

DEMANDA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

I. Las Partes

A. *El Demandante*

1. Apellidos:
2. Nombre(s): LUIS ARIOLFO
Sexo: Hombre
3. Nacionalidad: ESPAÑOLA Y ECUATORIANA
4. Profesión: EMPLEADO DE LA CONSTRUCCIÓN
5. Fecha y lugar de nacimiento: MACAS, ECUADOR, 25 DE MARZO DE 1977.
6. Domicilio:
7. Tel. N°:
8. Domicilio actual (si diferente de 6.):
9. Apellido(s) y nombre(s) del / de la representante: JOSE RAMÓN ANTÓN BOIX
10. Profesión del / de la representante: ABOGADO
11. Domicilio del / de la representante: C/CAPITÁN HAYA, 56 8°C, MADRID-28020, ESPAÑA

B. *La Alta Parte*

De conformidad con lo dispuesto en el *Artículo 34 del Convenio* y en el *Artículo 47.1.c) del Reglamento del Tribunal*, la Alta Parte contra la cual se dirige la presente demanda es el REINO DE ESPAÑA.

II. Exposición de los hechos

A. Resumen de los hechos

1. Luis Ariolfo , el demandante, emigra desde Ecuador a España en Julio de 1999 impulsado por la crisis económico-financiera que atravesaba su país de origen. Su mujer también lo hace llegando a territorio español 20 días más tarde.
2. Dos hijos forman parte del núcleo familiar. El primero llega a España desde Ecuador en el año en 2003, el más pequeño nace en territorio español. El matrimonio y el hijo mayor adquieren la nacionalidad española en marzo del 2012.
3. Luis Ariolfo consigue regularizar su situación de acuerdo al régimen de extranjería español en el año 2003, gracias a la colaboración de su empleador en aquel momento que le ofrece una oferta de empleo. Desde este año hasta Febrero de 2008, Luis trabajará ininterrumpidamente en este sector. Entonces el demandante sufre un accidente laboral que le provoca la pérdida de la movilidad del dedo pulgar de la mano derecha, incapacitándolo para continuar trabajando en la construcción.
4. El último domicilio en régimen de alquiler de la familia, antes de adquirir la vivienda propia, era un modesto piso sito en el Paseo de las Delicias, núm. 123 de Madrid. En él la familia residió durante tres años. En aquella época comienzan a plantearse la posibilidad de adquirir una vivienda, como forma de ahorro y motivados por los altos precios del alquiler que equivalían aproximadamente al coste de las cuotas mensuales de una hipoteca media en aquel momento.
5. El 31 de enero de **2005**, el demandante suscribe junto a su hermano, Wilson-Oswaldo, un **préstamo hipotecario** con el Banco Halifax Hispania (actualmente Lloyds Bank), para adquirir un piso en el que vivir con su familia. El motivo por el que su hermano figura en la hipoteca como segundo titular es que los ingresos del demandante en aquel momento no eran suficientes para respaldar la concesión del crédito, su esposa no trabajaba y el Banco les ofreció la posibilidad de contar con algún familiar próximo. Fabiola, esposa del demandante ha venido trabajando como empleada del hogar por horas en labores de limpieza y cuidado, y sus ingresos nunca han sido superiores a 700 Euros. En el momento de solicitar el crédito, Fabiola carecía de ingresos propios, dejó de trabajar desde el nacimiento de su hijo

menor, Kevin, en 2002, hasta que el niño pudo ingresar en la escuela, en Septiembre de 2005.

6. Wilson Oswaldo , hermano del demandante, por motivos de trabajo se trasladó a Murcia hace tiempo con su esposa y una hija de 15 años. Wilson trabaja en una gasolinera-túnel de lavado, carece de bienes o patrimonio con los que hacer frente a deuda alguna y sus ingresos se destinan a los gastos habituales de una familia modesta.
7. El préstamo hipotecario se formaliza por un importe de 173.000 €, que se dedica íntegramente al pago de la vivienda, sita en la Calle Vía Carpetana número 222 de Madrid. La letra mensual que pagará el demandante durante el primer año ascendía a 640 Euros. La concesión del crédito por el 100% del importe de la compraventa, responde a una tan mala como habitual praxis de las entidades bancarias españolas que contraviene lo establecido en el **Artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario** (vigente hasta el 8 de diciembre de 2007), según el cual: (...) *El préstamo garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del setenta por ciento del valor de tasación del bien hipotecado (...).*
8. La vivienda adquirida es de origen público, según consta en las propias escrituras. Originariamente perteneció al Instituto de la Vivienda de Madrid y en el momento de formalizar la hipoteca se encontraba calificada como *Vivienda de Protección Oficial*. El valor de tasación máximo legal, por ello, es de 53.143 € según reza el certificado de tasación realizado por la empresa INTRASER el 9 de Septiembre de 2004. Casi coincidente es el precio que se señala como máximo legal de venta en la autorización que cursa el Director General de Arquitectura y Vivienda de la Comunidad de Madrid a solicitud de los vendedores del inmueble el 10 de Enero de 2005 (850 Euros x 64,99 metros útiles). **Así pues el precio por el que finalmente se concreta la compraventa es un 325% mayor al valor de tasación legal.**

El demandante y su hermano declaran no haber participado en la elección de la empresa tasadora, cuyos servicios les correspondía pagar. En sus propias palabras “el Banco se encargó todos los trámites relacionados con la hipoteca”.

9. En cuanto a la vivienda, es importante señalar que se trata de una sencilla, de 88 metros cuadrados construidos y 65 útiles, y que se encuentra en una zona muy popular al sureste de Madrid, antiguo poblado de absorción Caño Roto - Los Cármenes. Este hecho da cuenta de lo hiperinflacionario del precio de la vivienda en aquellos momentos, el propio certificado de tasación que aporta un valor adicional, denominado *Valor del Inmueble por el Método*

de Comparación, que asciende a 250.157 € y que es referencia del precio de salida a subasta en caso de ejecución hipotecaria, de acuerdo a la escritura de la hipoteca.

10. La cláusula adicional de la escritura del préstamo hipotecario, autoriza al Banco de manera irrevocable para que “en el momento en que la entidad lo considere conveniente, pueda pedir, en nombre del titular del inmueble, la descalificación del régimen de vivienda de protección oficial (...)”.
11. Los intereses ordinarios del préstamo establecen un margen de 2.5% sobre el valor del índice de referencia que es el EURIBOR (EURO INTERBANK OFFERED RATE) y se actualizan anualmente. La escritura de la hipoteca recoge un supuesto que incrementa automáticamente el margen pactado en 0,25 puntos porcentuales al año: se trata de la obligatoriedad de domiciliación en el propio banco de los ingresos procedentes de la actividad profesional, la domiciliación de al menos tres recibos y la posesión de la tarjeta VISA del banco.
12. Los intereses de mora se sitúan en un 14%, tasa muy superior al interés legal del dinero en el año 2005, que se encontraba en un 5,5%.
13. El Banco establece en la escritura de la hipoteca causas adicionales a las del impago de las cuotas que producirán la resolución anticipada del préstamo por parte de la entidad de crédito, abrogándose la posibilidad de incoar el procedimiento de ejecución hipotecaria directa cuando, entre otras:
a) Se incumpla con un recibo de la contribución, otros impuesto que grave la finca, prima de seguro o “cualesquiera otros gastos derivados de la conservación del inmueble hipotecado”. b) Daños en la finca hipotecada si resultara destruida al menos en una quinta parte o se produjera una merma en su valor en ese porcentaje. c) Arrendamiento de la finca que se hipoteca sin expresa autorización de la Entidad prestadora o por renta que no cubra la cuota de amortización. d) Por cualquier otra causa dependiente o no de la voluntad de su dueño, o expropiación forzosa, a no ser que la parte deudora amplíe la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la deuda. En este caso el Banco resulta apoderado de manera automática y “irrevocablemente” para percibir directamente el importe de las indemnizaciones de todo tipo. Este punto abre la vía para el seguro de daños a favor del Banco que el demandante se vio obligado a suscribir con la entidad bancaria al firmar la hipoteca. Esta obligación se encuentra explícitamente señalada en la escritura de hipoteca y se genera de forma automática al firmar ésta. Resulta muy ilustrativo a estos efectos relacionar la suscripción del contrato de seguro de daños con el Artículo 8 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, “ *la póliza de seguro contra incendios debe abarcar la totalidad del valor del bien*”

hipotecado (tasación) y es la entidad crediticia la beneficiaria de dicho seguro.”

14. En el contrato de hipoteca **el deudor renuncia a ser notificado cuando se produzca la cesión de su crédito**, lo que representa una limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales. Si bien es cierto que el Artículo 242 del Reglamento Hipotecario admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, no es menos cierto que dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial contemplada en el Artículo 86 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, que indica que la cláusula es abusiva cuando se limite o prive al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean la liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.
15. Puede comprobarse de lo relatado en los puntos 9 (parte final) 10, 11, 12, 13 y 14, lo **abusivo de algunas de las cláusulas** recogidas en la escritura del préstamo. Estos extremos, así como otros similares de innegable complejidad legal y financiera (y de mucho alcance y consecuencias para los intereses del ahora demandante), no le fueron indicados ni explicados en el momento de suscribir el préstamo, ni por la entidad bancaria, ni por el notario.
16. En febrero de **2008** el demandante sufre un **accidente laboral** que le provoca la pérdida de la movilidad del dedo pulgar de la mano derecha, incapacitándolo para continuar trabajando en la construcción. En ese momento solicita y le es concedida la baja laboral por cuatro meses. Durante éste período **es despedido**, según le fue informado, debido al inminente cierre de la empresa constructora para la que trabajaba.
17. Desde el año 2008, en que el demandante pierde el empleo y la posibilidad de seguir desempeñando su profesión por el accidente sufrido, Luis es receptor de la **prestación por desempleo**, durante 20 meses de acuerdo a sus 5 años de cotización en España. Después recibe el subsidio por desempleo que ascendía a 420 € mensuales aproximadamente, y desde inicios del año 2012 recibe, por seis meses, la ayuda de la renta básica de inserción que ronda los 400 € mensuales. Durante estos 4 años y medio, el demandante no vuelve a encontrar trabajo y a **día de hoy carece de cualquier medio de vida**. Como consecuencia de esta progresiva pérdida de ingresos, el demandante negoció con el Banco un período de carencia

del principal del préstamo por dos años, de 2009 a 2011, durante el cual pagó netamente intereses de la deuda, abonando 450 € mensuales en este concepto. Da cuenta de la buena fe como pagador del demandante el hecho de que durante gran parte del año 2011, en que percibía 420 € mensuales, dedicó 450 al pago de las cuotas mensuales acordadas con el Banco. Una vez finalizado este período en Septiembre de 2011 le fue imposible afrontar nuevamente el pago de las cuotas íntegras del préstamo hipotecario que ascendieron en ese momento a 740 € mensuales. En el momento en que se produce el primer incidente de impago, el demandante había abonado al Banco la cantidad de 48.500 € aproximadamente, 11.500 dedicados al pago del principal y 37.000 a los intereses.

18. En el año **2010**, preocupado por la situación económica de la familia y consciente de lo oneroso de su obligación con el Banco, el demandante trata de averiguar más sobre el estatuto originario de su vivienda, de protección oficial y sus implicaciones. El Instituto Nacional de Vivienda de Madrid (IVIMA), dueño originario de la vivienda de Luis y a través de una de sus abogadas, le explica que todo lo que puede hacer la institución por él es comprarle la vivienda por el importe de una nueva tasación, que en aquel año ascendía a 76.000 €. Ese importe era a todas luces insuficiente para cubrir su deuda con el Banco.
19. El 4 de **Octubre de 2012**, el demandante fue notificado mediante Auto del Juzgado de Primera Instancia núm.100 de Madrid del inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria a instancias de Lloyds Bank International.
20. Hasta este momento, Luis había venía negociando durante años con el Banco y veía que, a pesar de su buena fe y sus esfuerzos, no era posible que la entidad fuera a redefinir la deuda de forma razonable a su precaria situación. Informado ya del alcance de las cláusulas abusivas del contrato hipotecario, y consciente de la imposibilidad de defender sus intereses a través de las causas de oposición que la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé para este procedimiento (art. 695 LEC), el **demandante decide recurrir el Auto de despacho de ejecución a través del incidente de nulidad de actuaciones**, invocando la vulneración de sus derechos fundamentales (la tutela judicial efectiva, el derecho a la igualdad, el derecho a la vivienda, el derecho a la intimidad familiar, y el derecho de propiedad). Este recurso fue presentado ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm.100 el 26 de Octubre de 2012.
21. El 3 de Diciembre de 2012, mediante Auto 324/2012 del mismo órgano jurisdiccional, el demandante es notificado de que **se desestima** el planteado incidente **de nulidad de actuaciones**. Esta resolución judicial se

extiende explicando que el invocado derecho a la vivienda es tan sólo un principio rector de la política social y económica en la Constitución Española, y que no puede por tanto invocarse directamente ante los tribunales, salvo en los casos en los que así lo dispongan las leyes que lo desarrollan. No obstante, nada se menciona sobre las razones por las que se desestima el incidente procesal en lo relativo al resto de los derechos invocados, ya que el derecho a la vivienda se configura en el presente caso como el resultado de la inicial y palmaria vulneración de los derechos de carácter fundamental invocados: igualdad, derecho a la defensa y a la intimidad personal y familiar.

Es pertinente señalar ,además, que en el mencionado Auto, el Juzgado, aún “admitiendo la trascendencia constitucional del derecho a la vivienda”, afirma la imposibilidad de resolver conforme a lo solicitado, ya que el art.9.3 de la Constitución obliga a los tribunales a estar a la legislación vigente, es decir a lo dispuesto en los arts.695, 696, 697 y 565 LEC, en razón de los cuales no cabe suspensión de la ejecución hipotecaria sino por las causas en ellos tasados, causas que no contemplan la invocación de la vulneración de derechos fundamentales.

22. El mismo 3 de Diciembre de 2012 se da traslado desde el Juzgado al ahora demandante del escrito de **solicitud por parte del Banco de señalamiento de pública subasta para proceder a la venta de la vivienda** en la que Luis sigue viviendo con su familia. Este hecho, previo al momento del lanzamiento, genera una amenaza objetiva para las condiciones de vida del demandante y su familia, poniendo en suspenso la continuidad de la vida familiar consolidada en el entorno de esa vivienda desde hace ocho años. Pone especialmente de manifiesto esta amenaza sobre la vida familiar el hecho de que los dos hijos del núcleo familiar se encuentran escolarizados en la zona en la que se está sita la vivienda y están plenamente integrados en la vida social tanto de la escuela como del barrio.
23. Dado el automatismo y rapidez con la que se secuencia el procedimiento de ejecución hipotecaria, **la familia del demandante puede verse expulsada de la vivienda que habitan en tan sólo unos meses, careciendo de una alternativa habitacional real**. Dados los limitadísimos recursos con los que cuenta, ingresos de la esposa y madre como empleada del hogar de 540 Euros mensuales, el alquiler de otra vivienda no es para ellos una alternativa posible al desahucio. El demandante sólo tiene un hermano residiendo en Madrid (el otro está en Murcia), que a su vez carece de recursos propios para acogerlos, no en vano se encuentra viviendo en el piso de una tercera persona. Es evidente, pues que la situación de la familia de Luis Solórzano es de una enorme vulnerabilidad: por la insuficiencia de sus ingresos, por las menores posibilidades de empleabilidad que los emigrantes de origen tienen

en el actual mercado laboral español, por la incapacidad sobrevenida de Luis que reduce aún más los trabajos que podría desempeñar, por la inexistencia de una red familiar en España que amortigüe los efectos de la falta de empleo y como corolario por la inminente pérdida de la vivienda familiar. Porque están en juego el interés de dos menores.

Cabe señalar, además, que si bien la familia del demandante se encuentra en una situación extrema, no puede ser incluida en los restrictivos supuestos de especial vulnerabilidad recogidos el *Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios* que permiten ser beneficiario de una moratoria de dos años que paraliza el lanzamiento y de un fondo social de viviendas que el Real Decreto mandata impulsar. Si bien el requisito económico (límite de 19.000 Euros brutos anuales de ingresos) sí se cumple, la familia de Luis no entra dentro de los supuestos de especial vulnerabilidad: familia numerosa, con un miembro dependiente o discapacitado, unidad familiar monoparental, que exista una víctima de violencia de género en núcleo familia...etc.

III. Exposición de las violaciones del Convenio y Protocolos adicionales, así como de los argumentos en que se basa

1. CONTEXTO

a) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la realidad. Los derechos y su efectividad

Es una opinión consolidada que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en tanto que instrumento vivo, debe ser interpretado a la luz del contexto social y de las condiciones de vida actuales (*Marckx vs. Bélgica*, 1979). Es decir, debe ser aplicado teniendo presente la realidad de las personas. Esto es coherente con la **pretensión del Convenio** de asegurar el goce real de **los derechos protegidos**, pues su finalidad no consiste en proclamar derechos ilusorios, meramente formales, sino en **lograr su protección efectiva** (*Casos Airey vs. Irlanda*, 1979, *Kuric vs. Croacia*, 2002, *Multiplex vs. Croacia*, 2003, entre otros muchos). Un principio de protección efectiva que requiere que los derechos que reconoce estén dotados de un sentido práctico, amplio y pleno.

La realidad del caso que plantea la presente *DEMANDA* es la de la crisis financiera, económica y social que sufre España desde hace cinco años. Una crisis que ha traído consigo la de los derechos humanos para un sector importante de la población. Se comprueba una vez más cómo uno de los peligros vinculados a toda crisis económica que la normatividad de los derechos, su exigibilidad, se ve matizada o negada por las exigencias perentorias e inmediatas de la propia crisis y, en este caso, del sistema de mercado. Es decir, que el realismo jurídico (aliado con la voluntad del más fuerte) haga ineficaces las garantías constitucionales que protegen los derechos de los más débiles.

Frente a este peligro debe defenderse que la primacía de la Constitución, de los tratados internacionales y de los derechos humanos reconocidos en ellos no decae como consecuencia de la afirmación de una especie de constitución material (que en realidad representa unos intereses económicos muy concretos) no aprobada políticamente.

La efectividad de los derechos humanos no puede bajar los brazos en momentos de crisis políticas, económicas o sociales, más bien al contrario. Es en estos contextos de dificultad cuando deben afianzar su fortaleza (fortaleza vinculada a su normatividad, a su justiciabilidad), y reivindicar su vigencia, pues los embates contra ellos son más intensos y la vulnerabilidad de las personas a las que protegen mucho mayor. Si la respuesta a la crisis se orienta exclusiva o

prioritariamente con un enfoque económico, como está sucediendo en España y en el resto de países de la región, Europa perderá uno de los elementos que históricamente le han distinguido del resto del mundo, el empeño en la protección real de los derechos humanos.

Frente a esta posibilidad, tiene especial relevancia el trabajo de protección de los derechos humanos que se lleva a cabo en el Consejo de Europa a través de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos, los cuales vienen evolucionando desde su aprobación al compás de la realidad, gracias a la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza de sus disposiciones. Y es que, como se ha comentado, el Derecho en general y los derechos humanos en particular cobran vida en contextos particulares, y su interpretación y alcance debe llevarse a cabo ponderando los intereses y las situaciones en que se aplican. En consecuencia, la realidad, aun de forma sintética, debe ser conocida con el objetivo de interpretar las normas en la forma más adecuada y efectiva para los derechos reconocidos en el Convenio.

A continuación se relata de forma breve el contexto del Caso que da lugar a la *DEMANDA* que con este escrito se presenta ante el Tribunal.

b) Antecedentes y situación actual

El contexto del presente CASO ha sido descrito de forma precisa en el documento publicado en 2012 por el Defensor del Pueblo español titulado *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*¹. En éste se analizan las causas de la **crisis hipotecaria** en España y su grave repercusión en los derechos habitacionales de las familias, se repasa la legislación básica del sistema hipotecario y el modelo de relación entre las entidades bancarias y los clientes, se recoge las actuaciones de la institución al respecto, y se emite una serie de conclusiones y recomendaciones importantes.

La Defensoría del Pueblo española afirma en primer lugar que la **compra de la vivienda para crear un hogar** constituye la principal decisión de inversión de los particulares (de los ciudadanos españoles pero también de muchos de los inmigrantes que han llegado a España desde los años noventa), siendo habitual la adquisición a crédito con la garantía de la propia vivienda. Reflexiona asimismo sobre las causas de la creciente demanda de vivienda en los últimos años (el descenso de los tipos de interés y su evidente repercusión en el mercado hipotecario, el proceso de desregulación financiera, la ausencia

¹http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Crisis_Hipotecas_2012.pdf

de una política de alquiler social para rentas medias y bajas...), pero también sobre las aconsejables normas prudenciales y las buenas prácticas financieras, así como sobre la capacidad de los deudores para rembolsar los créditos (argumentos que deberían haber constituido criterios limitativos del grado de endeudamiento de los ciudadanos), concluyendo que, por el contrario, “desde hace más de una década **las entidades de crédito han otorgado de forma imprudente el crédito hipotecario**, concediendo hipotecas para empaquetarlas y venderlas en el mercado” (*Crisis económica...*, p.8).

A partir de ahí, el Defensor constata que la crisis económica y el desempleo crónico han tenido los esperables efectos sobre el **gran endeudamiento de los particulares**, “sobre todo por la rapidez con que se ha producido y por la **ineficacia de la legislación** para resolver estas situaciones”. Las consecuencias han sido en muchos casos la incapacidad involuntaria de hacer frente a las cuotas de los préstamos, el aumento de los procesos ejecutivos hipotecarios, las subastas de las viviendas, los consecuentes desahucios (la mayoría de los cuales no sirven a los deudores para saldar su deuda, pues son frecuentes los casos de viviendas que por la bajada de precios valen menos que la deuda hipotecaria), e incluso la inclusión de las personas desahuciadas en los registros de morosos, con la consiguiente exclusión financiera. A partir de aquí el riesgo de **marginación social** y la **desprotección** de los derechos fundamentales de las personas están servidos.

Por otra parte, el Informe del Defensor del Pueblo incide en la **posición de superioridad o privilegio que ocupan las empresas crediticias**, en dos niveles. De una parte frente al deudor hipotecario, con quien en realidad firma un contrato de adhesión. En este caso, su posición privilegiada ha dado lugar a que en no pocas ocasiones se hayan incluido cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios, contratos poco claros para los deudores de buena fe que, en definitiva, han dado un consentimiento no informado y en consecuencia, viciado. De otra parte, una posición de superioridad en relación con el Estado, pues desde el comienzo de la crisis los bancos han dependido del dinero público para subsistir. De hecho, se denuncia que las ayudas a los bancos han desbordado las previsiones legales, pues no han respetado los límites a las ayudas financieras previstos en la regulación de los fondos de garantía de depósitos o del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, ni los límites a las ayudas públicas que marca la legislación sobre la libre competencia, puesto que las entidades bancarias reciben aportaciones a las que las demás empresas no tienen acceso, a pesar de lo cual siguen pagando elevadas primas a sus directivos. Ciertamente, reconoce la Defensoría, son privilegios que si hasta cierto punto se admiten como un mal necesario, constituyen medidas excepcionales que se justifican por el carácter especial de la actividad bancaria. Sin embargo, no debe olvidarse que sólo implican ayudas para una de las partes de la relación sin que los beneficios se extiendan a la otra, pues son medidas políticas de apropiación de las ganancias y

socialización de las pérdidas.

En conclusión, la realidad nos muestra un muy importante colectivo de ciudadanos (evidentemente no todos los que han adquirido viviendas, pero sí muchos de ellos) a los que el sistema económico ha dirigido a la compra de inmuebles en propiedad para crear su vivienda familiar; particulares que han suscrito contratos de hipotecas con los bancos desde una posición “débil” y en muchos casos no bien informada por parte de las entidades crediticias. Que éstas, desde una posición fuerte, suscribieron muchos de esos contratos sin atender a los criterios básicos de la prudencia, sin atender al sobreendeudamiento en que incurría el deudor, y sin advertirle de las implicaciones de algunas cláusulas que sin duda deben considerarse abusivas. Que llegada la época de crisis es la parte débil y de buena fe la que, al perder su trabajo y la imposibilidad de atender correctamente a los pagos hipotecarios ve peligrar su vivienda, hogar e intimidad familiar, el equilibrio personal, la educación de los hijos, la salud, la residencia... porque el procedimiento judicial que se activa para requerirle el pago inmediato o la vivienda y el desahucio es sumario y sin posibilidades de defensa inmediata; y porque las entidades bancarias, en buena parte responsables de la situación, no atienden en el cobro a lo desproporcionado e injusto de dichas ejecuciones.

c) Opinión y movimientos sociales, posiciones corporativas, contexto internacional

Desde el año 2008 se han ejecutado en España cerca de 400.000 desahucios. En estos momentos existe ya una enorme sensibilidad social en relación con ellos, con sus causas y con los dramas familiares que en muchos casos suponen. El suicidio de varias personas que iban a ser expulsadas de sus casas, la repercusión mediática que están mereciendo algunos casos especialmente injustos, y la cercanía personal de otros (se calcula que se producen en torno a los 500 desahucios diarios, con lo cual acaba siendo natural conocer algún caso) han despertado la atención, el rechazo y la alarma social.

Sin embargo se trata de una cuestión que viene tratándose desde hace años por **colectivos, asociaciones y organizaciones no gubernamentales** (asambleas de afectados por hipotecas, grupos de defensa del derecho a la vivienda, cooperativas legales de ayuda, asociaciones de consumidores...). En efecto, algunas de ellas (por ejemplo el Observatorio DESC, la Plataforma de Afectados por las Hipotecas, o Amnistía Internacional) llevan tiempo estudiando y denunciando la falta de protección real de los derechos sociales en España, y su vinculación directa con otros derechos en principio mejor protegidos jurídicamente (intimidad familiar, propiedad, educación). Son asociaciones que antes de la crisis ya llamaban la atención sobre la debilidad de estos derechos, denunciaban la situación de indefensión de los deudores habitacionales que afrontan procedimientos de ejecución hipotecaria (fueron presentados –y sigue

haciéndose— de forma masiva escritos solicitando la paralización de los procedimientos de ejecución hipotecaria por posible violación del derecho a la tutela judicial efectiva, con algunos resultados positivos), y reclamaban una implicación más intensa de los poderes públicos dirigida a su protección y promoción. Con la llegada de la crisis algunas de sus advertencias se han visto confirmadas.

En relación con las hipotecas, la incompreensión, impotencia, frustración y rechazo social más fuerte se produce al constatar la indefensión del deudor de buena fe en el procedimiento de ejecución hipotecaria, pues ni siquiera puede hacer valer sus argumentos en el juicio que le va a privar de su vivienda y la de su familia. Y se produce al constatar que, en la mayoría de los casos, ni siquiera la subasta de su vivienda (que se queda el mismo banco acreedor por un 60% de su valor) es suficiente para saldar la deuda, con lo cual la familia desahuciada queda, además de sin casa, con una deuda pendiente. Frente a ello, y en este contexto de participación social a favor del derecho a la vivienda, se ha presentado por distintas organizaciones sociales una **Iniciativa Legislativa Popular** (ILP) para la dación en pago retroactiva, la paralización de los desahucios y la promoción del alquiler social, una Iniciativa que ha recogido más de 600.000 firmas (se requieren 500.000) y que va a dar lugar de forma inmediata a una proposición de ley en el Parlamento español². La ILP propone exactamente:

1. Dación en pago con efectos retroactivos, es decir, posibilidad de entregar la vivienda a la entidad financiera con la que se tiene la hipoteca a cambio de quedar libre de toda deuda.
2. Paralización de los desahucios, siempre que se trate de la vivienda habitual y el impago del préstamo hipotecario sea debido a motivos ajenos a la propia voluntad.
3. Alquiler Social, en virtud del cual el ejecutado tendrá derecho a seguir residiendo por un período de 5 años en la vivienda pagando un alquiler no superior al 30% de sus ingresos mensuales.

Pero no solo los movimientos sociales. La reacción contra la legislación hipotecaria y específicamente contra el procedimiento de ejecución al deudor por impago se ha producido también entre el colectivo de los **abogados** (han sido numerosos sus pronunciamientos contrarios a la LEC, por dejar indefenso al deudor de buena fe frente a las entidades bancarias), la **policía nacional** (su sindicato mayoritario ha decidido defender a los policías que se nieguen a garantizar la ejecución de los desahucios), e incluso el colectivo de **cerrajeros** (su asociación mayoritaria proclamó que sus miembros no acudirían a abrir por la

² <http://www.quenotehipotequenlavid.org/>

fuerza las viviendas en la que se pretendiera desalojar familias). Si bien debe considerarse especialmente significativa la posición adoptada por parte de **la Judicatura**.

En este campo ha sido importante y ha tenido fuerte repercusión mediática el **Informe** presentado por un colectivo de jueces al Consejo General del Poder Judicial con el título “*Propuestas en materia de sobreendeudamiento familiar y medidas de protección del deudor frente a las consecuencias de la ejecución hipotecaria (deuda, aval y pérdida de vivienda)*”³, en el que recogen algunas medidas que sería aconsejable adoptar al respecto. Entre ellas destaca la determinación del concepto de “deudor hipotecario de buena fe” a efectos de establecer las bases de aplicación de ciertas medidas excepcionales que deberían centrarse en los supuestos en que la ejecución hipotecaria se refiera a la vivienda habitual o a locales de negocio, al entender que han de ser objeto de una especial protección.

En lo que directamente tiene que ver con la *DEMANDA* objeto del presente recurso, **los Jueces proponen la modificación del procedimiento de ejecución hipotecaria**, por tratarse de un privilegio procesal de los bancos para una tutela judicial reforzada, que surgió a principios del siglo pasado en un contexto que nada tiene que ver con la situación de crisis actual. Sobre todo teniendo en cuenta que se trata de un proceso en el que el deudor prácticamente nada puede alegar u oponer. Por ello, aconsejan reconducir la ejecución hipotecaria a las normas generales de la ejecución ordinaria, como sucede con cualquier otro crédito que conste documentado en escritura pública, pues de este modo al menos el deudor dispondría de un catálogo de motivos de oposición a la ejecución (cláusulas abusivas, nulidad del contrato, nulidad de la ejecución, prescripción, etc.). Asimismo, proponen otras medidas reseñables como la atribución de facultades al Juez para que pueda acordar moratorias dejando transitoriamente en suspenso el pago de las cuotas hipotecarias en caso de que concurran circunstancias excepcionales; la modificación del régimen de tasación de las viviendas, a realizar por expertos independientes; la elevación del porcentaje de adjudicación al acreedor (actualmente el 60% del valor de tasación); la regulación imperativa en determinadas circunstancias de la entrega de la vivienda como modo de extinción del crédito (la dación en pago sólo cabe si se ha pactado conforme al art. 140 LH); el establecimiento de periodos de carencia en la amortización del capital, ampliación del plazo de amortización, reducción provisional del tipo de interés, y quitas, cuando concurran circunstancias que lo aconsejen (el Código de Buenas Prácticas del RD-Ley 6/2012 prevé estas medidas pero sólo en

³ <http://ep00.epimg.net/descargables/2012/10/27/bf5a8c9c781fa7dfca6c600e8e3a86be.pdf>

supuestos muy excepcionales y con carácter voluntario para los bancos); la potenciación y centralización de las subastas electrónicas por Internet para ampliar el número de interesados y mejorar el tipo de adjudicación de la subasta, poniendo al servicio de los Juzgados los medios telemáticos necesarios; la regulación de un procedimiento concursal específico para las personas físicas y que permitiera, en según que circunstancias predeterminadas, la paralización de ciertas ejecuciones; etc.

Además, junto a esta declaración se están produciendo un número creciente de **resoluciones judiciales** que tratan de sortear las estrictas normas de la Ley Hipotecaria (que contiene los elementos sustantivos del contrato hipotecario) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (que regula el procedimiento de ejecución hipotecaria). Las cláusulas abusivas en los contratos, las tasaciones de las viviendas por encima de su valor y después adjudicación de las mismas al propio banco que hizo la tasación por un valor muy inferior a esas tasaciones, el enriquecimiento injusto de los bancos, la imposibilidad del ejecutado de hacer valer en juicio determinadas causas de oposición, la aplicación antisocial de las normas, la ausencia de responsabilidad de los partícipes directos de las causas de la crisis económica... Éstos y otros argumentos del mismo tenor han sido y están siendo utilizados por algunos jueces de primera instancia para resolver los conflictos que se les plantean “con arreglo a la justicia”, pero sus resoluciones suelen ser revocadas por las Audiencias Provinciales, por ser “justas pero no legales”⁴.

Aunque quizás **una de las acciones más relevantes** en este ámbito ha sido la **cuestión prejudicial** planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por el **Juzgado de lo Mercantil num.3 de Barcelona**, en la que se pregunta por la posible incompatibilidad del procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en la LEC con la Directiva europea sobre los derechos de los consumidores. Esta cuestión ha dado lugar en el pasado mes de noviembre a que la **Abogada General del TJUE** haya considerado, en el apartado primero de sus *Recomendaciones* que “un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo, ni en el procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en la Directiva, por ejemplo mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la

⁴ Hay varios reportajes periodísticos que recogen el tema. Por ejemplo: http://politica.elpais.com/politica/2012/11/03/actualidad/1351974905_738358.html, y <http://elideario.com/reportaje-jueces-contra-desahucios/>

ejecución forzosa”.

En fin, podrían ponerse otros ejemplos de colectivos e instituciones preocupados por los derechos de los ciudadanos sometidos a procedimientos hipotecarios. Valga citar para terminar este apartado la carta conjunta que **los Defensores del Pueblo de cinco países latinoamericanos** -Ecuador, Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela- han enviado recientemente a la **Relatora Especial de la ONU para una vivienda adecuada**, en la que muestran su profunda preocupación por los derechos de sus nacionales residentes en España con problemas para pagar las hipotecas.

Y en ese mismo sentido, los Informes de los dos últimos Relatores Especiales a cuya Relatoría los Defensores hacen referencia (el Sr. Miloon Kothari y la Sra Raquel Rolnik). El primero, en su *Informe* de febrero de 2008 ya observaba los efectos negativos sobre una vivienda adecuada en España estaban produciendo determinados factores económicos y financieros, claramente la especulación generalizada. Lo elevado de los precios y la falta de parques de vivienda pública, en particular de viviendas de alquiler, ya afectaban a grandes sectores de la población, en una época en que la crisis económica no había estallado.

Para el Relator, uno de los elementos más significativos de la política de vivienda de España, en comparación con la de otros países de la Unión Europea, era la **prioridad que se asignaba en los últimos decenios al modelo de la propiedad de la vivienda** mediante instrumentos como la política impositiva y los planes de vivienda pública. En consecuencia, el Relator Especial llamaba a reflexionar seriamente sobre el funcionamiento del mercado, el modelo de propiedad de la vivienda y su posible efecto negativo en las posibilidades de vivienda económica.

Al final de su Informe, el Relator Especial formulaba una serie de recomendaciones que a su juicio eran necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales e internacionales de España. Entre esas recomendaciones estaba la de adoptar una política nacional de vivienda amplia y coordinada, basada en los derechos humanos y en la protección de los más vulnerables, y la de penalizar enérgicamente prácticas tales como el uso de violencia o presiones para obtener desalojos, la corrupción y la discriminación en el sector inmobiliario. El Relator Especial exhortaba, además, a la atención inmediata a grupos concretos vulnerables como las mujeres, los jóvenes, los ancianos, las personas con discapacidad, las comunidades romaníes (de gitanos), los migrantes y los sin hogar, y a que se asegurase la posibilidad de recurrir a la justicia para hacer valer el derecho a una vivienda adecuada.

En cuanto a la actual Relatora Especial de la ONU sobre el derecho a la vivienda, la Sra Raquel Rolnik, tras su visita a España realizó algunas consideraciones de interés en el *“Informe sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado”* con fecha de

agosto de 2012, un Informe de carácter general pero en el que España tiene cierto protagonismo.

Entre las ideas generales que contiene el Informe destaca la de la transformación que ha sufrido el concepto de vivienda adecuada, la cual ha dejado de considerarse un bien social para convertirse en un producto comercial y una estrategia de las familias para acumular riqueza y asegurar su bienestar. La **vivienda**, para la Relatora Especial, ha pasado a ser un **activo financiero** (“bienes inmuebles”), y cada vez se regulan más los mercados inmobiliarios para promoverlos aspectos financieros de la vivienda en vez de sus aspectos sociales. El sector inmobiliario se considera como una fuerza que puede impulsar el crecimiento económico continuado y sostenible.

No obstante, continúa el Informe, la financiación de la vivienda basada en el mercado ha fomentado la creación generalizada de burbujas en los precios inmobiliarios y una disminución de la asequibilidad, contribuyendo apenas a promover el acceso de los más pobres a viviendas adecuadas y asequibles (entre los años 1997 y 2004, los precios medios de la vivienda aumentaron un 149% en España, al mismo tiempo que los alquileres de las viviendas. Ello impidió a las familias con menos recursos acceder a viviendas adecuadas sin sobreendeudarse).

La conclusión que puede extraerse de lo descrito en este punto es que tanto dentro como fuera de España no ha dejado de ponerse en duda el sistema hipotecario español, su compatibilidad con el respeto al derecho a la vivienda (y los derechos a ella vinculados) y, concretamente, la compatibilidad del procedimiento de ejecución hipotecaria con la efectividad del derecho a un juicio equitativo. Existe en estos momentos un sentimiento general de impotencia y frustración, entre juristas y en la sociedad en general, ante la obligación de atenerse a una normativa –como la que regula la ejecución hipotecaria, núcleo central del objeto de esta *DEMANDA*– que resulta a todas luces insuficiente para resolver los conflictos de una realidad que esa misma normativa esconde o no permite ver.

d) El papel del Estado

Llegados a este punto debemos preguntarnos siquiera brevemente por el papel de los poderes públicos en esta cuestión, por las obligaciones positivas que recaen sobre ellos y de cuya realización depende la efectividad de determinados derechos reconocidos por el Convenio.

Como se ha visto en los apartados anteriores, **el Estado ha sido en buena medida responsable** de la burbuja inmobiliaria que lastra la economía española (pueden verse al respecto los Informes ya citados de los Relatores Especiales de la ONU para el derecho a la vivienda). Mientras que sus políticas han ido dirigidas a estimular la compra de viviendas con precios que se

disparaban y no a incentivar los alquileres sociales para rentas medias y bajas, el control sobre los graves desajustes de ese mercado así como la fiscalización de las malas prácticas bancarias han brillado por su ausencia, favoreciendo todo ello la compra en propiedad a altos precios, la suscripción de hipotecas abusivas y el endeudamiento excesivo de las familias.

Ahora que la crisis pone en peligro las condiciones de supervivencia básicas de las personas, las condiciones que garantizan la dignidad humana de esas familias ¿no debería el Estado protegerlas frente a otros intereses? En esa dirección, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en defensa del principio de protección efectiva de los derechos, que **existen obligaciones positivas implícitas en los artículos 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13 y 14** (tres de ellos –arts.6, 8, 13 y 14– implicados en la *DEMANDA* objeto de este recurso), obligaciones de los poderes públicos de procurar alternativas que restauren los derechos que se están viendo afectados o, al menos, mitigar las graves consecuencias derivadas para sus titulares en situación de vulnerabilidad.

En este sentido, el Informe del Defensor del Pueblo español citado anteriormente reclama la **necesidad de extender los beneficios que ya recibe la banca al otro lado de la relación, al cliente sobreendeudado** que va a perder su vivienda y al que le acecha el peligro de exclusión social. Y así afirma que “las medidas de política económica, como el rescate a la banca en dificultades, deberían en justicia extenderse de algún modo a los deudores de buena fe, y no solo por obvias razones de equidad, sino porque al igual que la inyección de liquidez a las entidades de crédito está justificada en nombre del interés general afectado, también en la crisis de los particulares hipotecados está en juego la confianza en nuestro sistema financiero” (*Crisis económica...*, p.11).

Ciertamente, hasta ahora las medidas gubernamentales han ido dirigidas fundamentalmente a apoyar a las entidades financieras, y **las acciones a favor de los derechos de los ciudadanos han sido muy tímidas**. El Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, elevó el nivel de inembargabilidad en el caso de deudores que hubieran perdido su vivienda habitual hasta el 150% del salario mínimo interprofesional, aumento del 50% al 60% del valor de tasación el límite mínimo para la adjudicación del inmueble y redujo al 20% el depósito exigido para tomar parte en la subasta. Más tarde el RD Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios, aprobó el denominado “Código de Buenas Prácticas”. Y en noviembre, tras la alarma social que produjo el suicidio de una mujer que iba a ser desahuciada, se aprobó el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

Sin embargo, pese a ser acciones que muestran tímidos cambios (pero que sobre todo demuestran que la situación es injusta y debe cambiarse), lo cierto es que las medidas que establecen **no han producido el resultado**

teóricamente perseguido. Fundamentalmente por las estrictas condiciones para fijar las personas que pueden acogerse a las ellas, lo que supone que sólo un porcentaje muy reducido, en la pobreza más absoluta, pueda acogerse a dichos beneficios.

En realidad, si lo que se pretende es **la efectiva protección de los derechos** de los ciudadanos en este ámbito (consumidores, deudores hipotecarios), ese **objetivo pasa por cambiar la legislación** hipotecaria y la legislación que regula el proceso de ejecución (esto es lo que en último término requiere la solución que plantea la presente *DEMANDA* pues, como se verá, es esta legislación la que vulnera de principio los derechos del demandante en el *CASO* concreto).

Esta actuación exigible a los poderes públicos de cambiar la normativa en una dirección respetuosa, protectora y promotora de los derechos humanos no es ni desproporcionada ni exótica. **Otros países del entorno europeo** han adoptado hace tiempo una legislación que busca soluciones más acordes al respeto a los derechos de la parte más débil, el deudor hipotecario. En Alemania existe una Ley de 1994, en vigor desde 1999, que permite al “deudor de buena fe” exponer las razones de su situación, de forma que puede modular la deuda o incluso liquidarla si no caben otras alternativas. En Francia, el sistema del Código de Consumo permite al juez conocer el tipo de contrato firmado y las características de la deuda contraída, pudiendo intervenir para aplazar, en su caso y si existe justificación para ello, el plazo de las sumas debidas, o incluso ajustar los intereses a una tasa reducida. Por su parte, en Italia se ha establecido un sistema para ajustar los tipos de interés pactados al tipo marcado por el Banco Central Europeo, a lo largo del tiempo y de forma gradual.

Puede decirse que es en esa dirección más garantista de los derechos hacia donde apunta el Tribunal cuando afirma que **“eliminar lo que se percibe como injusticias sociales figura entre las tareas del legislador democrático (...)** *El margen de apreciación se extiende lo suficiente para englobar una legislación destinada a asegurar una mayor justicia social en la materia, incluso cuando tal legislación interfiere en las relaciones contractuales entre particulares, y no confiere ninguna ventaja directa al Estado o a la colectividad en su conjunto”* (*James y otros vs. Reino Unido*, 1986).

En conclusión, **la actuación en España de los poderes públicos ha sido claramente insuficiente.** De una parte, porque el Estado es responsable de la política de vivienda de los últimos años, y de sus consecuencias perjudiciales para los particulares; de otra, porque una vez metidos de lleno en la crisis, el apoyo a la banca con dinero público no se ha visto acompañado de una imposición a la misma de las correspondientes y mínimas cuotas de responsabilidad legal en lo ocurrido, ni ha tenido reflejo en el comportamiento de aquella respecto de la posición del ciudadano más necesitado. Pero además, y de modo fundamental para lo que a esta *DEMANDA* interesa, porque no han sido

adoptadas medidas legislativas eficaces y efectivas para garantizar a los ciudadanos –frente a la acción de las entidades acreedoras– el nivel mínimo de protección de sus derechos.

e) Los derechos civiles y sociales

Finalmente, antes de abordar la vulneración que el Caso objeto de esta DEMANDA inflige sobre determinados derechos reconocidos por el Convenio y sus Protocolos, resulta pertinente hacer una breve reflexión sobre la vinculación que los derechos sociales –como es el derecho a la vivienda– tienen con la efectividad de los derechos civiles, pues dicha relación está muy presente en aquél.

En efecto, que existe una relación directa y clara entre los derechos negativos provenientes de la tradición liberal y los derechos sociales (y por lo tanto que no es posible establecer una distinción tajante entre unos y otros), es algo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido desde hace tiempo. Así, en el *Caso Airey vs. Irlanda*, mantuvo que:

“Mientras que el Convenio establece una serie de derechos de carácter esencialmente civil y político, algunos de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica o social. El Tribunal considera por ello... que una interpretación del Convenio que pudiera extenderse hacia la esfera de los derechos sociales y económicos, no es un elemento decisivo contrario a dicha interpretación; no existe una separación drástica entre esa esfera y lo recogido por el Convenio”.

Y es que la mera observación de la realidad nos muestra que los derechos humanos, en su conjunto, se encuentran estrechamente interconectados, y que ejercen una continua y recíproca influencia unos sobre otros. De hecho, el Tribunal ya ha aplicado la proyección de los derechos reconocidos en el Convenio sobre el ámbito de los derechos económicos y sociales. Al aplicar artículos como el 6, que reconoce el derecho al proceso debido (*McCann vs. Reino Unido*, 2008); el artículo 14, que prohíbe la discriminación (*Stec vs. Reino Unido*, 2005); o el artículo 1 del Protocolo Adicional, que reconoce el derecho de propiedad, bien considerado aisladamente, bien en relación con el artículo 14 del Convenio (*Gaygusuz vs. Austria*, 1996; *Stec vs. Reino Unido*, 2006; *Andrejeva vs. Letonia*, 2008).

Por lo demás, otros derechos civiles se configuran y delimitan en buena medida por la concurrencia de los derechos sociales, por lo que puede decirse que la eficacia de los primeros depende de la de los segundos. Así, por ejemplo, el artículo 8 del Convenio, el derecho a la intimidad familiar, no puede entenderse sin la concurrencia de una vivienda digna, por lo que arrebatar ésta

a una familia sin alternativa habitacional debe apoyarse en argumentos lo suficientemente fuertes (no solo de pura legalidad) como para que no se considere una acción desproporcionada e irrazonable. Y lo mismo podría decirse del derecho de propiedad reconocido por el artículo 1 del Protocolo Primero, pues la función social de la propiedad que constituye la vivienda familiar de una familia con pocos recursos otorga a esa propiedad una cualificación diferente a la propiedad de un inmueble que legítimamente se adquiere con objetivos especulativos.

Ciertamente, la progresiva efectividad de los derechos económicos y sociales debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento y en cada Estado concreto, y es evidente que 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, como se ha dicho en el apartado anterior, la existencia de un margen de discrecionalidad no exime a los Estados de hacer frente a tales obligaciones positivas. 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 el Convenio y en la propia Constitución, lo que implica necesariamente una interpretación y comprensión conjunta de todos los derechos, civiles y sociales.

2. VULNERACIÓN DE DERECHOS

A continuación se exponen los argumentos de esta *DEMANDA* para sostener la vulneración por parte del Estado español de los siguientes artículos del Convenio y Protocolos:

- Artículo 6 del Convenio: derecho a un juicio equitativo.
- Artículo 14 del Convenio: prohibición de discriminación en relación con otros derechos del Convenio.
- Artículo 13 del Convenio: derecho a un recurso efectivo.
- Artículo 8 del Convenio: derecho a la intimidad familiar.
- Artículo 1 del Protocolo Adicional: derecho a la propiedad.

Como se verá enseguida, es la directa vulneración de derechos de carácter formal (tutela judicial, igualdad procesal, recurso efectivo) la que produce la vulneración mediata de derechos de carácter material (intimidad familiar y propiedad).

El planteamiento de la *DEMANDA* es el siguiente:

Como se ha relatado en el apartado dedicado a los HECHOS, el *DEMANDANTE* suscribió un contrato hipotecario con el que compró una vivienda para su familia, al resultar el pago de la letra correspondiente prácticamente igual a lo que pagaba como alquiler. La desgracia de un accidente laboral, su despido de la empresa, los pocos ingresos de la esposa dedicada a la limpieza y dos hijos menores que sacar adelante, no impidieron que durante un tiempo satisficiera sus obligaciones con el banco acreedor, bien del total de la letra, bien de lo relativo a los intereses, lo que demuestra que estamos ante un “deudor de buena fe”, que no paga no porque no quiere sino porque circunstancias sobrevenidas e insuperables se lo impiden. Sin embargo, llegó un momento en que la entidad bancaria no quiso renegociar más el contrato y procedió a solicitar la ejecución judicial del contrato hipotecario, ejecución que de llevarse a cabo supondrá la pérdida de la vivienda familiar por parte del *DEMANDANTE* y, dada la precariedad económica de la familia, su lanzamiento a la marginación social.

Como se ha relatado también en los hechos, conforme a la legislación hipotecaria española, la persona que incumple el contrato hipotecario, es decir, que deja de pagar la hipoteca, no tiene derecho, en el transcurso del juicio ejecutivo hipotecario establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a explicar los motivos y circunstancias del impago, ni a invocar posibles nulidades relativas a las circunstancias en que se suscribió tanto la obligación garantizada como la garantía hipotecaria, o relativas al mismo contenido objetivo de las cláusulas contractuales, eventualmente determinante de su carácter abusivo, por lo que la subasta de su vivienda y el inmediato desahucio se producen de forma automática.

En consecuencia, los preceptos del ordenamiento jurídico español que son considerados contrarios al Convenio y los Protocolos mencionados, por vulnerar los derechos del *DEMANDANTE* son los artículos 695 y 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), por integrar obstáculos o trabas arbitrarios que impiden la tutela judicial efectiva que le garantiza el Convenio, porque faltan a la equidad de las partes en el proceso, porque le impiden un recurso efectivo para proteger algunos derechos reconocidos por el Convenio, porque no se justifican en medidas necesarias para una sociedad democrática, y porque suponen consecuencias negativas desproporcionadas para la intimidad familiar y la protección de la propiedad de la vivienda familiar.

La posición de la demanda es que esta regulación legislativa supone una carencia de medios de defensa efectiva del *DEMANDANTE*, y, en consecuencia, viola los derechos contemplados en el Convenio y en el Protocolo mencionados.

Todo ello con base en los siguientes argumentos.

A. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO: DERECHO A UN JUICIO EQUITATIVO

El primero de los derechos del *DEMANDANTE* que se considera vulnerado por la legislación española citada es el derecho a un proceso equitativo, recogido en el art. 6 del Convenio en los siguientes términos:

Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (...).

Este derecho tiene por objeto que el justiciable pueda obtener una resolución judicial sobre sus derechos y obligaciones ajustada a Derecho, favorable o no a las pretensiones en juego. Y para que ello pueda producirse es **esencial que los órganos judiciales competentes hayan examinado y tenido en cuenta todos los elementos fácticos y jurídicos objetivamente pertinentes para la justa resolución del asunto**. Y es precisamente esta circunstancia la que no se da en el presente CASO.

Efectivamente, como se deduce de lo descrito en el apartado III de esta *DEMANDA*, el ahora recurrente no tuvo la oportunidad de invocar ni las posibles causas de nulidad del contrato (el consentimiento viciado de la voluntad, pues no fue claramente informado de determinadas cláusulas del mismo muy relevantes para sus intereses; o la existencia de otras cláusulas que podrían resultar abusivas), ni la desproporción que la ejecución del contrato y el consecuente desahucio supondría en relación con los derechos afectados por el mismo.

Los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que **impiden la posibilidad de que el juez realice un juicio de ponderación de los intereses en juego** son los artículos 695 y 698:

Artículo 695: Oposición a la ejecución.

1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se

admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

- 1. Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.*
- 2. Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. (...)*
- 3. En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.*

Artículo 698: Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores.

- 1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.*

En cuanto al primero, el artículo 695 LEC, ninguno de los motivos que contempla incluye la posibilidad de examinar las concretas condiciones y circunstancias específicas en que se ha producido el impago por parte del *DEMANDANTE*, lo que produce indefensión y vulnera el artículo 6 del Convenio.

Ciertamente, el artículo 698 LEC prevé la posibilidad de que el demandante formule alegaciones en “el juicio que corresponda”, pero al existir en este Caso concreto varios derechos humanos en juego (al menos la intimidad familiar y el derecho de propiedad de la vivienda familiar, además de otros intereses especialmente protegibles como el de los menores hijos del demandante), enviar al deudor a un procedimiento diferente y ulterior que no impide la intromisión irreparable en ellos (pues no suspende la ejecución y no evita la pérdida de la propiedad y el desahucio), pone en duda razonable la protección real, es decir la efectividad, de esos derechos. Por ello, como

complementario del anterior, debe considerarse también vulnerador del artículo 6.

En las resoluciones que dan lugar a la presente **DEMANDA no se examina**, pues no es posible hacer según la Ley, **el fondo de la oposición**, ni la veracidad o credibilidad de la tesis que desea sustentar la parte ejecutada (el ahora **DEMANDANTE**). Sin embargo, si los argumentos expuestos en el Incidente de nulidad se analizasen desde una perspectiva de derecho material veríamos que **sí resultan relevantes** respecto de la procedencia o no de la continuación de la ejecución contra la vivienda familiar. ¿Qué podría haber alegado el ahora recurrente si el procedimiento se lo hubiera permitido? Al menos, lo siguiente.

En primer lugar, el comportamiento poco responsable, cuando no engañoso, de la entidad bancaria. Ésta, desde su posición privilegiada respecto del **DEMANDANTE**, es culpable tanto de la **falta de información** del deudor hipotecario, ahora recurrente, como de las **cláusulas abusivas** relatadas en los puntos 7 a 10 de los hechos, a las que nos remitimos. Hasta tal punto esto es así que puede hablarse de **vicio en el consentimiento** del deudor en el momento de firmar el contrato hipotecario. Téngase presente, por ejemplo, la cuestión relativa a la tasación del bien objeto de la hipoteca, la vivienda familiar. Dicha tasación se llevó a cabo por una entidad tasadora contratada por el banco (y pagada por el deudor), que emitió el certificado de tasación que da a la vivienda un valor concreto. Como es natural, éste hizo suponer al deudor que, llegado el caso, contaba con una garantía suficiente para afrontar la deuda, reduciendo en él de forma drástica la percepción de riesgo financiero en el que incurría con la firma del préstamo hipotecario. Sin embargo, esto no es así porque en la actualidad el importe obtenido en una hipotética subasta sería mucho menor al valor de la tasación, y porque en España no existe la posibilidad de reclamar y obtener la dación en pago (sólo cabe si la entidad bancaria quiere).

Y en segundo lugar, si el procedimiento se lo hubiera permitido, el **DEMANDANTE** podría haber alegado argumentos que revelan que la consecuencia de la ejecución hipotecaria provoca una **intromisión desproporcionada e irrazonable en otros derechos humanos**, como trataremos de argumentar más tarde, en los puntos relativos a la vulneración del artículo 8 del Convenio y del artículo 1 del Protocolo Adicional.

Resulta entonces evidente que las especiales circunstancias fácticas y los antecedentes contractuales previos a la demanda de ejecución generan una situación jurídica relevante, que sin embargo no puede ser tenida en cuenta por la instancia judicial ni al resolver la hipotética oposición ni al resolver el incidente de nulidad pues, atendiendo al principio de legalidad, **se obliga al juez a aplicar los claros términos de los artículo 695 y 698 de la LEC**. Éstos, resulta claro en este **CASO** (pero también en otros muchos) impiden que

se realice el juicio de ponderación (y en consecuencia, que se garantice adecuadamente el derecho a la defensa del *DEMANDANTE*), y muestran el evidente incumplimiento por parte del legislador español de promover la máxima defensa de las partes en el proceso, es decir, de dotar de efectividad a la tutela judicial, una efectividad que en este caso queda absolutamente desdibujada, haciendo irreconocible el derecho protegido por el artículo 6 del Convenio.

Como trataremos de argumentar enseguida, aun cuando el objetivo de la legislación fuese legítimo, la imposibilidad de alegar por parte del deudor lo que interesa a su posición (salvaguardar su intimidad familiar, así como la propiedad que es su vivienda familiar), valorada a la luz de las circunstancias singulares del Caso, hacen de esa imposibilidad una restricción desproporcionada de su derecho efectivo a un juicio justo.

En este sentido, parece aceptado por gran parte de la doctrina que “un Estado puede **violar derechos fundamentales si**, por ejemplo, **sus tribunales contribuyen a ejecutar un contrato privado** que contiene cláusulas discriminatorias” (H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, citado y defendido por J.Casadevall, en *Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, p.155); y que “si en un contencioso privado, **un derecho de los garantizados en el Convenio no recibe una protección judicial suficiente**, se debe poder formular una demanda contra el Estado por no haber asegurado –bien sea el legislador, bien sea el órgano jurisdiccional- el ejercicio de aquel derecho garantizado” (V. Coussirat-Coustère, *CEDH et droit interne*, 1992, citado por J.Casadevall, p.156). A juicio del *DEMANDANTE*, el Caso que nos ocupa encaja perfectamente, por todo lo relatado, en las ideas sostenidas por ambas citas.

Ciertamente, el **Convenio plantea la posibilidad de que en determinadas circunstancias puedan establecerse algunas restricciones a los derechos en él garantizados**. Pero debe tenerse presente que la condición para admitir esas limitaciones es que estén prevista en la ley, que concurra en ellas un objetivo legítimo, que exista proporcionalidad entre los objetivos que persiguen y la afectación del derecho limitado, y que resulten necesarias en una sociedad democrática.

En el presente caso se constata fácilmente que **existe una limitación** a la tutela judicial o juicio efectivo. El propio Tribunal Constitucional español lo ha reconocido en el Auto 113/2001, de 19 de julio, cuando afirma que “al constituir la hipoteca se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentánea disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución” (se abordará este tema al hablar más adelante de la vulneración del artículo 13 del Convenio). También se verifica que la limitación está “**prevista por la ley**”, concretamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 695 y 698). En cuanto a la finalidad u **objetivo legítimos**, puede aceptarse que también estos concurren, pues el

Legislador puede argumentar que lo que se pretende con estas limitaciones es asegurar el cobro por parte de la entidad financiera acreedora de un crédito impagado conforme al contrato hipotecario.

Sin embargo, este *DEMANDANTE* entiende que no estamos ante medidas proporcionales a los objetivos perseguidos y, además, que no son medidas necesarias en una sociedad democrática.

No estamos ante medidas proporcionales porque, como se ha comentado al principio de este apartado, y como se va a ir viendo a lo largo de esta demanda, limitan los derechos del recurrente de tal manera que los hace irreconocibles, inefectivos. En buena medida por la “calidad del daño” en los derechos que produce la intromisión (indefensión que impide proteger adecuadamente la propiedad vivienda habitual, y con ella la privacidad familiar), y en buena medida porque el daño que se produce en ellos es irreversible (más aún si, como se verá más adelante, se trata de una familia sin alternativa habitacional, con peligro de exclusión social).

Pero además, **no estamos ante medidas necesarias en una sociedad democrática**. El Tribunal ha entendido que una sociedad democrática es aquella caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura (*Handyside vs. Reino Unido*, 1976); y ha declarado que sus componentes esenciales son la preeminencia del derecho, la libertad de expresión y la libertad del debate político. Por lo que a este *DEMANDA* interesa, el principio de preeminencia del derecho implica que las injerencias (tanto de los poderes públicos como de los particulares) sobre el ejercicio de los derechos de las personas deben estar sujetas a un control efectivo que debe corresponder al Poder Judicial, ya que el control judicial es el que ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y procedimiento adecuado (*Klass y otros vs. Alemania*, 1978). A partir de este planteamiento, es difícil encontrar motivos suficientes (“necesarios en una sociedad democrática”) que justifiquen limitar el principio de contradicción y la igualdad de armas en el procedimiento ejecutivo hipotecario. Más aún cuando, si nos fijamos en los llamados **estándares europeos**. En este ámbito, observamos que una mayoría de Estados miembros (nos remitimos al apartado III.1.d) ha evolucionado hacia un procedimiento ejecutivo que ofrece al deudor la garantía de la intervención de un juez con mayores atribuciones y con la capacidad de llevar a cabo un verdadero juicio de ponderación de los intereses de las partes (*Fretté vs. Francia*, 2002), algo que no sucede en el procedimiento español.

Finalmente, para terminar la argumentación sobre la vulneración al *DEMANDANTE* del derecho a un juicio equitativo, se entiende que también otras circunstancias deberían al menos ser tenidas en cuenta en el presente Caso. Sin duda la decisión de comprar una casa en el contexto de política de vivienda en propiedad descrito en el apartado III.1 de este escrito. La voluntad de dar a la familia reagrupada (recordemos que el *DEMANDANTE*, como su

esposa e hijo mayor, son de origen ecuatoriano) un hogar, nada suntuario por cierto (63 metros cuadrados habitables, barrio popular de Madrid), en el que desarrollar la vida en común. La buena fe del deudor ahora *DEMANDANTE*, demostrada tanto en la firma confiada de lo que es un contrato de adhesión (el contrato hipotecario), como con el pago puntual de las letras hasta el momento en que le resultó absolutamente imposible compaginarlo con la propia supervivencia. El cambio drástico de las circunstancias, es decir, su accidente laboral, su despido mientras estaba de baja, el colapso del mercado de trabajo, que podría reclamar la aplicación del principio *rebus sic stantibus*. La especial vulnerabilidad (*Connors vs. United Kingdom*, 2004) al ser inmigrantes (aunque hayan obtenido recientemente la doble nacionalidad) sin familia en España en condiciones de echarles una mano.

Ciertamente, del artículo 6.1 y del derecho a un juicio justo no derivan derechos sociales de índole sustantiva. Sin embargo, el Convenio sí garantiza que éstos, si están recogidos por el ordenamiento nacional, puedan ser examinados judicialmente con arreglo a procedimientos con las debidas garantías (*McCann vs. Reino Unido*, 2008), es decir, garantiza que al menos exista la posibilidad de un juicio de ponderación por el órgano judicial que asegure la igualdad de las partes, la contradicción y, en definitiva, un juicio justo. Una circunstancia que, a la vista de lo descrito hasta aquí, no concurre en el Caso que da lugar a la presente *DEMANDA*.

Si por último, a todo lo argumentado hasta aquí para este Caso concreto, añadimos algunas de las observaciones ya señaladas al comienzo de este escrito (ausencia de política social de vivienda por parte del Estado, desigualdad de trato por éste a las entidades bancarias y a los deudores, alarma social y rechazo a las circunstancias en las que se producen los desahucios, activismo judicial que pone en duda la constitucionalidad de las normas aquí señaladas como vulneradoras de los derechos del *DEMANDANTE*, posición en la misma dirección de la Abogada General del TJUE, los Informes de los Relatores de Naciones Unidas para la vivienda adecuada, un derecho comparado mucho más garantista para el deudor hipotecario en difícil situación económica...), entonces deberemos concluir que la legislación española señalada (los artículos 695 y 698 LEC) vulnera el artículo 6.1 del Convenio.

B. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO: PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 6.1

Lo visto en el apartado anterior revela una clara situación de desigualdad procesal entre la entidad bancaria y el deudor hipotecario, que este *DEMANDANTE* entiende que vulnera el derecho fundamental del artículo 14 del Convenio, en relación con el artículo 6.1.

El artículo 14 dispone:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra.

Como se ha visto, el procedimiento de ejecución hipotecaria que se aplica al recurrente por el Auto impugnado, en virtud de los ya tantas veces citados artículos 695 y 698 LEC, adolece de falta de igualdad de armas.

En efecto, las dos partes no disponen ni de lejos de las mismas posibilidades y facilidades para defender su causa, manteniéndose la entidad bancaria en clara ventaja respecto la parte deudora. En primer lugar, no han estado las partes en la misma posición en el momento de firmar el contrato (ya se señaló que el contrato hipotecario es un simple contrato de adhesión en el que no se garantiza la correcta comprensión de las cláusulas del mismo por parte de la parte más débil; también se indicó la relación privilegiada entre la tasadora y el banco, y sus consecuencias para el deudor de buena fe). Pero lo más importante para lo que a esta demanda interesa, **no hay igualdad de armas en el proceso ejecutivo** (no se da la posibilidad al deudor de alegar en igualdad de condiciones que el acreedor), pues, como se ha dicho, no puede aportar los hechos, argumentos, documentos y observaciones que estime necesarios para su defensa, ya que las alegaciones que puede hacer están estrictamente tasadas por una Ley (art.695 LEC) que ignora el principio contradictorio fijado por el Tribunal (por ej. en *Lobo Machado vs. Portugal*, 1996, y en *Vermeulen vs. Bélgica*, 1996).

En el Caso que nos ocupa se cuestiona la igualdad procesal entre el demandante acreedor hipotecario y demandado deudor, a la vista del trato diferente y desproporcionadamente desigual que, en el procedimiento hipotecario, recibe la entidad bancaria y la parte demandada, cuya vivienda familiar está en peligro.

Claro que no se trata solo de constatar el trato desigual que la legislación establece entre las personas para determinados casos, sino esclarecer si esa desigualdad está fundamentada o tiene la finalidad de preservar un bien constitucionalmente protegible, y si la protección de éste resulta proporcionalmente asumible y razonable en relación con la desigualdad que justifica.

Pues bien, si en algún momento (la legislación que aquí se impugna tiene su origen hace más de cien años) existieron argumentos que pudieron justificar la posición de privilegio de las entidades bancarias acreedoras sobre los deudores particulares (fundamentados en la ineficacia a la hora de ejecutar

determinados títulos), en la actualidad dicha prevalencia resulta mucho más difícil de argumentar. Fundamentalmente por estas razones:

La primera es que a día de hoy no parece que se ponga en peligro el sistema crediticio español por el hecho de que los jueces puedan dilucidar (al menos en ciertos casos especialmente graves) la mala praxis de los bancos acreedores y la desproporción que la ejecución hipotecaria (incluso cuando sea legítima) pueda suponer sobre los derechos de los deudores. Ya se ha visto cómo en los países del entorno europeo es algo habitual.

La segunda supone la referencia a la Ley Concursal, la cual, aunque unifica el tratamiento de las situaciones de insolvencia de la personas física y la jurídica, en realidad sigue tratando a esta última de forma privilegiada: la declaración del concurso del ciudadano “en quiebra” no paraliza la ejecución de su vivienda familiar, mientras que eso mismo es lo que sucede en el caso de una entidad mercantil.

La tercera es que no parece ajustado a los principios generales del derecho que las entidades bancarias, protegidas por una posición de privilegio procesal, esquiven la responsabilidad que debe deducirse de sus propios actos, ya que, con carácter general pero sin duda en este Caso concreto, el criterio para conceder un crédito de 170.000€ a una persona que trabaja como albañil autónomo es, cuando menos, discutible.

La cuarta es la “impunidad” que dicha prevalencia o desigualdad otorga al acreedor hipotecario, que ve cómo su posición dominante (asesorado por especialistas frente a un deudor lego en la materia) le garantiza que tanto la desinformación con que trata al deudor en relación con aspectos esenciales del contrato hipotecario, como la incorporación en éste de cláusulas abusivas que podrían convertirlo en nulo (que como hemos visto en este Caso sí han existido), no le acarrea una responsabilidad y consecuencias negativas inmediatas. Frente a ello, el ahora *DEMANDANTE* corre el riesgo cierto de perder todo de forma casi inmediata y con limitadísimos instrumentos de defensa.

En el Caso que nos ocupa **el recurrente no ha podido hacer uso del derecho de contradicción frente al acreedor ejecutante**, pues mientras éste ha podido alegar todo lo que conviene a su interés, fundamentalmente el título ejecutivo y el hecho cierto de la falta de pago por parte del deudor de algunas mensualidades, éste no ha podido invocar a su vez determinadas circunstancias fácticas y antecedentes contractuales previos a la demanda de ejecución jurídicamente relevantes para su interés. La desigualdad es manifiesta, las consecuencias para los derechos del deudor muy graves, la desproporción por lo tanto es patente.

Según el Tribunal (*Thlimmenos vs. Grecia*, 2000), “una distinción es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si no tiene una justificación objetiva

y razonable, es decir, si no persigue una finalidad legítima o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido”. El DEMANDANTE entiende que, en este caso, ni existe finalidad legítima de peso, ni existe relación razonable de proporcionalidad que justifique la tan dispar posición procesal entre él mismo y la entidad acreedora que solicita la ejecución hipotecaria del contrato, ni, como se ha argumentado en el apartado anterior, concurre el presupuesto de necesidad en una sociedad democrática. En consecuencia, se vulnera el artículo 14 del Convenio.

C. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO: DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

El artículo 13 del Convenio establece que:

“Toda persona, cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

Este artículo obliga a los Estados parte del Convenio a establecer mecanismos internos para reparar las eventuales violaciones del Convenio que puedan ocurrir bajo su jurisdicción (*Klass vs. Alemania*, 1978). En caso de que el Estado parte no cumpla con este deber o que los mecanismos existentes no resulten eficientes, entonces puede invocarse el artículo 13 ante el Tribunal.

Ciertamente, el artículo 13 no debe interpretarse como la exigencia de un recurso en la legislación interna para cualquier queja que una persona pueda tener de conformidad con el Convenio, sin importar lo infundada que su petición pueda resultar. La queja debe resultar defendible en los términos del Convenio (*Boyle y Rice vs. Reino Unido*, 1988). Obviamente, un recurso efectivo no garantiza un resultado favorable al peticionario. Lo que un recurso interno efectivo debe permitir a la autoridad competente es tratar el fondo de la petición y en su caso otorgar una reparación apropiada (*Silver y otros vs. Reino Unido*, 1983).

En este sentido, el DEMANDANTE entiende que **el Estado español no dispone a su favor de un mecanismo eficiente para proteger el derecho al juicio equitativo** contemplado por el artículo 6.1 del Convenio y, tal y como ya se ha tratado de argumentar en los epígrafes anteriores, la legislación impide al juez ponderar los elementos de interés jurídico para el Caso. No necesariamente para dar la razón al DEMANDANTE, sino para que al menos éste vea sus argumentos discutidos en igualdad de condiciones que los de la entidad bancaria. El Tribunal ha insistido en que la ley debe contener garantías contra los abusos (*Caso Klass vs. Alemania*, 1978), y ha establecido una relación

estrecha entre esas garantías y la existencia de recursos efectivos que permitan obtener una reparación si los derechos han sido violados. Estas garantías no existen en la legislación española aquí impugnada.

Quizás deba insistirse aquí en que el hecho de que exista la posibilidad de incoar un procedimiento declarativo por la vía ordinaria (lo que prevé el artículo 698 LEC) para demandar las irregularidades o abusos del contrato hipotecario, así como la desproporcionada incidencia en otros derechos fundamentales del deudor, tales como la intimidad, la educación de los menores, o la propiedad privada, no garantiza en absoluto la eficacia del recurso para el *DEMANDANTE*. Es de sobra sabido que la duración de este procedimiento declarativo es mucho mayor que la terminación completa del ejecutivo, con lo cual, una hipotética victoria del deudor en aquél no impediría ni la subasta del inmueble, ni la pérdida de la propiedad del mismo, ni el desahucio, con todas las graves consecuencias –un **daño irreparable**, pues primero se ejecuta y luego se juzga– vinculadas al mismo.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional español, en el Auto 113/2011, de 19 de julio de 2011, con el que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell, entiende que “al constituir la hipoteca se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentánea disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución”. Frente a esta postura debe argüirse que **el deudor, aquí DEMANDANTE, de ningún modo renuncia a la calidad de su derecho a la defensa**. En primer lugar, porque los derechos humanos son indisponibles; en segundo lugar porque sería extravagante plantear esa renuncia como condición para el acceso a un bien de primera necesidad como es la vivienda, articulada la mencionada renuncia por medio de un contrato de adhesión, en el que la entidad financiera impone el contenido; y en tercer lugar, porque esa “eficacia momentánea disminuida” de la que habla la resolución del Tribunal Constitucional en realidad no es momentánea sino permanente, en la medida en que el daño que produce una ejecución sobre los derechos del deudor es, sencillamente, irreparable.

Si, como dice la sentencia del *Caso Keenan vs. Reino Unido* (2001), el efecto del artículo 13 consiste en exigir la existencia de un recurso interno que conozca del aspecto sustantivo de una “petición defendible” de conformidad con el Convenio Europeo, aunque como es natural los Estados contratantes tienen cierta discreción en la manera en que cumplen con los requerimientos de la Convención, **el alcance de la obligación del artículo 13 exige que el recurso exigido sea “efectivo” en la práctica**. En consecuencia, si el recurso al procedimiento declarativo es del todo ineficaz para procurar la garantía de los derechos del *DEMANDANTE*, debe concluirse que existe una vulneración del artículo 13.

Parece evidente en el análisis expuesto, que no existe un recurso interno

eficaz para poder garantizar la necesaria bilateralidad procesal que permita a la que puede calificarse como “parte débil” desde el punto de vista procesal.

La **cuestión** a dilucidar, en definitiva, es si el planteamiento de sumaria ejecutoriedad que subyace en la fundamentación procesal del procedimiento previsto en la normativa interna española es plenamente aplicable al caso concreto que ante este Tribunal se viene a invocar. Es decir, si la absoluta imposibilidad de alegaciones sobre el fondo del asunto impuesta taxativamente por la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos que se vienen a impugnar, cuando se están afectando derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española y en el Convenio, atenta directamente contra ésta última.

Es necesario considerar que **la normativa procesal interna, prevé expresamente la inexistencia de “recursos” contra las decisiones judiciales adoptadas en el procedimiento ejecutivo**: se prevé únicamente la posibilidad de la “oposición”. Es decir, el deudor demandado, como ha quedado expuesto, sólo puede invocar causas que remiten a una suerte de errores materiales que invaliden la ejecución, absolutamente ineficaz para poder permitir dilucidar al juzgador la eventual violación de derechos fundamentales.

De manera genérica, existe también la posibilidad de carácter extraordinario, de plantear ante el mismo órgano juzgador, un incidente de nulidad de actuaciones con las características antes enunciadas, y parece redundante insistir en la clara inadecuación, por su cauce y naturaleza procesal, para satisfacer los necesarios elementos constitutivos de la “eficacia” del eventual recurso.

Esta parte admite, obviamente, la existencia de un procedimiento ejecutivo en los ordenamientos internos de cualquier Estado, pero se considera precisamente, que los caracteres de sumariedad y ejecutoriedad deben ser necesariamente modulados cuando se afectan de forma palmaria, grave e irreparable derechos fundamentales, ofreciendo a la parte demandada (ahora *DEMANDANTE*) los elementos procesales imprescindibles para poder desplegar la eficacia del derecho a la defensa, con especial relevancia en la fase de alegaciones. Esa evidencia resulta aún más relevante aplicada en el contexto social que ha sido desarrollado al inicio de la presente demanda y en el caso individual que fundamenta la misma.

Hasta aquí se han expuesto los argumentos que sostienen la vulneración de tres derechos reconocidos en el Convenio, el derecho a un juicio equitativo (art.6.1), el derecho a no sufrir discriminación en relación con otros derechos reconocidos en el Convenio (art.14), y el derecho a un recurso efectivo para exigir la garantía de estos derechos (art.13). Se trata de tres derechos que, además de tener sustantividad propia, son **derechos de garantía, instrumentales** para la

salvaguarda de otros. Es decir, son tres derechos que, por su naturaleza, también garantizan la posición y expectativas del *DEMANDANTE* en relación con la defensa de otros derechos.

Es por ello que, en este Caso, su vulneración se traduce también en la imposibilidad de proteger adecuadamente, al menos, otros dos derechos: el derecho a la intimidad familiar y el derecho a la propiedad del *DEMANDANTE*, reconocidos por el artículo 8 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo Primero, respectivamente.

Con base en los siguientes argumentos.

D. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO: DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR

El artículo 8 del Convenio reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar, al establecer que

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás

El *derecho a la intimidad familiar* es el derecho a disfrutar de las relaciones familiares sin interferencias externas, e incluye el derecho a vivir con la familia, evidentemente en un hogar familiar que debe ser respetado.

En este sentido, no cabe duda de que la aplicación del procedimiento ejecutivo hipotecario hasta sus últimas consecuencias afecta a la intimidad familiar del *DEMANDANTE*, pues, como ya se ha visto, se trata de un procedimiento dirigido a desposeerle, a él y a su familia, de su vivienda habitual. Debe tenerse presente que, para lo que aquí interesa, esta vivienda es una base material con un valor que va más allá de la simple construcción arquitectónica o del de las expectativas que pudiera ofrecer a su propietario como activo financiero. Si una persona pierde su casa, con ella pierde su refugio y su dignidad.

Es decir, el **valor de la casa** del *DEMANDANTE* va más allá de los 63 metros cuadrados habitables que comprende, pues entronca con aquellos elementos materiales básicos –y mínimos– que toda persona necesita para llevar a cabo una vida digna. Se trata del lugar en el que desarrolla habitualmente y de forma íntima y personal la convivencia familiar, con lo que ello supone para la vida digna que comparte con su mujer y sus hijos. Se muestra, podría decirse, como **inmunidad frente al conocimiento de los demás** y como elemento indispensable para el **libre desarrollo de la personalidad**.

En efecto, quienes pierden su casa y no tienen alternativa habitacional digna (como veremos enseguida es el caso del *DEMANDANTE*), se ven expuestos a la publicidad de determinados aspectos de su vida personal o familiar que desearían mantener en la intimidad pues, en el mejor de los casos, se ven obligados a compartir espacios como albergues o casas de amigos. Más allá de la provisionalidad sin expectativas que esta situación supone para padres e hijos, se pierde con ella el ámbito secreto y privado de sus relaciones, la esfera de tranquilidad, elementos indisociables del ser humano, el cual necesita, solo y en el ámbito reducido de la familia, un espacio exclusivo en el que desarrollar sus vivencias, su afectividad y su personalidad, todo ello al abrigo de la observación de la colectividad. Solo en ese ámbito íntimo pueden desarrollarse dignamente las relaciones afectivas familiares por lo que, con la desposesión de la vivienda, se pone claramente en peligro el derecho a mantener relaciones afectivas familiares de forma natural, algo imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad (*Bruggeman y Scheuten vs. Alemania*, 1977).

En consecuencia, si la vivienda en propiedad no tiene carácter suntuario (algo que en este *Caso* obviamente no sucede), y es el espacio de convivencia del núcleo familiar (no tiene fin especulativo sino que da contenido esencial al derecho a la vivienda y al derecho a la intimidad familiar), debe entenderse que **la expropiación a una familia de ese hogar ha de sostenerse en argumentos muy fuertes, y debe guardar proporcionalidad con el fin perseguido**. Y además debe entenderse que, estando en juego derechos fundamentales de las personas, ese **juicio de ponderación** no ha de quedar en manos de la entidad bancaria, que es parte interesada, sino en manos del juez. Por ello, el solo hecho de que aquellas circunstancias no puedan ser tenidas en cuenta por el órgano judicial que dirige el procedimiento de ejecución hipotecaria -para tenerlas en cuenta o para rechazarlas- debe considerarse que vulnera el derecho a la intimidad familiar protegido por el artículo 8 del Convenio, pues lo deja desprotegido y carente de contenido.

Abundando en ello, esta vulneración de la intimidad familiar del *DEMANDANTE* y su familia se ve subrayada, mas aún, por otras dos circunstancias que deben ser expuestas aquí.

En primer lugar, debe apreciarse la circunstancia de que la vivienda que pretende ser expropiada por la entidad bancaria es el espacio en el que el *DEMANDANTE* ha llevado a cabo una **reagrupación familiar** “de hecho”, es decir, de forma análoga a la que se exige a los extranjeros la normativa de extranjería en España.

El Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 (de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*), aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, exige a los extranjeros que pretendan reagrupar a familiares en España una serie de requisitos, entre los que se encuentra disponer de una vivienda adecuada para atender a sus necesidades y las de su familia, y que habrá de ser su vivienda habitual (artículos del 55 y 61). Se deduce pues de la propia legislación de extranjería la consideración de la “**vivienda adecuada**” como un elemento fundamental de la vida en familia, y eso es precisamente por lo que el *DEMANDANTE* trabajó durante mucho tiempo. Puede decirse que uno de los ejes que le lleva desde la situación de irregularidad administrativa (a su llegada a España en el año 1999) a la obtención de la doble nacionalidad (en 2012) es la unión de los elementos **familia** (su mujer llega al poco de llegar él, también en 1999; su hijo mayor llega en 2003, cuando se regulariza y formaliza su primer alquiler; el hijo pequeño nace en España), **trabajo** (legal desde 2003, cuando consigue regularizarse), y la pequeña **vivienda** en propiedad (en 2005). De este modo, el *DEMANDANTE* ha mostrado un esfuerzo de integración que debe ser valorado en el contexto de este *Caso*. Y debe valorarse por dos razones: porque en ese esfuerzo de integración ha incluido, obviamente, a su familia; y fundamentalmente porque si perdido el empleo (y a expensas de los escasos ingresos de su mujer), pierde ahora la vivienda habitual, su situación personal y la de su familia no tendrán otro camino que el de la exclusión social.

Precisamente, es esta última consideración la segunda circunstancia que se desea subrayar como argumento que demuestra la vulneración del derecho a la intimidad familiar que se produce en este *Caso*. Con la inminente subasta de la vivienda y el consecuente **desahucio** que provoca el procedimiento de ejecución hipotecaria aquí impugnado, se va a privar al *DEMANDANTE* y su familia de su hogar, **sin alternativa real de acceso a una vivienda digna**. Ello aboca a la misma a perder todo aquello que se encuentra protegido como derecho en el límite interior de la vida privada y familiar, descrito más arriba.

La ejecución supone la **exclusión social de la familia**, que se va a ver impotente para remontar una situación de desempleo, la reducción drástica de ingresos, la pérdida de la vivienda y la expulsión de la misma, la deuda hipotecaria pendiente... Aún más, la ejecución pone en riesgo la propia **cohesión de la familia**, pues es muy posible que el *DEMANDANTE* y su mujer deban separarse para encontrar un sitio en el que vivir, o para encontrar trabajo en cualquier sitio. Los hijos habrán de cambiar de colegio e instituto, con las

imaginables implicaciones y secuelas emocionales, que vendrán a unirse a la ya difícil situación económica de la familia.

Frente a esta hipótesis debe defenderse ante todo el derecho a la permanencia en la vivienda, porque desde ella se permite y favorece una mínima estabilidad (emocional, familiar, de seguridad para los menores) desde la que tratar de recuperar con dignidad una situación económica que el ahora recurrente y su familia perdieron por causas ajenas a su responsabilidad.

En este sentido, y aún asumiendo que no cabe la invocación directa (ni en España ni ante el Tribunal) de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas, pero teniendo presente que éstos sí forman parte del ordenamiento interno español una vez han sido válidamente ratificados, debe al menos recordarse una de las **Observaciones Generales del Comité DESC**. Éste, en su Observación general N° 4 (1991), señaló que todas las personas deberían gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desalojo forzoso, el hostigamiento u otras amenazas; indicó que debería aplicarse en ellos todas las garantías procesales necesarias, incluyendo “**una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas**”; y observó que **los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos**, estando obligados los Estados parte a adoptar las medidas necesarias cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos.

En conclusión, con el procedimiento ejecutivo que aquí se impugna, al recurrente (deudor cumplidor y de buena fe) se le priva de un hogar base de las relaciones afectivas de su familia, sin la alternativa ni posibilidad de que acceda a otro en condiciones dignas. Es decir, se condena a la familia con dos menores a vivir en la calle o donde caritativamente se les dé cobijo. Se le priva de todo ello sin que se le haya garantizado un derecho a la defensa y el principio de contradicción de forma adecuada, dando la legislación procesal española como suficiente la posible resolución favorable que en el futuro – cuando el daño sea irreversible y nada pueda recuperarse– pueda deducirse de un procedimiento declarativo. En consecuencia, también se vulnera el artículo 8 del Convenio.

E. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO ADICIONAL: DERECHO A LA PROPIEDAD

El derecho de propiedad está recogido en el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero al CEDH (Protocolo nº1), en los siguientes términos:

*Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes.
Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad*

pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

El argumento sobre la intromisión ilegítima en este derecho, permitida por la Ley de Enjuiciamiento Civil, está muy vinculado a la anterior (sobre el derecho a la intimidad familiar). En efecto, dicha intromisión (que en ambos casos se entiende ilegítima por desproporcionada e irrazonable) viene determinada por la ejecución de un procedimiento judicial que, sin garantías de defensa suficientes para el demandado, está destinado a arrebatar una propiedad al ahora *DEMANDANTE*. Pero no cualquier tipo de propiedad, sino la de su vivienda habitual, la del hogar familiar. Una propiedad que, por eso, pasa a ser derecho social base de otros derechos: una propiedad que, por tanto, está cualificada con una función que sobrepasa con creces el elemento puramente material que toda casa es, y cuya desposesión debe estar rodeada de garantías suficientes para el afectado.

Si, como sucede en el Caso objeto de esta demanda, la casa no es ni lujosa ni prescindible, sino sencillamente digna; si su compra ha estado favorecida por la falta de políticas favorables al alquiler para los más desfavorecidos (como enseguida se verá); si el contrato hipotecario que ahora la pone en peligro se ha hecho de buena fe y en las circunstancias ya descritas anteriormente; si en ella se asienta la relación familiar de personas vulnerables (inmigrantes en proceso de esforzada integración); si viven menores que están escolarizados en centros de enseñanza cercanos; si existe un interés social, una utilidad pública en que las familias de escasos recursos, con alternativa habitacional incierta, no pierdan su propiedad cuando ésta es su vivienda habitual; si el número de casos en España similares al de esta demanda es altísimo; si esto repercute en la deseable cohesión social de todo país ... Si todo ello concurre, debe defenderse que **la vivienda familiar como propiedad está vinculada a la efectiva realización de la libertad y la igualdad** de las personas, pues se trata de un medio material que asegura un espacio íntimo en el que desarrollar autónomamente y en condiciones dignas la convivencia más fundamental. Debe defenderse, en definitiva, que se trata no de cualquier tipo de propiedad, sino de una propiedad cualificada por una **función social**, pues protege al *DEMANDANTE* y su familia (y a muchos otros como ellos) de ver menoscabados algunos de sus derechos civiles y sociales, derechos estos últimos que, como vimos en el inicio de esta demanda, también dan contenido a derechos protegidos por el Convenio.

Es cierto, en cualquier caso, y podría argumentarse frente a lo que acaba de decirse, que **la vivienda familiar** no tiene que ir necesariamente vinculada a la propiedad, pues puede serlo también en **alquiler**. Esto es cierto, e incluso podría decirse que deseable. Sin embargo, como se ha comentado en el apartado dedicado al “Contexto” (véanse en apartado III, por ejemplo, el *Informe* del Defensor del Pueblo, o los de los Relatores de Naciones Unidas para una vivienda adecuada, allí citados), el marco social, legal y económico que ha imperado en España en los últimos años ha impedido esa opción. Baste decir que la falta de vivienda de alquiler asequible para rentas medias y bajas, el descenso de los tipos de interés o la desregulación del mercado financiero, unidos a una política “agresiva” de las entidades crediticias dirigidas precisamente a dar créditos a cuantas más personas mejor, fortaleció una tendencia (la compra de vivienda es “cultural” en España) que prácticamente descartaba optar por alquileres que costaban más que las letras de los contratos de hipoteca. Esta, por lo demás, era justamente la situación del ahora *DEMANDANTE*, que pagaba menos en la mensualidad hipotecaria que en la del arrendamiento de su última vivienda de alquiler.

En consecuencia (y regresando a la esencial función que la propiedad adquiere cuando es vivienda habitual), debe afirmarse que **esa especial cualificación** del derecho reconocido en el artículo 1 del Protocolo 1º **exige una ponderación adecuada** a la hora de calibrar y permitir una intromisión en el mismo.

A partir de este planteamiento, en esta *DEMANDA* no se acusa al Estado por injerencia del mismo en la propiedad privada de una persona, algo que puede hacer dentro de los límites del artículo 1 del Protocolo, sino que se le acusa por no haber asegurado –en este caso el legislador– el ejercicio pleno de ese derecho, al impedir una defensa efectiva en sede judicial (juicio equitativo, en igualdad de condiciones), frente a la expropiación por un tercero.

Ciertamente, el derecho de propiedad aquí implicado debe contemplarse desde **dos puntos de vista**: desde el de quien la pierde y desde el que, en principio o aparentemente con arreglo a Derecho, la gana. En el primer caso, el del *DEMANDANTE*, se habla de un derecho a la propiedad vinculado a bienes jurídicos –vivienda habitual, intimidad familiar, atención de los menores, el derecho a la residencia, al trabajo, a la salud...– que deben gozar de una especial protección. En el segundo, el de la entidad bancaria, se habla del resultado del cobro en principio legítimo de una deuda que trae causa del incumplimiento de un contrato hipotecario. Este “resultado” es la vivienda del demandante, un inmueble ya desprovisto de valor social (se ha convertido en simple activo financiero) que con toda seguridad quedará vacío a la espera de ser vendido, cuando en el futuro, todavía lejano, el mercado inmobiliario español se recupere.

Ya se han relatado aquí las circunstancias del contrato hipotecario que comprometió al ahora *DEMANDANTE*, así como su patente contradicción con la igualdad mínima entre partes. También la tasación interesada y engañosa, o la falta de responsabilidad del banco al firmar una hipoteca que sobreendeudaba a un particular de buena fe pero dedicado a la construcción como albañil. No se va a reiterar de nuevo éstas y otras cuestiones relevantes pero ya citadas. De lo que se trata ahora es de **dilucidar si resulta desproporcionado o no** que una persona (una familia) pueda perder su propiedad (cualificada por ser vivienda familiar y domicilio), en virtud de la resolución de un contrato hipotecario como el que se ha mostrado aquí, sin siquiera tener la posibilidad de alegar ante el juez determinadas circunstancias relativas a dicho contrato que muestren con indicios razonables que éste era engañoso o estaba viciado. Sin tener la posibilidad asimismo de que el juez pondere la desproporción a que puede dar lugar la pérdida de esa vivienda (por los efectos sobre los derechos de quienes la ocupan), ante la aplicación insensible de una ley que defiende la ejecución inmediata y sin matices del derecho legítimo de un banco corresponsable, no solo del sobreendeudamiento del deudor, sino también responsable de la crisis económica que ha llevado a éste a perder el trabajo con el que pagaba la hipoteca. Teniendo en cuenta, además, que una ulterior demostración de mejor derecho en juicio posterior (ex artículo 698 LEC) no habrá evitado la expropiación del hogar, con todas las consecuencias para la familia derivadas de ello.

En relación con el derecho a la propiedad el Tribunal ha afirmado que *“no es suficiente con que una medida privativa de la propiedad persiga un objetivo legítimo, es obligado además que exista una equilibrada relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”* (St. *James y otros vs. Reino Unido*, 1986); y asimismo, que *“en toda decisión que prive a una persona de su propiedad o que reglamente su uso, debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”* (*Back vs. Finlandia*, 2004). Además, en la sentencia que resuelve el *Caso McCann vs. Reino Unido* (2008) precisó que el beneficiario de una vivienda social no podía verse privado de su derecho sin intervención judicial, ya que el derecho a alojamiento debía considerarse como una “propiedad” protegida no sólo en su aspecto sustantivo (por el artículo 1 del Protocolo Adicional) sino también en su aspecto procesal, por el artículo 6.1 del Convenio, en su aspecto relativo a los derechos y obligaciones civiles.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, el *DEMANDANTE* entiende que la respuesta a la pregunta hecha más atrás debe ser que **sí resulta desproporcionado** perder su propiedad vivienda habitual en virtud de la resolución de un contrato hipotecario sin siquiera tener la posibilidad de alegar ante el juez determinadas circunstancias que interesan a su derecho, y que, en consecuencia, se vulnera el derecho a la propiedad y, por lo tanto, el artículo 1 del Protocolo. Esto es así porque si enfrentamos un derecho humano

como la propiedad de un hogar (vinculado a la intimidad familiar, y al derecho a la vivienda como derecho social que dota de contenido específico a los otros dos) a un derecho crediticio (legítimo pero no derecho humano), y le damos ventaja procesal al segundo sobre el primero (impidiendo que el juez pondere las circunstancias del Caso concreto y emita posibles soluciones equitativas), sencillamente estamos vaciando de contenido los derechos humanos que garantizan la posición de los más débiles, en beneficio de los intereses económicos de la parte más fuerte.

IV. Exposición relativa a los requisitos del Artículo 35 § 1 del Convenio

Respecto a las condiciones de admisibilidad que establece el artículo 35.1 del Convenio

Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva,

se manifiesta lo siguiente:

- Sobre la decisión interna definitiva:

Se trata del Auto 324/2012 de fecha 28 de Noviembre, y notificado a la parte demandante en fecha 3 de Diciembre de 2012 a través de su representación procesal, recaído en el Procedimiento de Ejecución Hipotecaria 850/2012 seguido ante el Juzgado de primera Instancia nº 100 del municipio de Madrid. Esta resolución judicial **no es susceptible de recurso alguno**, conforme preceptúa el artículo 228.2 de la Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil:

“(...) Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno.”

Se agota por tanto la finalidad material del procedimiento (ejecutar el bien, la vivienda familiar) y el siguiente momento procesal es la solicitud del ejecutante de que se fije día y hora para la realización de la subasta pública de dicho inmueble. En el presente caso, en la misma fecha en la que se recibe la notificación de desestimación por esta parte demandante, la entidad financiera ejecutante ha solicitado ante el Juzgado dicha diligencia.

En el momento de presentación de esta demanda, nuestros representados se encuentran **a la espera de que el órgano jurisdiccional acuerde la celebración de dicha subasta** que supondrá la pérdida de la propiedad, causando un grave e irreparable perjuicio, conforme queda acreditado en la situación personal y familiar de los demandantes.

En todo momento, esta parte ha **respetado los tiempos y formas preceptuados en la legislación interna española en sus actuaciones procesales.**

- Sobre otras decisiones

El 4 de Octubre de 2012, la parte demandante es notificada POR PRIMERA VEZ del Auto Judicial del Juzgado de Primera Instancia nº 100 del

municipio de Madrid, por el que despacha la ejecución hipotecaria en el procedimiento indicado, interesado por la entidad financiera con la que se había suscrito el contrato de préstamo para la adquisición de la vivienda familiar.

La siguiente decisión judicial notificada a esta parte es la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones que la parte demandante solicita en tiempo y forma ante el mismo órgano que lo había dictado.

- Sobre si disponía el DEMANDANTE de un recurso que no ha ejercitado

El demandante, al ser notificado inicialmente por la resolución mencionada (Auto Judicial) en el anterior punto, NO PUEDE PLANTEAR RECURSO ALGUNO, tal y como se observa al pie del texto literal la misma, por la propia naturaleza ejecutiva del procedimiento, todo ello conforme al art 551.4 de la Ley de enjuiciamiento Civil.

La única actuación procesal que resulta posible es la “**oposición**” por los tasados motivos que se analizan en la presente *DEMANDA* y que, como en ella se defiende, en absoluto garantizan la eficaz defensa de los derechos vulnerados.

En su caso, existiría la **posibilidad de un recurso extraordinario de amparo ante el Tribunal Constitucional**, aunque el mismo NO PODÍA SER TAMPOCO EFICAZ, al haber resuelto con anterioridad este órgano las cuestiones planteadas en el fondo de este escrito, mediante Auto de Inadmisión de cuestión de inconstitucionalidad.

En ese sentido, y respecto a la posible inconstitucionalidad de la norma que pudiera determinar el éxito de un eventual recurso de amparo, **el Tribunal Constitucional español ya se ha pronunciado mediante Auto de 21 de Junio de 2012, que INADMITE la cuestión de inconstitucionalidad** planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell, sobre los arts 695 698 y 597 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil 9.3 (principio de legalidad), 24 (tutela judicial efectiva derecho de defensa) y 47 (derecho a una vivienda digna) de la Constitución Española.

Dicha cuestión de inconstitucionalidad se deriva directamente de la Providencia dictada el 3 de Marzo de 2010, cuyo tenor literal expone:

“En consideración, en primer lugar, a la posible inconstitucionalidad de la regulación legal de la Ley 1/2010, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (LEC), en cuanto a los motivos tasados de oposición a la ejecución hipotecaria, incluso cuando el bien gravado constituye la vivienda habitual del ejecutado (art. 695 LEC), lo que impide cualquier tipo de examen de la concurrencia en el caso concreto de la conditio iuris estructural de toda ejecución hipotecaria, cual es la

procedencia del vencimiento anticipado de la obligación principal garantizada, o de una posible causa de nulidad; en consideración, en segundo lugar, a las condiciones jurídico-procesales en que es remitido el ejecutado a un ulterior proceso declarativo para discutir este tipo de cuestiones (art. 698 LEC), con una incidencia prácticamente nula en el desarrollo y efectos del proceso de ejecución hipotecaria; y en consideración, en tercer lugar, a las condiciones jurídico-procesales en que, en caso de insuficiencia del producto de la venta de la vivienda, puede continuarse la ejecución según la regulación de la ejecución ordinaria (art. 579 LEC), sin la previsión expresa de ninguna nueva fase de oposición según dicha regulación ordinaria (lo que se traduce en una práctica judicial que la omite); en atención a todo ello, procede oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta, en relación con la posible afectación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (artículo 24 de la Constitución), en relación con el principio de igualdad procesal (derivado del artículo 14 de la Constitución), el derecho a la vivienda digna y adecuada (art. 47 de la Constitución) y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución).”

Ante dichas alegaciones, el TC basa su inadmisión en los siguientes fundamentos y jurisprudencia precedente del propio Tribunal:

“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.

Siguiendo la doctrina precedente y en respuesta al aducido carácter insatisfactorio de la remisión legal al correspondiente proceso declarativo para abordar una cognición plena reiteramos en la STC 217/1993, de 30 de junio, FJ 2, (con mención de SSTC anteriores) que este tipo de procedimiento [la ejecución hipotecaria] se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el art. 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquéllos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 de la C.E.¶; doctrina que ha sido recordada por este Tribunal en ulteriores ocasiones (SSTC 269/1993,

de 18 de octubre, FJ 4 y 223/1997, de 4 de diciembre, FFJJ 3 y 5), y confirmada como regla general, tras el surgimiento de algunas dudas en relación con la tutela de terceros poseedores de la finca hipotecada, en nuestra Sentencia del Pleno de este Tribunal 158/1997, de 2 de octubre, FFJJ 5, 6 y 7.”

V. Exposición del objeto de la demanda

El objeto de esta demanda es obtener una resolución del Tribunal que condene a España por la vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 6.1, 8.1, 13 y 14 del Convenio, así como por la vulneración del reconocido por el artículo 1 del Protocolo 1º.

Se espera que dicha vulneración se vincule a la aplicación de la legislación procesal española (concretamente a los artículos 695 y 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) que, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide al deudor invocar y explicar los motivos y circunstancias del impago, ni a invocar posibles nulidades relativas a las circunstancias en que se suscribió tanto la obligación garantizada como la garantía hipotecaria, o relativas al mismo contenido objetivo de las cláusulas contractuales, eventualmente determinante de su carácter abusivo; y que correlativamente impide a los jueces españoles realizar un juicio de ponderación de los intereses de las partes.

Se espera que se considere que la aplicación de los preceptos del ordenamiento jurídico español mencionados integran obstáculos o trabas arbitrarios que vulneran los preceptos del Convenio indicados en el punto anterior, es decir, porque impiden la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente, faltan a la igualdad de partes en el proceso, impiden un recurso efectivo al demandante, y tienen consecuencias negativas desproporcionadas para sus derechos a la intimidad familiar y la propiedad de la vivienda familiar.

VI. Declaración en relación con otras instancias internacionales que estén conociendo o hayan conocido del caso

El demandante no ha sometido ante otra instancia internacional de investigación o de resolución los agravios alegados en la presente demanda.

VII.Lista de documentos aportados

DECISIONES y DILIGENCIAS JUDICIALES

- a) Incoación del procedimiento de ejecución hipotecaria contra Luis Ariolfo : Cédula de notificación y requerimiento, auto de inicio de ejecución y decreto del Secretario Judicial.
- b) Texto del incidente de nulidad de actuaciones presentado y copia sellada de la entrada en Juzgado.
- c) Diligencia de ordenación admitiendo a trámite la nulidad de actuaciones y Auto 324/2012 del Juzgado del Juzgado de Primera Instancia nº 100 de Madrid, desestimando el incidente de nulidad de actuaciones.
- d) Solicitud por parte del Banco LLOYDS INTERNACIONAL al Juzgado de señalamiento de subasta.

OTROS DOCUMENTOS

- e) Escritura Notarial de constitución de préstamo hipotecario entre Luis Ariolfo , Wilson Oswaldo y el BANCO HALIFAX HISPANIA S.A. que contiene: nota simple registral, valor catastral, certificado de tasación e inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad.
- d) Escrito de autorización de venta de la Comunidad de Madrid, firmado por el Director General de Arquitectura y Vivienda, el 10 de Enero en 2005.

VIII. Declaración y firma

Declaro en conciencia que las informaciones que figuran en el presente formulario de demanda son exactas

Madrid, a 18 de enero de 2013