a los ciudadanos e incredulidad a los extranjeros.

SOBRE LA AFECTACIÓN DE LA LEY 1/2013, DE 15 DE MAYO A OTROS DERECHOS.

El despliegue de la mencionada normativa existente tiene una relación directa con la búsqueda de hacer realidad derechos como la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa entre otros derechos en el marco de relaciones jurídicas desiguales.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea por medio de la señalada Sentencia viene denunciar la normativa española en materia de ejecuciones hipotecarias por hallarla incompatible con el necesario control jurisdiccional de la relación jurídica subyacente en el proceso de ejecución, el contrato de préstamo hipotecario que se articula por medio de cláusulas que requieren de control para dar seguridad al tráfico jurídico.

Al mismo tiempo, la inexistencia de recursos efectivos para impedir los efectos más nocivos de la ejecución concretados en la imposibilidad de alegar en torno al contenido del contrato en el marco del procedimiento de ejecución, ni de detenerlo por medio de un declarativo ha sido la base para declarar la ilegalidad del procedimiento de ejecución hipotecario español y su incompatibilidad con las garantías procesales ofrecidas por el ordenamiento comunitario a las personas consumidoras frente a las empresas en relación a los contratos de adhesión.

Podemos afirmar sin duda que la doctrina constitucional con respecto a las ejecuciones hipotecarias se encuentra obsoleta y tiene su fundamentación en una realidad doctrinal que ha cambiado sustancialmente.

SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NOTIFICACIÓN PROCESAL DE UN PLAZO DE PRECLUSIÓN A TRAVÉS DEL BOE.

Lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013, publicada en el BOE de 15 de mayo de 2013, dispone en su apartado "4. *La publicidad de la presente Disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos*

previstos en los apartados 2 y 3 de este artículo, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto.”

El artículo 9.3 de la CE garantiza la publicidad de las normas y la seguridad jurídica. La cuestión que plantea este supuesto es si esa forma de comunicar un plazo de preclusión para denunciar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria en base a cuyo supuesto incumplimiento se ha procedido a iniciar un procedimiento de ejecución hipotecaria, cumple ese mandato, máxime cuando el plazo se reduce a UN MES, y muchos de los consumidores afectados no están ni personados en los procedimientos.

Como se ha señalado más arriba, la notificación por BOE del plazo de preclusión de un mes puede llevar a que muchos de los ejecutados en procedimientos de ejecución hipotecaria ignoren sus derechos o se vean imposibilitados de asumir en tan breve espacio de tiempo los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos.

Es conocido, por reiterado por la doctrina y la jurisprudencia, siguiendo así la del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional que tanto la ADMINISTRACIÓN COMO LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES PARA ACUDIR A LA NOTIFICACIÓN EDICTAL O MEDIANTE LA PUBLICACIÓN EN DIARIOS OFICIALES DEBEN AGOTAR TODAS LAS VÍAS QUE TENGAN A SU DISPOSICIÓN, (sirva de ejemplo la Sentencia de la Sección Segunda del Tribunal Constitucional núm. 2/2008 de 14.01.2008 (recurso 624/2005). Así la notificación por edictos, mediante su publicación en boletines oficiales y en los lugares establecidos a tal efecto, tiene un carácter residual y supletorio SÓLO PARA AQUELLOS CASOS EN LOS QUE SE HAYA ACREDITADO LA IMPOSIBILIDAD DE SU NOTIFICACIÓN PERSONAL O POR MEDIO DE REPRESENTANTE O DE LA PERSONA HABIDA EN SU DOMICILIO con la finalidad, mediante la ficción legal de la notificación edictal, de asegurar por los medios establecidos al efecto que el acto administrativo se puso en conocimiento del interesado, que como decimos, sólo puede practicarse una vez que se hayan agotado del modo más completo posible los intentos de proceder a su notificación personal, toda vez que la notificación edictal se halla prevista para aquellos supuestos en que sea desconocida la persona a notificar, se desconozca su domicilio o el lugar donde practicarla o resulte imposible su notificación personal por causa no imputable a la Administración.

De esta manera, la forma de notificación señalada en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013 vulnera de forma flagrante el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un procedimiento con todas las garantías, en tanto no le es posible acudir al recurso de amparo que establece el artículo 53.2 CE.

SOBRE LA PRIMACIA DEL DERECHO COMUNITARIO Y EL PLAZO DE PRECLUSIÓN.

Con base en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (antiguo artículo 234 TCE).

La Disposición Transitoria Cuarta, de la Ley 1/2013, establece el plazo preclusivo de un mes para los procedimientos ejecutivos en curso en los que haya transcurrido el plazo de oposición basadas en las nuevas causas de oposición, artículos 557.1 y 695.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es importante resaltar que el plazo preclusivo mencionado resulta totalmente contrario e incongruente con el Título de la Ley 1/2013 (que menciona “de medidas de protección del deudor hipotecario...”), toda vez que es contrario a la normativa comunitaria de defensa del consumidor frente a cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CEE y jurisprudencia del TJUE que la interpreta).

Así, el Tribunal de Luxemburgo, en Sentencia de 21 de noviembre de 2002, Asunto C-473/00 (CASO COFIDIS), declaró que la protección de la Directiva 93/13 se opone a una normativa interna que prohíba al Juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o por la vía de excepción opuesta por el consumidor, una cláusula abusiva inserta en un contrato.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia dictada, resuelve una cuestión prejudicial que versa si un Juez nacional debe aplicar o no, un plazo preclusivo impuesto por una ley nacional.

El art. 6.1 de la Directiva 93/13 dispone: <<Los Estados Miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.>>

A su vez, el art. 7. 1 de Directiva, señala: << Los Estados Miembros velarán porque, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios eficaces y adecuados para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales>>.

El Tribunal, al amparo de los citados preceptos, concluye en la Sentencia Cofidis lo siguiente:

Apartado 31 La Comisión, que preconiza asimismo una interpretación amplia de la sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, estima que la fijación de un límite de tiempo a la facultad reconocida al juez para declarar de oficio la ilegalidad de una cláusula abusiva es contraria a los objetivos de la Directiva. Además, permitir a los Estados miembros establecer tales límites, eventualmente distintos, sería contrario al principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario.

Apartado 32 A este respecto conviene recordar que, en el apartado 28 de la Sentencia Océano Grupo editorial y Salvat Editores, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva, a saber, impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.

Apartado 33 Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos (sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 26).

Apartado 34 De esta forma, la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los Tribunales le disuadan de defenderlos.

Apartado 35 Por lo tanto, resulta que (...) la fijación de un límite de tiempo a la facultad del juez para no aplicar tales cláusulas –abusivas–, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, puede atentar contra la efectividad de la protección que es objeto de los artículos 6 y 7 de la Directiva. En efecto, para privar a los consumidores de dicha protección, a los profesionales les basta esperar a que haya expirado el plazo señalado por el legislador nacional y solicitar a continuación el cumplimiento de las cláusulas abusivas que sigan utilizando en los contratos.

Apartado 36 Por consiguiente, debe considerarse que una norma procesal, que prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula cuyo cumplimiento solicita el profesional, puede hacer excesivamente difícil la aplicación de la protección que la Directiva pretende conferir a los consumidores en los litigios en los que éstos son demandados.

Los tribunales españoles ya han tenido ocasión de pronunciarse acogiendo esta Sentencia (así, entre otros, Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 4ª, S 1-12-2011, nº 420/2011, rec. 625/2010, Audiencia Provincial de Las Palmas en sentencia dictada el 17 de julio de 2009 en el rollo de apelación 34/2009, Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 1ª, A 16-3-2011, nº 37/2011, rec. 49/2011), y por tanto, no resulta en absoluto extraño ni desconocido que la aplicación del plazo de preclusión en materia de consumidores y usuarios atenta contra la Directiva 93/13, y por tanto, deberían abstenerse de aplicar dicho plazo, tal como se ha expuesto de forma detallada en la alegación anterior.

A la luz de la doctrina sentada en la referida STJUE, no puede sino concluirse que el breve plazo preclusivo descrito en la D.T.4ª de la mencionada Ley 1/2013, es contrario al sistema de protección comunitario que la Directiva otorga a los consumidores en el marco de una acción ejercitada entre un profesional y un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos prohibiendo al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio, o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en el contrato referido, poniendo en entredicho, así, la legalidad de dicho plazo procesal.

Además debemos tener en consideración el Principio de supremacía del derecho comunitario tal como ha señalado en TC en su Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004. Por el que el TC afirmó la Primacía del Derecho comunitario sobre el texto Constitucional

Que la Ley 1/2013 pretenda con un plazo de preclusión obligar a los ciudadanos demandados en un procedimiento de ejecución hipotecaria a denunciar las cláusulas abusivas, sin que medie la apreciación de oficio del juzgador, constituye no sólo una grave carga procesal con la finalidad evidente de convalidar aquéllas cláusulas que no hayan sido denunciadas en el minúsculo plazo de un mes, con el consiguiente perjuicio para el consumidor, que puede verse perjudicado por el «riesgo no desdeñable de que (el consumidor) ignore sus derechos» o de que «los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos.

Eso no es sino una evidente maniobra legislativa contraria al derecho comunitario que merece la más contundente denuncia ante los órganos comunitarios competentes.

Y supone la más absoluta vulneración a la tutela judicial efectiva y a la defensa de los legítimos derechos e intereses de los ciudadanos.

QUINTO MOTIVO.- Violación del principio de igualdad de armas procesales y acceso a los recursos establecidos por ley (art.14 CE en relación con el artículo 24.1 CE)

Artículos recurridos:

“Artículo 7 Uno de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 552.2 de la LEC.

Cuando el tribunal apreciar que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.

“Catorce. El artículo 695 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 695. Oposición a la ejecución.

Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten »

Como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva

93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993), el Capítulo III de la Ley 1/2013 recoge la **modificación del procedimiento ejecutivo** a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda **apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo** y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.

El artículo 7 de la Ley 1/2013, destinado a modificar la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en su apartado *Uno* **añade un segundo párrafo al art.552.1** de la LEC (“Denegación del despacho de la ejecución. Recursos”), en los siguientes términos:

Cuando el tribunal apreciar que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.ª.

El párrafo 2 del art.552, que no ha sido ni incorporado ni modificado por la Ley 1/2013, dispone que

“El auto que deniegue el despacho de la ejecución será directamente apelable, sustanciándose la apelación sólo con el acreedor. También podrá el acreedor, a su elección, intentar recurso de reposición previo al de apelación”.

Tenemos, pues, en este punto, que el acreedor tiene la posibilidad de activar un recurso de apelación (además del de reposición) que, en cambio, no está en manos del deudor. Antes de la reforma operada por la Ley 1/2013 esta “discriminación” tenía sentido. Esto era así porque en esta etapa inicial del procedimiento el deudor todavía no había sido incorporado como parte. Al tratarse del momento en que se activaba (o no) la ejecución, una negativa por el juez a despacharla (basada en la falta de alguno de los requisitos formales a cargo del acreedor) solo podía perjudicar al creador que la había pedido y que en ese momento se constituía como única parte. En consecuencia, solo él podía recurrir la denegación del despacho de ejecución.

El artículo 7 Uno introduce un cambio sustancial, a saber, la incorporación como parte del deudor, pues en parte se constituye al dársele traslado para audiencia por quince días para que diga lo que le convenga sobre las cláusulas que, detectadas por el juez, pueden ser calificadas como abusivas. Sin embargo, este cambio sustancial que la Ley 1/2013 opera en el artículo 552.1 de la LEC no lleva aparejado la, en el parecer de esta parte recurrente, necesaria modificación del artículo 552.2 en cuanto a los recursos disponibles para las partes. El artículo 552.2 queda inalterado, con lo cual aparece como discriminatoria la posibilidad de recurrir por una parte (el acreedor, si el juez no despacha la ejecución por entender que existe cláusula abusiva), y no por la otra (el deudor, si en cambio el juez sigue adelante y da curso al momento de la oposición).

En opinión de este recurrente, existen argumentos para afirmar que lo dispuesto en el art.552.2 vulnera –desde el momento en que está en vigor el nuevo artículo 552.1 redactado por el artículo 7 Uno de la Ley 1/2013– el artículo 14 CE (derecho a la igualdad y a no ser discriminado) en relación con el artículo 24 CE (tutela judicial efectiva), por situar al deudor, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en clara e injustificada situación de desigualdad procesal frente al acreedor.

Es verdad que la Constitución no ha impuesto un determinado sistema de recursos, sino que ha

dejado libertad al legislador para que establezca los que estime pertinentes. En este sentido, el derecho a la tutela judicial comprende el derecho a utilizar todos los mecanismos procesales que el legislador pone al alcance de las partes a lo largo del proceso. Es decir, la tutela judicial efectiva comprende la facultad de valerse de los recursos legalmente previstos, en la medida en que permiten articular pretensiones legítimas de las partes:

“...el art.24.1 CE viene configurado por este tribunal no solo como un derecho al proceso de instancia, sino también a los recursos establecidos por la ley” (STC 46/1984, de 28 de marzo).

Así pues, salvo en el orden penal (en el que forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial), el derecho a recurrir queda en manos del legislador, por lo que si el art.552.2 LEC no contemplase recurso de apelación alguno (ni para el acreedor ni para el deudor) en el procedimiento de ejecución hipotecaria no plantearía problemas de constitucionalidad, pues como hemos dicho se trata de una facultad del legislador.

La **pregunta que debe responderse** es, por el contrario, **si el legislador tiene la facultad** en el marco constitucional **de reconocer a una de las partes** (la que de hecho ya cuenta con una posición procesal más fuerte) **el derecho a un recurso de apelación, mientras niega ese mismo recurso a la otra parte** (la que en el procedimiento que nos ocupa está en la posición débil y se juega el derecho a mantener su vivienda).

Para el profesor Ortells, si bien es cierto que “el derecho a la tutela judicial efectiva del art.24.1 no impone al legislador el establecimiento de recursos en el procedimiento civil... en el supuesto en el que tales recursos existan habrá inconstitucionalidad si la regulación es atentatoria al principio de igualdad reconocido en el artículo 14 CE”.

En cuanto a la *prohibición de discriminación* contemplada en el art.14 CE, ésta implica el derecho a no ser discriminados, disponiendo que el goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna. Ciertamente, el art. 14 de la C.E. no establece un principio de igualdad absoluta, pues pueden existir razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal ya que, como ha declarado desde sus primera decisiones el Tribunal Constitucional (STC 3/1983, de 25 de enero) “la diferencia de régimen jurídico no sólo no se opone al principio de igualdad, sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad”. Sin embargo, no es éste el caso que nos ocupa, más bien al contrario. La regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria previsto por el art.552.2 LEC en el punto relativo a la posibilidad de apelación del auto que acepte o deniegue el despacho de la ejecución, adolece de falta de igualdad de armas y, no habiendo razón objetiva que justifique la desigualdad del tratamiento legal (tal y como exige el Tribunal Constitucional) debe ser considerado contrario a la Constitución. Ello es así porque ante un mismo hecho -resolución desfavorable a los intereses de una parte-, se trata a una de ellas de forma diferente a la otra, sin concurrir un objetivo o finalidad constitucionalmente aceptable y proporcionada que justifique priorizar al acreedor sobre el deudor. ¿Existen argumentos que justifiquen la posición de privilegio de las entidades bancarias acreedoras sobre los deudores particulares, más aún, que puedan justificar una discriminación del calibre del art.552.2? En opinión de este recurrente no existen.

En conclusión, **las dos partes no disponen de las mismas posibilidades y facilidades para**

defender su causa, no se da la posibilidad al deudor de aprovechar los recursos judiciales en igualdad de condiciones que el acreedor, manteniéndose la entidad bancaria en clara ventaja respecto la parte deudora. Y ello sin que exista argumento suficiente para justificar la grave diferencia de trato. La desigualdad es, por tanto, manifiesta, las consecuencias para el derecho a la tutela judicial del deudor es grave, la desproporción es patente y, en consecuencia, se vulnera el art.14 CE en relación con el art.24.

Y en ese mismo sentido, el artículo 14 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo da nueva redacción al artículo 695 apartado 4: *“Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación.*

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.”

Tenemos, pues, una regla de recurso en apelación que favorece a una de las partes, la acreedora ejecutante, negándose expresamente el derecho a recurrir en apelación a la parte ejecutada, en tanto que solamente cabrá recurso de Apelación contra el Auto que resuelve sobre oposición sobre cláusulas abusivas en el caso de que estas sean apreciadas por el juez o en el caso que ordene el sobreseimiento del procedimiento de ejecución.

Así las cosas, se está otorgando a las entidades ejecutantes la posibilidad de discutir en apelación las decisiones del Juzgador de instancia, mientras se deniega, sin justificación alguna, esta posibilidad a la parte ejecutada. Esta disposición es gravemente inconstitucional por quiebra del principio de igualdad de armas y de acceso a los recursos (art. 24 CE) en relación con el principio de igualdad (art. 14 CE), pareciendo en realidad que se ha querido vetar una verdadera discusión jurídica en apelaciones sobre el contenido abusivo de los contratos de adhesión de préstamos hipotecarios.

SEXTO MOTIVO.- Inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 1/2013, en su apartado Tres, por el que se modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria. Vulneración de los artículos 14, 24, 51.1 y 117.3 de la Constitución. Inconstitucionalidad de las referencias en otras disposiciones de la ley sobre la ejecución o venta extrajudicial.

La Ley 1/2013 contiene un procedimiento, llamado de “venta extrajudicial”, como alternativa a la ejecución hipotecaria judicial. En numerosas ocasiones nuestros tribunales han llamado la atención sobre la inconstitucionalidad del procedimiento de “ejecución extrajudicial” o “venta extrajudicial de bien hipotecado” según quedaba reflejado en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria (SSTS 14-7-2008, 10-10-2007, 13-12-2005, 20-4-1999, 30-1-1999, 4-5-1998). Este procedimiento, contraviene *prima facie* el monopolio de la función jurisdiccional que se establece en el artículo 117.3 de la Constitución, atribuida a jueces y tribunales. Sin embargo, a pesar de los años transcurridos desde su creación, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado aún sobre la constitucionalidad del mismo.

Tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, caso *Aziz*, en resolución a cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, la posible inconstitucionalidad del procedimiento queda aún más en evidencia al impedir el necesario control de oficio de cláusulas abusivas por el órgano judicial que garantice la tutela judicial del consumidor.

El presente motivo ofrece una oportunidad idónea para que el Alto Tribunal declare la inadecuación de las ejecuciones extrajudiciales al ordenamiento jurídico inaugurado en 1978, declarando la inconstitucionalidad de las disposiciones relativas al mismo de la Ley 1/2013⁹.

La ejecución o venta extrajudicial: anomalía inconstitucional

La ejecución o venta extrajudicial tiene orígenes preconstitucionales, en concreto en la normativa de la Ley Hipotecaria de 1944 y su Reglamento de 1947. En la etapa constitucional se intentó potenciar el uso de este sistema mediante el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, de reforma del Reglamento Hipotecario cuya exposición de motivos hablaba literalmente de *“desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial”*.

Con la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 se modificó la denominación del proceso, cambiando la palabra “ejecución” por la de “venta” aunque sin alterar en lo sustancial el proceso.

En paralelo, el Tribunal Supremo ha declarado en repetidas ocasiones que la presencia de este sistema *“no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato y en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público.”* (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, núm. 703/2008 de 14 julio, y coincidentes SSTs 4-5-1998, 30-1-1999, 20-4-1999, 13-12-2005, 10-10-2007).

El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, aún bajo la denominación de “venta extrajudicial”, implica una verdadera ejecución del bien hipotecado, en esencia y contenido, cuya tramitación discurre al margen de los tribunales de justicia. En este sentido, es irrelevante el *nomen iuris*, a efectos de la constitucionalidad del proceso.

Vulneración de la tutela judicial efectiva y el principio de exclusividad de la jurisdicción. **Vulneración del principio de igualdad ante la ley.**

El artículo 117.3 de la Constitución establece que: *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a*

9

La Sentencia TC 224/2006, de 6 de julio, inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad sobre ejecuciones extrajudiciales por defecto formal en su tramitación en la instancia judicial, no entrando por tanto al fondo del asunto. Por Sentencia de 12 de marzo de 2007, nº 47/2007, se dejó igualmente sin someter al Tribunal la constitucionalidad del proceso de venta extrajudicial al hacerse por la vía del Recurso de Amparo, entendiéndose que la ley no podía recurrirse por tal cauce.

los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

Por su parte, el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, y el derecho al debido proceso, presupone la existencia de un proceso. Por lo tanto, la ejecución de bienes hipotecados en ausencia de un proceso judicial defrauda el contenido del artículo 117.3 y al mismo tiempo incurre en una vulneración en sus propios términos de la tutela judicial efectiva.

En nuestro ordenamiento, los principios constitucionales del proceso, sin carácter de exhaustividad, incluyen el principio de legalidad, el principio de contradicción, principio de audiencia, principio de igualdad de armas como proyección del principio de igualdad ante la ley, principio de investigación y control de los presupuestos de orden público procesal, principio de aportación también denominado como principio de justicia rogada, exhaustividad y congruencia de las resoluciones, *iura novit curia*, etc. Pues bien, ninguno de estos principios existe en la “ejecución” o “venta” extrajudicial. No es admisible que se faculte la ejecución de bienes hipotecados, especialmente en los casos de vivienda habitual, mediante un proceso al margen de los principios básicos de la tutela judicial efectiva del Estado de Derecho.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 324/1999, de 20 de abril, dejó sentado que *“el citado procedimiento extrajudicial se opone, desde la perspectiva de su legitimidad preconstitucional al artículo 24 de la Constitución Española, «que reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, derecho que inevitablemente se relaciona con la recta observancia del artículo 117.3, cuyas conexiones con aquél revelan una gran interdependencia, tanto más cuanto, de acuerdo con el artículo 53 a) de la Constitución Española, corresponde a los poderes públicos el deber de promover la efectividad del derecho a la tutela judicial (Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre)”.*

La posibilidad de acudir a un procedimiento declarativo sobre la existencia de cláusulas abusivas, en función de que esto haya sido advertido por el Notario según su criterio subjetivo de cláusula abusiva en la hipoteca (nueva redacción art. 129.2 f) de la Ley Hipotecaria), no reúne el requisito de “efectividad” que requiere la tutela judicial para ser reconocida como tal. Este inciso del artículo 129 de la Ley Hipotecaria no resulta satisfactorio ni mucho menos para garantizar el derecho de defensa real con que debe contarse ante la ejecución de bienes hipotecados, especialmente en casos de vivienda habitual.

Además, mediante el reconocimiento al Notario de tales competencias, el precepto otorga funciones jurisdiccionales pertenecientes de forma exclusiva al Poder Judicial, vulnerándose con ello el **artículo 117.3 CE**. Así, el ejercicio de los derechos reconocidos a los consumidores deviene excesivamente difícil para aquellos deudores incurso en un procedimiento de “venta extrajudicial”, cuya determinación de cláusulas abusivas depende de las consideraciones del Notario, situación incompatible con el **artículo 24 CE**.

En adición, la integración del título ejecutivo mediante una determinación unilateral del saldo deudor por la parte acreedora en aquellos casos en que el importe líquido de la deuda no resulta directamente de la escritura de constitución de la hipoteca causa una grave indefensión al no existir cauce de oposición. Es cierto que hay una verificación notarial de que esa liquidación, certificada por la entidad acreedora, se ha efectuado en la forma pactada en el título, pero frente

a la misma no existe posibilidad de defensa en el propio procedimiento ejecutivo notarial, ni éste se suspende por alegación de error o falsedad en un proceso judicial, lo cual contrasta con lo que establece el artículo 695.2ª LEC para el procedimiento judicial de ejecución, donde se admite una oposición basada en error en la determinación de la cantidad exigible, que no ocurre en la ejecución notarial, limitando de esta manera los derechos de defensa del ejecutado.

Por último, cabe señalar que los deudores sobre los que tramita una ejecución o venta extrajudicial gozan de menores garantías procesales frente a aquellos sometidos a un procedimiento judicial, produciéndose una desigualdad ante la aplicación de la ley no justificada o arbitraria (al arbitrio de la entidad ejecutante), con infracción evidente del **artículo 14 CE**.

El proceso extrajudicial limita radicalmente las posibilidades de reacción del deudor, siendo en la práctica una posibilidad casi remota que, en el escaso tiempo otorgado y no contando con medios económicos en la mayoría de los casos, pueda llegar a plantear alguna acción judicial, colocándole en una situación de indefensión real. El derecho a la tutela judicial se ejercita y es reconocible en la medida en que no existan obstáculos o trabas arbitrarias o caprichosas que dificulten su efectividad constitucionalmente garantizada (STC 185/1987).

En todo caso, los tiempos, requisitos y formas de suspensión no se han regulado en la Ley 1/2013, remitiéndose a una eventual regulación por vía reglamentaria, lo que no es admisible para cuestiones atinentes a derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva y en cuestión de especial sensibilidad como la posible pérdida de la vivienda habitual (art. 47 CE).

En definitiva, la falta de garantías de estos procesos hacen irreconocible el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), resultando nulos de pleno derecho por incompatibilidad con los principios más básicos del Estado Social y Democrático de Derecho.

A mayor abundamiento, las enormes diferencias de trato al ejecutado en uno y otro proceso, comenzando por la ausencia de control de oficio de cláusulas abusivas y cuestiones de orden público procesal en la ejecución o “venta” extrajudicial, implica que a situaciones similares (impago de préstamo hipotecario), se puedan aplicar consecuencias muy diferentes por voluntad del ejecutante que podrá ejercitar la acción hipotecaria *“directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, “o mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.”*(nuevo artículo 129 LH).

Es más, la cláusula de la escritura de préstamo hipotecario dónde se recoge la posibilidad del acreedor de acudir a la ejecución extrajudicial responde a una práctica estandarizada en el caso de préstamos hipotecarios para vivienda concedidos por entidades financieras. Las entidades prestamistas incorporan estas condiciones en los contratos de préstamos hipotecarios sin negociación real con los consumidores. Se trata de una condición no negociada individualmente, suscrita unilateralmente por la entidad bancaria, que produce un desequilibrio no justificado en perjuicio del consumidor, debiendo ser suprimida del contrato a todos los efectos al ser nula de pleno Derecho. Cómo se comprueba, nos encontramos ante cláusulas abusivas que imponen un

procedimiento inconstitucional, por lo que cabe decir que la cláusula en sí misma, no solamente es abusiva, sino también inconstitucional.

La realidad social de nuestro país, dónde la forma mayoritaria de acceso a la vivienda es la financiación por medio de préstamos hipotecarios, convierte la pervivencia de este sistema en una anomalía con capacidad de situar a miles de ciudadanos fuera de la tutela judicial.

Vulneración cualificada de la tutela judicial efectiva a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013. Ausencia de control de oficio de cláusulas abusivas. Vulneración existente

La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, ha declarado que el procedimiento de ejecución hipotecaria español vigente hasta esa fecha era contrario a la Directiva 93/13/CEE. El régimen procesal español era incompatible con la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva, según establece la Sentencia en el punto 63: *“En estas circunstancias, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos.”*

La protección a consumidores, para ser efectiva, exige que el juez pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, restableciendo el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013, apartado 46; caso *Pannon GSM*, apartados 31 y 32, y caso *Banco Español de Crédito*, apartados 42 y 43). Esta conclusión es evidente en tanto nos encontramos ante un derecho fundamental (tutela judicial) destinado a hacer efectiva la protección de los consumidores (art 51 CE) como parte débil de las relaciones jurídicas entre empresario y consumidor.

El párrafo 30 de la Sentencia TJUE de 14-3-13, destaca que *“el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión. El Tribunal de Justicia ha subrayado que, en efecto, para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un proceso equitativo, procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento (véase la sentencia Comisión/Irlanda y otros, antes citada, apartados 55 y 56).”*

En consecuencia, la tutela judicial efectiva en el ámbito de consumidores y usuarios implica necesariamente un control de oficio de cláusulas abusivas. Si el legislador establece un procedimiento fuera de la jurisdicción con los mismos efectos pero sin la tutela judicial, está vulnerando al mismo tiempo los artículos 24 y 51 de la Constitución.

Solicitamos, por tanto, la declaración de inconstitucionalidad y por tanto, anulación íntegra del apartado Tres del artículo 3 de la Ley 1/2013, así como el resto de referencias que se contienen en la ley sobre ejecuciones o ventas extrajudiciales.

Estas referencias, cuya declaración de inconstitucionalidad se solicita en coherencia con la eliminación del artículo 3, apartado Tres, son las que a continuación se desglosan:

Artículo 1, eliminación de las palabras “o extrajudicial” en su inciso referido a “*un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria*”),

Artículo 2, eliminación de las palabras “o el Notario” en su inciso referido a “*ante el Juez o el Notario*”.

Disposición Adicional Cuarta, en su primer párrafo in fine, eliminación de las palabras “o venta extrajudicial”, en su inciso final dónde se refiere “*ejecución hipotecaria o venta extrajudicial*”,

Disposición Transitoria Primera, eliminación de las palabras “o extrajudiciales”: “*Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento.*”

Disposición Transitoria Segunda, eliminación del tercer párrafo completo por referirse a ejecuciones o ventas extrajudiciales: “*En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.*”

Disposición Transitoria Quinta, eliminación íntegra por tratarse de régimen transitorio de ejecuciones o ventas extrajudiciales en marcha:

“*Lo previsto en el artículo 3, apartado Tres, se aplicará a las ventas extrajudiciales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, cualquier que fuese la fecha en que se hubiera otorgado la escritura de constitución de hipoteca.*”

“*En las ventas extrajudiciales iniciadas antes de la entrada en vigor de la presente Ley y en las que no se haya producido la adjudicación del bien hipotecado, el Notario acordará su suspensión cuando, en el plazo preclusivo de un mes desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez competente, conforme a lo previsto por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que determine la cantidad exigible.*”

Disposición Final Primera, en el añadido de una Disposición Adicional Séptima al RD Legislativo 1/2002, primer párrafo, requisito a), por cuánto se refiere indistintamente a “*ejecución forzosa administrativa, judicial o venta extrajudicial ...*”. Eliminación de las palabras “o venta extrajudicial”.

Por todo lo expuesto, al Tribunal Constitucional

SUPlico que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo y tenga por interpuesto **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los siguientes artículos de la Ley 1/2013 (indicamos el motivo en el que quedan recurridas para mayor claridad):

1º Motivo – Inviolabilidad del domicilio y Tutela Judicial Efectiva. Inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 1/2013 por vulneración del artículo 18 de la Constitución, entendido en sí mismo y en relación con el artículo 24 CE.

Artículo recurrido: Artículo 1 en su integridad:

“Artículo 1 Suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables

- 1. Hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.*
- 2. Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son:*
 - a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.*
 - b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.*
 - c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.*
 - d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.*
 - e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.*
 - f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.*
 - g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual.*
- 3. Para que sea de aplicación lo previsto en el apartado 1 deberán concurrir, además de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos en el apartado anterior, las circunstancias económicas siguientes:*

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Dicho límite será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior, y de cinco veces dicho indicador en el caso de que el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

4. A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá:

a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5.

b) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.”

2º Motivo. Discriminación por razón de edad y vulneración deberes de protección del menor. Vulneración del artículos 14, 15, 10 y 39.4 y 47 de la Constitución Española y de la Convención de los Derechos del Niño.

Artículos recurridos: 1.2.c), y artículo 8, Dos que modifica el artículo 3.1.b del RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos en lo relativo a familias de las que forme parte un menor de tres años.

“Artículo 1.- Suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables

1. Hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.

2. Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son:

(...)

c) *Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años. (...)*”

“ Artículo 8.- Modificación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, queda modificado como sigue:

Dos. El artículo 3 queda redactado del siguiente modo:

«1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes:

(...)

Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

(...) 4.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.(...)”

3º Motivo – Fondo Social Viviendas. Vulneración del artículo 47 de la CE, y de los artículos 39.4, 15 y 10.1, 39.4 CE, interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Convenio de Derechos del Niño (CDN).

Artículo recurrido:

“ Disposición adicional primera Fondo social de viviendas

Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 1 de esta Ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban.”

4º Motivo – 4º Motivo – Inconstitucionalidad de Disposición transitoria 1ª y 2ª por vulneración del 9, 10, 24 y 96 de la Constitución. Violación de la tutela judicial efectiva y derecho a la defensa en relación con las garantías procesales ofrecidas a los consumidores frente a los profesionales bajo el principio de *pro consumatore* que se concreta en el ordenamiento jurídico de UE con la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993. Convenio europeo de derechos humanos, Pacto internacional de derechos civiles y políticos derecho a un procedimiento con todas las garantías.

Artículo recurrido:

Disposición transitoria primera. Procedimientos en curso.

Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento.

Disposición transitoria segunda. Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual.

La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.»

Disposición transitoria cuarta. Régimen transitorio en los procesos de ejecución.

1. La modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar.

2. En todo caso, en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que haya transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El plazo preclusivo de un mes se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley y la formulación de las partes del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los artículos 558 y siguientes y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta Disposición transitoria se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Asimismo, en los procedimientos ejecutivos en curso en los que, a la entrada en vigor de esta Ley, ya se haya iniciado el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán del mismo plazo preclusivo de un

mes previsto en el apartado anterior para formular oposición basada en la existencia de cualesquiera causas de oposición previstas en los artículos 557 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. La publicidad de la presente Disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en los apartados 2 y 3 de este artículo, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto.

5. Lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil será de aplicación a las adjudicaciones de vivienda habitual realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, siempre que a esa fecha no se hubiere satisfecho completamente la deuda y que no hayan transcurrido los plazos a los que se refieren las letras a) y b) del citado artículo. En estos casos, los plazos anteriores que vencieran a lo largo de 2013 se prolongarán hasta el 1 de enero de 2014.

La aplicación de lo previsto en este apartado no supondrá en ningún caso la obligación del ejecutante de devolver las cuantías ya percibidas del ejecutado.

5º Motivo – Violación del principio de igualdad de armas procesales y acceso a los recursos establecidos por ley (art.14 CE en relación con el artículo 24.1 CE)

Artículos recurridos:

Artículo 7 Uno de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 552.2 de la LEC.

*El artículo 7 de la Ley 1/2013, destinado a modificar la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en su apartado **Uno añade un segundo párrafo al art.552.1** de la LEC (“Denegación del despacho de la ejecución. Recursos”), en los siguientes términos:*

Cuando el tribunal apreciar que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.”

Artículo 14 de la Ley 1/2013 en relación con el artículo 695 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 695. Oposición a la ejecución.

Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten »

6º Motivo - Inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 1/2013, en su apartado Tres, por el que se modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, así como referencias e incisos en la

Ley al procedimiento de ejecución o venta extrajudicial. Vulneración de los artículos 14, 24, 51.1 y 117.3 de la Constitución.

Artículos recurridos:

Anulación íntegra del apartado Tres del artículo 3 de la Ley 1/2013:

“ Tres. Se modifica el artículo 129, que queda redactado del siguiente modo:

«1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse:

a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.

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

2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes:

a) El valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

b) La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución.

c) La venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114.

En el caso de que la cantidad prestada esté inicialmente determinada pero el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital, a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse un documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

En cualquier caso en que se hubieran pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial, se deberá acompañar el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

d) *La venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

e) *En el Reglamento Hipotecario se determinará la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación.*

f) *Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.*

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.

g) *Una vez concluido el procedimiento, el Notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, todo ello con aplicación de las reglas de imputación contenidas en el artículo 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en juicio verbal.*

h) *La Ley de Enjuiciamiento Civil tendrá carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»*

Referencias en otros apartados de la Ley, cuya declaración de inconstitucionalidad se solicita en coherencia con la eliminación del artículo 3, apartado Tres:

Artículo 1: eliminación de las palabras “o extrajudicial” en su inciso referido a “un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria”),

Artículo 2: eliminación de las palabras “o el Notario” en su inciso referido a “ante el Juez o el Notario”.

Disposición Adicional Cuarta: en su primer párrafo *in fine*, eliminación de las palabras “o venta extrajudicial”, en su inciso final dónde se refiere “ejecución hipotecaria o venta extrajudicial”,

Disposición Transitoria Primera: eliminación de las palabras “o extrajudiciales”: “Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento.”

Disposición Transitoria Segunda: eliminación del tercer párrafo completo por referirse a ejecuciones o ventas extrajudiciales: “En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.”

Disposición Transitoria Quinta: eliminación íntegra por tratarse de régimen transitorio de ejecuciones o ventas extrajudiciales en marcha:

“Lo previsto en el artículo 3, apartado Tres, se aplicará a las ventas extrajudiciales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, cualquier que fuese la fecha en que se hubiera otorgado la escritura de constitución de hipoteca.

En las ventas extrajudiciales iniciadas antes de la entrada en vigor de la presente Ley y en las que no se haya producido la adjudicación del bien hipotecado, el Notario acordará su suspensión cuando, en el plazo preclusivo de un mes desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez competente, conforme a lo previsto por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que determine la cantidad exigible.”

Disposición Final Primera, en el añadido de una Disposición Adicional Séptima al RD Legislativo 1/2002, primer párrafo, requisito a), por cuánto se refiere indistintamente a “ejecución forzosa administrativa, judicial o venta extrajudicial ...”. Eliminación de las palabras “o venta extrajudicial”.

, y, tras los trámites legales, declare la inconstitucionalidad de los citados preceptos anteriores por los motivos que dejo expuestos en este escrito de demanda.

PRIMER OTROSI DIGO: Que, al amparo de lo dispuesto en el art. 88 de la LOTC, se solicita del Tribunal Constitucional que recabe del Congreso de los Diputados el expediente de elaboración, tramitación y aprobación de la norma recurrida incluyendo los Diarios de Sesiones de todos ellos en los que consta la transcripción literal del debate parlamentario acerca de su aprobación, a efectos de formar un mejor juicio y disponer de información completa sobre dicha

norma y, dar del mismo traslado a esta parte para poder, a su vista, completar, en su caso, las alegaciones en el trámite procesal correspondiente.

Por lo que **SUPLICO** acuerde de conformidad.

Firma del abogado y procurador:

En , a de de

Firma Letrado:

Firma Procurador:

