|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 198/2016 |
| Fecha | de 29 de noviembre de 2016 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez. |
| Núm. de registro | 4542-2016 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 4542-2016 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 5 de agosto de 2016 tuvo entrada en este Tribunal escrito del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante, al que se acompaña testimonio del procedimiento de ejecución hipotecaria 775-2012, dimanante del concurso de acreedores 377-2010, y el Auto de 6 de julio de 2016 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 695 y subsidiariamente con el art. 698, ambos de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), por la posible infracción del art. 24 CE.

2. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad tiene origen en los siguientes antecedentes:

a) En el concurso de acreedores núm. 377-2010 tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante fue declarado, mediante Auto de 26 de octubre de 2010, el concurso de Xeresa Golf, S.A.

b) El 2 de noviembre de 2012, y conforme autoriza el art. 56.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en relación con los arts. 681 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), las entidades Banco Santander, S.A., Banco Sabadell, S.A., Banco BPI, S.A., Sucursal en España e Instituto Valenciano de Finanzas (en adelante, las ejecutantes) presentaron demanda de ejecución hipotecaria frente a Xeresa Golf, S.A. (en adelante, la ejecutada), amparada en el incumplimiento por ésta última del crédito sindicado (esto es, coparticipado por varias entidades financieras), formalizado mediante la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria por un importe nominal de hasta 91 millones de euros (91.000.000 €) y elevado a escritura pública otorgada ante Notario el 1 de agosto de 2007. En concreto, la ejecución de la garantía hipotecaria descansaba en la falta de pago por la ejecutada de las amortizaciones de capital y liquidaciones de intereses vencidas los días 30 de abril (por importe de 1.484.776,80 €), 30 de junio (importe: 1.108.211,23 €), 30 de septiembre (656.689,71 €), 30 de octubre (1.484.776,80 €) y 30 de diciembre (673.686,58 €), todos del año 2011, al haberse estipulado en el contrato que el incumplimiento del pago de cualquier vencimiento de principal o intereses constituía causa de vencimiento anticipado del mismo.

En dicho contrato se había incluido asimismo una cláusula por la que las entidades ejecutantes mandataban a una de ellas (Banco Santander, S.A.) para que llevara a cabo todas las actuaciones necesarias para la ejecución y cumplimiento del convenio.

c) Antes de proceder al despacho de la ejecución solicitada el Juzgado dio trámite de alegaciones a las partes. En dicho trámite, la administración concursal no se opuso a la ejecución, considerando que se cumplían los requisitos legalmente establecidos. Sin embargo, la ejecutada (Xeresa Golf, S.A.) y otras entidades (Fletamentos Marítimos, S.A., y Rústicas, S.A., terceros intervinientes cuya personación se admitió al amparo de los arts. 24.1 CE y 13.1 LEC por considerar que tenían interés legítimo en el resultado del proceso en su condición de accionistas de Xeresa Golf, S.A., y además garantes del cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato cuyo incumplimiento amparaba la ejecución al haber constituido con esa finalidad un derecho real de prenda sobre sus acciones en Xeresa Golf, S.A.), alegaron que estaba pendiente de resolución un proceso declarativo instado de contrario, esto es, por la ejecutada (Xeresa Golf, S.A.) contra Banco Santander, S.A., en el que se denunciaba el incumplimiento por ésta de sus obligaciones derivadas del mismo contrato. Se trataba, en concreto, de la obligación de Banco Santander, S.A., de atender ciertos pagos ordenados por Xeresa Golf, S.A., contra la cuenta abierta en la entidad y vinculada al contrato de préstamo. Un incumplimiento que según se defendía en aquel proceso justificaba a su vez el incumplimiento por Xeresa Golf, S.A., de sus propias obligaciones, al amparo del art. 1.124 del Código civil (“condición resolutoria tácita”).

En el momento de presentarse esas alegaciones, el citado proceso declarativo había sido resuelto ya en primera y segunda instancia en sentido favorable a Xeresa Golf, S.A. (Sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Madrid de 13 de diciembre de 2010 y de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de 5 de diciembre de 2011). En concreto, la Sentencia de primera instancia: (i) declaraba que Banco Santander, S.A., había incumplido sus obligaciones derivadas del contrato y, correlativamente, que Xeresa Golf, S.A., no había incumplido las suyas; y (ii) condenaba en consecuencia a Banco Santander, S.A., a cumplir la cláusula incumplida, y por tanto a atender a los pagos ordenados por Xeresa Golf, S.A., así como a indemnizar a ésta por ciertos perjuicios que le había ocasionado el incumplimiento declarado (intereses legales de la cantidad, reintegro de las comisiones de devolución de los cheques cobradas por Banco Santander, S.A., y atender al pago de ciertas reclamaciones que había tenido que atender Xeresa Golf, S.A., como consecuencia del incumplimiento). Pero ese pronunciamiento judicial no era firme porque Banco Santander, S.A., había interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo que se encontraba pendiente de resolución en el momento de presentarse esas alegaciones.

d) El 3 de abril de 2013 el Juzgado dictó Auto resolviendo las mencionadas alegaciones previas. En lo que a este proceso interesa, en el indicado Auto se declara expresamente que “[e]ntre las causas de suspensión de un procedimiento de ejecución hipotecaria no se encuentra la interposición de acciones de resolución u otras declarativas” (fundamento de Derecho segundo), manifestación seguida de la reproducción íntegra y literal de los arts. 695 a 698 LEC. La parte dispositiva del Auto considera procedente, por ello, el despacho de la ejecución hipotecaria instada por las mercantiles antes reseñadas.

Por Auto separado, de 11 de junio de 2013, el Juzgado acordó despachar ejecución frente a Xeresa Golf, S.A., por un importe total de 87.824.093,72 € incluyendo principal, intereses y costas.

e) Por escrito presentado en el Juzgado el 23 de abril de 2013, la ejecutada (Xeresa Golf, S.A.) y los terceros intervinientes (Fletamentos Marítimos, S.A., y Rústicas, S.A.) interpusieron recurso de reposición contra el Auto de 3 de abril de 2013 por el que se desestimaban sus alegaciones previas al despacho de la ejecución.

Además, por escrito de 27 de junio de 2013, la ejecutada (Xeresa Golf, S.A.) presentó oposición a la ejecución despachada por Auto de 11 de junio de 2013, en la que alegaba, por lo que a este proceso interesa, que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Madrid que declaraba el incumplimiento del contrato por las ejecutantes y la ausencia de incumplimiento por la ejecutada había ganado firmeza por haber sido inadmitido el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto y pendiente de resolución, mediante Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2013.

f) Por Auto de 10 de julio de 2013, confirmado por nuevo Auto de 19 de septiembre, se admitió la personación de Impesca, S.A., Monduber, S.A., y Azahar, S.A., en su condición de accionistas de la ejecutada y también garantes del cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato cuyo incumplimiento ampara la ejecución, como las ya citadas Fletamentos Marítimos, S.A., y Rústica, S.A.

g) Celebrada la comparecencia de oposición a la ejecución del art. 695.2 LEC, el Juzgado dictó providencia de 19 de noviembre de 2013 dando audiencia a todas las partes comparecidas para que formulasen alegaciones sobre la posible inconstitucionalidad de los arts. 695 y 698 LEC por vulneración del art. 24 CE.

La providencia explica de este modo sus dudas de constitucionalidad:

“Este juzgado tiene dudas sobre la constitucionalidad del artículo 695 LEC ya que aunque pudiera derivarse del 551 y 552 de la LEC, aplicables por expresa previsión del 681 del mismo texto, que el Juez tiene la potestad de valorar ab initio la corrección del título (entendido, como acertadamente ha manifestado el letrado de [los terceros intervinientes] no sólo como el documento, sino como los hechos surgidos en la relación contra contractual que han dado lugar a que se produjera la resolución anticipada, conditio sine qua non para la ejecución hipotecaria pretendida), sin embargo no permite hacerlo con posterioridad en el seno del propio procedimiento de ejecución hipotecaria, ni de oficio ni a instancia de parte, como declara el 698 LEC, ni siquiera en supuestos tales en que habría de permitirse como el presente en que se ha producido con posterioridad al despacho de la ejecución un hecho nuevo determinante” como es “la firmeza de una sentencia”, que podría dar lugar a que “en el seno del presente [procedimiento de ejecución hipotecaria] por imperativo del art. 222 de la LEC hubiera de apreciarse que efectivamente en el momento que se produjo la resolución anticipada por impago no existía tal impago sino que el saldo derivado del conjunto de la relación jurídica era favorable a la ejecutada.”

Continúa la providencia explicando que las dudas sobre la constitucionalidad de los preceptos cuestionados “se sustentan no sólo en el hecho de que imposibilite que después de producido el despacho de ejecución pueda plantearse por una parte o apreciarse de oficio por el juzgador la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para que se proceda al propio despacho de la ejecución, cuando dicha alegación se sustente en hechos nuevos, sino que además se imposibilita cuando esos hechos nuevos son resoluciones judiciales, que ha de recordarse que en el caso del proceso declarativo pueden incluso aportarse cuando los autos quedan vistos para sentencia, sobre la premisa de que su aportación en cualquier momento no genera indefensión (271.2 LEC). En el presente caso la resolución es el Auto del Tribunal Supremo de 23 abril 2013 y la misma, al inadmitir a trámite el recurso extraordinario por infracción procesal, declaraba la firmeza de la resolución judicial, lo que debiendo considerarse un pronunciamiento vinculante por aplicación del 222.4 de la LEC, a juicio de este juzgador, determina que sobrevenidamente deba darse por probado que no existió incumplimiento por parte del ejecutado y por tanto la resolución anticipada que conforma que integra el título estaba indebidamente realizada”.

A juicio del juzgado “impedir que el acaecimiento de hechos nuevos que pudieran afectar a la propia concurrencia de los requisitos para el despacho de la ejecución puedan ser alegados y tomados en consideración una vez que se ha producido tal despacho pudiera vulnerar lo dispuesto en el artículo 24 de la CE porque no se encuentra suficientemente justificada dicha prohibición sólo en el respeto a los principios” de protección del acreedor y celeridad la posible inconstitucionalidad.

“La posible inconstitucionalidad del citado artículo” —continúa la providencia— “hay que ponerla en relación con el artículo 698 LEC, que debe estimarse la cuestión, habría de excluir la referencia a la validez del título como alegación que ha de tramitarse en declarativo aparte, por lo que la inconstitucionalidad de uno implicaría, entiendo, la del otro.”

“Para apreciar la misma, hay que poner el 695 de la LEC en relación con lo que continúa estipulando en sus apartados 1 in fine y 2 y 3 el citado 698 que sólo permite la adopción de medidas para la retención de las cantidades derivadas de la liquidación, ya que pudiera valorarse que no es instrumento suficiente para salvaguardar los derechos de los ejecutados que, en todo caso, se ven obligados a soportar la ejecución que determinará una transmisión inatacable de tercero y, por tanto, unos daños que pueden, como en el presente caso, resultar manifiestamente irreparables toda vez que se trata del derecho de superficie de un complejo hotelero, con un importante número de trabajadores, amén del activo principal y afecto al fin social de una empresa con convenio único, que habría de abocarse a la liquidación.”

En suma, según la providencia, ni los artículos que regulan las causas (tasadas) de oposición a la ejecución (arts. 695 y 698 LEC), ni el art. 222 LEC (cosa juzgada) permiten enervar la ejecución ya despachada a pesar de la ausencia de incumplimiento declarada por el Juzgado de Primera Instancia en el proceso declarativo correspondiente.

h) La ejecutada presentó alegaciones solicitando una interpretación del art. 695 LEC secundum constitutionem que permita al Juzgado inadmitir la demanda ejecutiva al resolver el recurso de reposición interpuesto frente al Auto de 3 de abril de 2013 en el que se desestiman las alegaciones previas presentadas por las partes con carácter previo al despacho de la ejecución, aún pendiente de resolución; y, subsidiariamente, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por incompatibilidad de esos arts. 695 y 698 LEC con el art. 24 CE.

Las ejecutantes se opusieron al planteamiento de la cuestión por considerarla “notoriamente infundada” a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional sobre la naturaleza y efectos del proceso de ejecución hipotecaria (citan las SSTC 41/1981, 217/1993, 269/1993, 158/1997 y 223/1997).

Los terceros intervinientes se pronunciaron en términos análogos a la ejecutada, solicitando una interpretación conforme con la Constitución Española del artículo 695 y, subsidiariamente, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Y el Fiscal presentó escrito considerando que se daban las condiciones procesales para el planteamiento de la cuestión.

i) Previa suspensión del procedimiento por acuerdo de todas las partes comparecidas (art. 19.4 LEC), y al no haberse alcanzado un acuerdo entre ellas según se puso en conocimiento del Juzgado, éste, por sendos Autos de 6 de julio de 2016 acordó (i) desestimar el recurso de reposición contra el Auto de 3 de abril de 2013; y (ii) plantear la cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 695 y 698 LEC, por posible infracción del art. 24 CE.

3. El Auto de planteamiento, después de transcribir íntegramente la providencia que abrió el trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC, concreta su duda de constitucionalidad en los siguientes términos:

Primero, señala que “[l]a inconstitucionalidad del art. 695 LEC puede venir referida más que al hecho de no permitir la valoración de hechos nuevos, a la circunstancia de que no prevé una causa o motivo de oposición sobre la propia existencia del incumplimiento, y por tanto de la corrección de la resolución anticipada, únicamente en los préstamos con garantía hipotecaria que se insertan en operaciones de financiación de las que se derivan obligaciones bilaterales, en los préstamos promotores con los que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes hayan decidido configurar el empréstito como bilateral y consensual”.

Y después matiza que “[l]a constitucionalidad del art. 695 LEC no implicaría necesariamente la del art. 698 LEC ya que si se admitiera como motivo de oposición la inexistencia de incumplimiento que autoriza la resolución anticipada en los supuestos especificados, quedarían suficientemente garantizados los derechos de los deudores hipotecarios. Sólo ha de cuestionarse su constitucionalidad de forma subsidiaria”.

A continuación el Auto explica también que la reciente STC 39/2015, de 2 de marzo, no permite resolver tampoco la controversia sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, pues si en esa STC 39/2015 se apreció vulneración del art. 24.1 CE por haberse negado el órgano judicial a examinar una excepción procesal basada en una causa legal de oposición, la del art. 682.2.1 LEC (corrección del título por no incluir la escritura de constitución de la hipoteca el precio en que las partes tasan el bien para servir de tipo de subasta), en el presente la excepción que se formula por la ejecutada no está prevista legalmente, siendo esto lo que se reputa contrario al art. 24 CE.

Sostiene el órgano judicial que la relevancia que el legislador otorga a las liquidaciones de deuda que deben acompañar a las demandas de ejecución “parte de la presunción de que obedecen a meras operaciones aritméticas, y que por tanto, por su propia naturaleza, nunca podrían abordar cuestiones jurídicas complejas” como las planteadas en este caso. En suma, lo que se cuestiona es que el sistema legal de las ejecuciones hipotecarias no permita al juzgador examinar si ha existido verdaderamente el incumplimiento que determina el vencimiento anticipado del contrato.

El Auto también explica que no encuentra posible hacer una interpretación conforme del art. 695 LEC, pues no le parece que pueda reconducirse el supuesto que se le plantea a la causa de oposición prevista en el artículo 695.1.2, que, según el Auto, “parece restringirse a supuestos de error”.

Finalmente, expone que solo “subsidiariamente” se plantea la duda de constitucionalidad del art. 698 LEC, para el caso de que de que se declare conforme con la Constitución Española el art. 695 LEC “en la medida en que no se prevén medidas de aseguramiento que permitan la paralización del procedimiento antes de la adjudicación en los supuestos de préstamos con obligaciones bilaterales, a los efectos de evitar que la transmisión del bien pudiere devenir inatacable por aplicación del artículo 34 de la LH y, por tanto, ser en parte irreparables in natura los daños y perjuicios causados”.

4. Por providencia de 4 de octubre de 2016, la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, y a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, alegase lo que considerase conveniente “en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 LOTC) y por si [la cuestión de inconstitucionalidad] fuese notoriamente infundada”.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado el 27 de octubre de 2016, en el que interesa la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad “tanto por el incumplimiento de los requisitos procesales exigidos para su planteamiento como por ser notoriamente infundada”.

a) En cuanto a los requisitos procesales de la cuestión de inconstitucionalidad, la Fiscal General del Estado llama la atención sobre dos defectos en su tramitación. En primer lugar considera defectuosamente formulado el juicio de aplicabilidad, por no haberse pronunciado el Juzgado sobre la aplicabilidad de los arts. 43 y 56 de la Ley concursal, invocados por la parte ejecutada en el proceso a quo y hubieran permitido algún tipo de cognición sobre la relación subyacente que habría permitido resolver sobre la inadmisibilidad de la demanda ejecutiva. En segundo lugar, considera igualmente defectuoso el juicio de relevancia, pues en el momento de plantear cuestión la constitucionalidad en relación con los arts. 695 y 698 LEC el Juzgado ya había hecho aplicación de los mismos, en los Autos de 3 de abril de 2013 y 6 de julio de 2016, desestimatorio del recurso de reposición deducido contra el primero.

b) En cuanto a la consistencia de la duda de constitucionalidad, considera que el hecho de que el Tribunal haya despejado ya la constitucionalidad del sistema de cognición limitada de los procesos judiciales de ejecución hipotecaria, singularmente en el ATC 113/2011, de 19 de julio, permite inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad por notoriamente infundada, respecto al art. 695 LEC.

Y respecto al art. 698 LEC, considera igualmente notoriamente infundada la duda de constitucionalidad planteada en cuanto que el precepto regula expresamente un medio de protección para evitar perjuicios económicos, como es la retención de la cantidad que deba entregarse al acreedor, y además porque en ese proceso declarativo el actor está legitimado para instar las demás medidas previstas en el ordenamiento para garantizar la efectividad del derecho que pretende ejercer.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 695 y, subsidiariamente, con el art. 698, ambos de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), por posible vulneración del art. 24 CE.

El art. 695 LEC es el que enumera las causas tasadas de oposición que se admiten en el proceso de ejecución hipotecaria (y entre las que no se encuentra una que debería permitirse a juicio del órgano promotor de la cuestión), y el artículo 698 es el que remite cualquier otra reclamación distinta de las anteriores, “incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda” al juicio declarativo que corresponda “sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento” de ejecución hipotecaria.

El órgano promotor de la cuestión considera, en cuanto al primero, que al no incluirse en el listado tasado de causas de oposición una que permita entrar a conocer “sobre la propia existencia del incumplimiento, y por tanto de la corrección de la resolución anticipada” del contrato con garantía hipotecaria que justifica la demanda ejecutiva, ello pudiera ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva en un caso como el del proceso a quo, en el que por Sentencia dictada en otro proceso, y cuya firmeza se produjo despachada ya la ejecución, se ha declarado que la entidad ejecutante ha incumplido sus obligaciones derivadas de ese mismo contrato.

Y en cuanto al segundo, le parece igualmente insuficiente el contenido del precepto en cuanto no regula expresamente medidas que puedan adoptarse en ese otro proceso declarativo a fin de impedir la transmisión a terceros del bien hipotecado y subastado en el procedimiento de ejecución hipotecaria, poniéndolo así a salvo de eventuales titularidades inatacables por efecto del art. 34 de la Ley hipotecaria.

2. El art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) establece que este Tribunal podrá rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada.

Como a continuación se expone, en el presente caso faltan dos de las “condiciones procesales” exigidas por la doctrina de este Tribunal para admitir y tramitar una cuestión de inconstitucionalidad.

3. En primer lugar, la cuestión de inconstitucionalidad no se ha planteado en el momento procesal oportuno, esto es, antes de aplicar el órgano promotor los preceptos cuya constitucionalidad cuestiona, habiendo declarado este Tribunal que cuando no se respeta esta exigencia pierde sentido este singular proceso constitucional dirigido a verificar la compatibilidad de normas legales con la Constitución con carácter prejudicial, esto es, antes de proceder a su aplicación en un caso concreto (así, entre los más recientes, AATC 42/2016, de 16 de febrero, FJ 4; 76/2015, de 28 de abril, FJ 3, y 206/2014, de 22 de julio, FJ 3).

Es efectivamente doctrina reiterada de este Tribunal que “la cuestión de inconstitucionalidad presenta en nuestro ordenamiento jurídico carácter prejudicial, de modo que, como ya afirmáramos en los AATC 361/2004, de 21 de septiembre, FJ 4; y 134/2006, de 4 de abril, FJ 2, debe inadmitirse la presente cuestión de inconstitucionalidad pues, efectivamente, no se ha planteado, como debía, en el momento adecuado porque, cuando lo interpone, el órgano ya había aplicado la norma de cuya constitucionalidad no podía dudar, pronunciándose de manera inequívoca sobre el objeto de la cuestión que ahora nos plantea, quebrantando con ello la verdadera finalidad de las cuestiones de inconstitucionalidad. En efecto, en la medida en que la cuestión de inconstitucionalidad tiene como finalidad la de suspender el procedimiento y esperar a la respuesta de este Tribunal para la aplicación de la norma, en el presente caso el órgano judicial ya la habría aplicado, con lo que carecería de sentido la duda que posteriormente le surge” (AATC 220/2012, de 27 de noviembre, FJ 3, y 184/2009, de 15 de junio, FJ 2).

De acuerdo con esta doctrina, la presente cuestión de inconstitucionalidad debe considerarse extemporánea.

Tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes, el órgano judicial, antes de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, había aplicado ya el mismo régimen procesal de oposición limitada a las demandas de ejecución hipotecaria cuya constitucionalidad ahora se cuestiona, al menos en tres ocasiones: al resolver (y desestimar) las alegaciones previas de la ejecutada y los terceros intervinientes contrarias al despacho de la ejecución (Auto de 3 de abril de 2013), al despachar ejecución en contra de lo peticionado por aquéllas (Auto de 11 de junio de 2013) y al desestimar el recurso de reposición interpuesto frente al primer Auto citado (nuevo Auto de 6 de julio de 2016).

Singularmente, en el trámite de alegaciones abierto por el Juzgado antes de resolver sobre el despacho de la ejecución, la entidad frente a la que se pedía el despacho de ejecución había solicitado que no se despachara ésta por estar pendiente de resolución firme otro proceso declarativo, instado por ella, en el que se solicitaba la declaración de incumplimiento por la entidad ejecutante de sus obligaciones derivadas del mismo contrato que amparaba la demanda ejecutiva presentada, proceso que había sido resuelto ya en sentido favorable para aquélla en primera y segunda instancia pero que estaba pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo. Y frente a esta concreta alegación, en el primer Auto citado, el órgano judicial afirmó categóricamente que “[e]ntre las causas de suspensión de un procedimiento de ejecución hipotecaria no se encuentra la interposición de acciones de resolución u otras declarativas” (fundamento de Derecho segundo), manifestación seguida de la reproducción íntegra y literal de los arts. 695 a 698 LEC ahora cuestionados.

El carácter intempestivo de la cuestión de inconstitucionalidad es apreciable con independencia de que en el momento de dictarse el mencionado Auto el pronunciamiento de ese proceso declarativo no fuera firme, pues solamente ganó firmeza con el Auto del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2013, y también de que la firmeza de ese pronunciamiento no constase en las actuaciones hasta después de despachada la ejecución. Es así porque lo que cuestiona el órgano judicial es que el art. 695 LEC no le permita entrar a conocer “sobre la propia existencia del incumplimiento, y por tanto de la corrección de la resolución anticipada” del contrato que justifica la demanda ejecutiva, según ha quedado ya reflejado. Y ese defecto era ya predicable del régimen legal cuestionado en la fecha del citado Auto y de los posteriores.

4. Si lo anterior es predicable de la cuestión de inconstitucionalidad en su conjunto, que se dirige contra el régimen legal de oposición a la ejecución hipotecaria resultante de los arts. 695 y 698 LEC, uno de los dos preceptos que lo componen, el art. 698 LEC, no cumple tampoco el requisito de la aplicabilidad necesario para admitir y tramitar una cuestión de inconstitucionalidad, que exige siempre que el precepto cuestionado sea “aplicable al caso” (arts. 163 CE y 35.1 LOTC).

Como ya tuvimos ocasión de señalar al resolver una cuestión de inconstitucionalidad análoga a la ahora planteada el art. 698 LEC “versa sobre el régimen legal de un procedimiento que no es el sustanciado, sino aquel al que puede acudir el ejecutado hipotecario al margen del juicio sumario. De este modo el órgano judicial proponente viene a formular un improcedente control abstracto y directo sobre la constitucionalidad de [dicho precepto legal] que no [es] paso obligado para la continuación del proceso y [condicionante] de la decisión a tomar en el trámite de oposición, para lo que no está constitucionalmente facultado” (ATC 113/2011, de 19 de julio, FJ 3).

Dicho en otros términos: este art. 698 LEC no resulta aplicable por el órgano promotor de la cuestión (Juez de la ejecución), sino por el juez que conozca del proceso declarativo al que dicho precepto remite, en la medida en que lo que el órgano promotor de la cuestión impugna es la omisión en dicho precepto de medidas cautelares que puedan adoptarse en ese otro proceso con el fin de asegurar la restitución del bien hipotecado al hipotecante si finalmente la ejecución despachada contra él resultara contraria a derecho según lo resuelto en ese proceso declarativo.

Por lo tanto, y sin perjuicio de lo razonado en el precedente fundamento jurídico 3, la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con este art. 698 LEC no cumple tampoco el requisito de la aplicabilidad derivado de los arts. 163 CE y 35.1 LOTC antes mencionados.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis.