

### 3. Posibles elementos de inconstitucionalidad el proceso de ejecución hipotecaria

---

Guillem Soler Solé  
Magistrado de primera instancia de Sabadell, Barcelona

El presente texto consiste en un conjunto de sintéticas reflexiones sobre la regulación actual del proceso de ejecución hipotecaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) y de la medida en que sus extremadamente restrictivos y exigentes términos pueden generar dudas en cuanto a su constitucionalidad. Se trata de una cuestión compleja que no puede responderse de modo simple y unidireccional, pero la especial coyuntura económica y judicial por la que atraviesa España en estos momentos caracterizada por el aumento exponencial de las demandas de ejecución hipotecaria justifica el abordaje del tema, incluso aunque sea para agotar la perspectiva constitucional de análisis y poder examinar subsiguientemente la normativa referida desde una perspectiva estrictamente legal, tampoco exenta de problemáticas.

En concreto, el núcleo de la reflexión se centra en la posible inconstitucionalidad derivada de la apreciación combinada de los siguientes extremos de la normativa procesal:

- Las extraordinarias limitaciones de la oposición de fondo que puede formular el demandado en ejecución hipotecaria (art. 695 LEC): únicamente el pago y el error en el cálculo de la deuda.
- La remisión imperativa a un proceso declarativo ordinario para el análisis de cualquier cuestión distinta a los motivos de oposición admitidos (art. 698.1 LEC): entre otras cuestiones, el vencimiento de la obligación, es decir, el análisis de las circunstancias en que se ha producido el impago y si las mismas son de suficiente entidad para reputar incumplida la obligación garantizada con la garantía real de hipoteca (por ejemplo, el importe impagado o la variación de circunstancias ajenas o no dependientes del deudor).
- Los débiles efectos jurídicos que este proceso declarativo ulterior puede tener en el proceso de ejecución hipotecaria (art. 698.2, primer párrafo, LEC: en ningún caso la suspensión, sino únicamente la retención del producto de la venta del inmueble) y los exigentes presupuestos que el legislador requiere para que el tribunal acceda a esa mera retención (art. 698.2., segundo párrafo, LEC: prestación de una garantía adecuada).

- La escueta y escasamente garantista para el ejecutado previsión jurídica del art. 579 LEC: si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. Es decir, ni siquiera se prevé que, respecto de la cantidad por la que deba seguirse la ejecución, pueda oponerse según los motivos de oposición a la ejecución general de títulos ejecutivos no judiciales, no tan restrictivos como los propios de la ejecución hipotecaria.

### **1. STC 41/1981 y la justificación de un nuevo pronunciamiento**

Lógicamente, al abordar esta materia, no puede desconocerse la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de diciembre, en la que, al resolver un recurso de amparo, analizó y confirmó la constitucionalidad del antiguo régimen procesal de la Ley hipotecaria, para concluir que eran aceptables las limitaciones a la oposición.

Al respecto se efectúan las siguientes consideraciones:

- En el supuesto de que una normativa legal no haya variado, que no es el presente caso, el TC debería poder valorar de nuevo, 28 años más tarde, su constitucionalidad, al haber cambiado radicalmente la realidad social y la economía sobre la cual deben efectuarse las correspondientes ponderaciones. En todo caso es evidente que esto no impide plantear la cuestión y que sea en fase de admisión a trámite de la cuestión donde se pronuncie el TC en cuanto a si procede entrar a valorar de nuevo la cuestión.
- Como es evidente, la normativa sí ha cambiado y lo que se cuestiona ahora es la actual LEC, no la anterior LEC y Ley hipotecaria entonces vigente.
- De modo muy especial, el supuesto analizado por el TC se refería a la hipoteca constituida entre dos personas jurídicas, la sociedad "C.S. Inmobiliarios, S.A." y el Banco Hipotecario de España, S.A., por lo que no afectaba a un bien inmueble constitutivo de vivienda, derecho constitucional sí afectado en los supuestos que estamos analizando y que precisamente justifica la necesidad de un nuevo pronunciamiento. Por ello los juicios de ponderación constitucional que ahora deberán realizarse son sustancialmente distintos.
- Incluso con independencia de todo ello, aunque ambas legislaciones - la anterior sobre la que se pronunció el TC y la actual respecto de la que se plantean nuevas dudas de inconstitucionalidad- responden a unos mismos principios extraordinariamente restrictivos, en la actual, de un modo puntual y sutil pero sustancial, se han introducido ciertas modificaciones en perjuicio del ejecutado, añadidas a las ya

existentes, de por sí extraordinarias, que generan dudas serias de la constitucionalidad.

- Se trata, en primer lugar, de la eliminación del requerimiento previo obligatorio en el que el prestatario podía efectuar alegaciones (ver apartado H); en segundo lugar, de la información que el ejecutante debía incluir en la demanda (ver apartado H); y, en tercer lugar, de las extraordinariamente exigentes condiciones que se le imponen actualmente al ejecutado para que el procedimiento declarativo al que debe acudir tenga algún efecto en el ejecutivo (ver apartado E).
- De hecho, si se considera que ya no procede un nuevo pronunciamiento del TC, siguiendo esta sencilla *regla de tres*, se llegaría a una conclusión absurda: en cualquier materia en la que ya se haya pronunciado el TC, ya no podría plantearse una cuestión de inconstitucionalidad, aunque la normativa haya variado con posterioridad, incluso, en el presente caso, aunque se haya promulgado una nueva Ley de enjuiciamiento civil.

Por último, la propia STC 41/81 indica que el proceso de ejecución hipotecaria carece de una fase de cognición y persigue la realización del valor del inmueble, una vez consta que se ha dado la que él denomina literalmente *conditio iuris* del incumplimiento de la obligación asegurada. Es decir, no el mero impago de una cuota o parte de una cuota, sino el incumplimiento de la obligación asegurada. Más adelante se distinguirá precisamente entre las nociones de incumplimiento de la obligación asegurada e impago de una cuota, partiendo de un importante presupuesto: el legislador no enumera las causas para poder acceder a la ejecución especial; simplemente guarda silencio y se remite al contenido del título ejecutivo; en lo que nos interesa, a las conocidas cláusulas de vencimiento anticipado, que habilitan al acreedor a dar por vencidos todos los plazos ante cualquier mero impago, por insignificante que éste sea, ya se refiera al capital, a los intereses o incluso a cualquier otro concepto expresamente previsto.

No acaba de entenderse el motivo por el cual el legislador ha confeccionado un proceso especial de ejecución hipotecaria en el que es absolutamente imposible examinar, siquiera mínima y someramente, si se ha dado la referida *conditio iuris* de la que habla el propio TC. Ello puede estar justificado en relación con el proceso de ejecución hipotecaria en general, pero los bienes e intereses afectados cuando el bien es la vivienda del prestatario impiden superar sin dificultades el juicio de constitucionalidad.

En determinados casos ello podría ser relevante, pero la regulación legal impide siquiera detectarlos en el marco del proceso de ejecución o que el afectado tenga alguna opción real de obtener una tutela judicial efectiva en el procedimiento declarativo al que se le remite imperativamente.

## **2. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: derecho de configuración legal**

Los derechos afectados en la regulación de la ejecución hipotecaria son el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) y el derecho constitucional a la vivienda (art. 47 de la Constitución). La normativa analizada constituye una opción legislativa y, ciertamente, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal.

En este sentido, muchos derechos fundamentales precisan de desarrollo legislativo, al tiempo que existen otros conocidos como derechos de configuración legal, que presentan una mayor indeterminación y por ello necesitan un mayor complemento legislativo que termine de diseñar su contenido y les permita alcanzar plena efectividad. Respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, según el Tribunal Constitucional, que lo reconoce como un derecho de configuración legal, es el legislador quien, en atención a la naturaleza del objeto que tenga cada uno de los procesos que cree, podrá establecer el tipo de procedimiento y las limitaciones de cognición que considere oportunas (STC 20/1981).

El art. 24.1 de la Constitución comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, es decir, el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones. Su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente (STC 185/1987).

El criterio para la ponderación constitucional de estos presupuestos y requisitos será, según el TC, la naturaleza del objeto que tenga cada uno de los procesos, por lo que procede analizar a continuación la naturaleza del objeto del proceso de ejecución hipotecaria: la hipoteca como gravamen real. Se trata de una cuestión relativamente compleja que requiere algunas incursiones teóricas.

## **3. Accesoriedad de la garantía hipotecaria respecto a la obligación garantizada**

Podemos calificar a la hipoteca como un derecho real que grava un bien y que, por su naturaleza y finalidad, más que limitar el dominio, como sucede más estrictamente con derechos reales como el usufructo o el uso, garantiza el cumplimiento de una obligación personal. En concreto, permite al acreedor dirigir una acción real, la derivada de la hipoteca, independiente de la personal, la derivada del contrato obligacional, como el de préstamo directamente contra el bien hipotecado, en caso de ausencia de cumplimiento voluntario.

Con independencia de la duplicidad de acciones, la personal y la real, la hipoteca tiene que referirse necesariamente a una relación obligacional, cuyo cumplimiento garantiza. Así, dispone el artículo 1857 del Código Civil que son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca, entre otros, que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

De ahí deriva el trascendental principio de accesoriedad, intrínseco a la propia naturaleza de la hipoteca. En la actualidad se dan dos grandes modelos, con las correspondientes matizaciones y mezclas:

- 1) Abstracción de la hipoteca (Alemania): este derecho real no tiene por qué referirse a una relación obligacional determinada, opera de modo autónomo e independiente.
- 2) Accesoriedad de la hipoteca (España). En el ámbito de los modelos accesorios, discute la doctrina si debe mantenerse la concepción tradicional del principio de accesoriedad, que podemos calificar de *fuerte*, o una nueva o más moderna, que podemos calificar como *débil*.

Accesoriedad débil: se limita a expresar la relación o función de garantía existente entre gravamen real y obligación personal, sin ninguna implicación más, de modo que la hipoteca opera (nace, se conserva, se extingue) de modo independiente a la obligación garantizada.

Accesoriedad fuerte (tradicional): además de reflejar la función de garantía, implica la existencia de una vinculación entre la vida de la hipoteca como derecho real y las vicisitudes jurídicas por las que discurre la obligación principal garantizada. Ello afecta al vencimiento y a la ejecutabilidad de la garantía real.

#### **4. Hipoteca de vivienda: continuidad entre préstamo-uso del capital y bien gravado; accesoriedad fuerte**

En el supuesto que se está analizando, cuando el bien hipotecado es la vivienda, la garantía real no sólo se constituye en atención precisamente a la concesión del préstamo personal sino que integra el fundamento o causa económica esencial del negocio puesto que el gravamen se imputa sobre el bien para cuya adquisición se concedió el préstamo.

Es decir, se produce una consustancial continuidad entre préstamo personal, finalidad o uso del capital prestado (adquisición de un inmueble que será vivienda) y bien gravado (adquirido por el deudor hipotecario con el dinero recibido en el marco del contrato de préstamo).

Es por ello que no parece tan evidente que en este caso responda a la causa económica subyacente la asunción de un principio de accesoriedad débil, que iría en contra de esta continuidad insoslayable entre préstamo, destino del capital prestado y bien gravado.

En tales casos es indiscutible que el incumplimiento de la obligación garantizada sigue constituyendo la *conditio iuris* para acceder a la ejecución hipotecaria, pero las circunstancias del impago susceptible de provocar el incumplimiento no podrán ser analizadas de ningún modo en el proceso de ejecución.

En efecto, por un lado, el ordenamiento admite una gran variedad de tipologías hipotecarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones (hipotecas ordinarias, hipotecas que garantizan obligaciones futuras o con condiciones suspensivas, hipotecas de máximo, etc.). Por el otro, regula, para toda esta variedad de tipos de hipotecas, un único tipo de proceso de ejecución hipotecaria, marco jurídico en el que, como veremos a continuación, opta tácitamente (ya que no lo hace expresamente, en cada caso, en el ámbito del derecho material) por una de las concepciones del principio de accesoriedad, la débil.

La paradoja, clave para entender la problemática analizada, reside en que cada uno de los tipos de hipoteca responde a una situación económica subyacente - causa jurídica o contractual- que refleja un determinado grado de vinculación –dependencia- o desvinculación – independencia- con la obligación garantizada. Es decir, una proximidad mayor o menor con el modelo fuerte o débil de accesoriedad.

A pesar de ello, el legislador opta “procesalmente”, como se verá, por el modelo débil en todo caso, en claro perjuicio del deudor hipotecario y en claro beneficio del acreedor hipotecario. Esta opción legislativa radical no queda plenamente justificada cuando el tipo concreto de hipoteca de que se trate (es decir, que sea ejecutada) responda, por su propia naturaleza, al principio de accesoriedad fuerte.

## **5. El sistema español: ¿accesoriedad fuerte o débil?**

Efectuadas estas delimitaciones previas, hay que destacar una serie de particularidades del ordenamiento jurídico español.

El legislador español se limita a acoger el principio de accesoriadad (artículo 1857 del Código Civil), pero no opta de modo expreso, en el ámbito del derecho material o sustantivo, por una de las dos concepciones de este principio, ya que dicho precepto es compatible con ambas.

Sí lo hace, por el contrario, de modo tácito, en el ámbito del derecho procesal, al regular el régimen de oposición a la ejecución hipotecaria, ya que el mayor o menor ámbito que se admita en este incidente constituye la *traslación procesal* del grado de vinculación jurídica entre el derecho de hipoteca y las vicisitudes de la obligación principal garantizada.

En concreto, atendiendo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, opta de modo inicial por la concepción débil:

a. Art. 695 (motivos de oposición): 1ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada. 2ª Error en la determinación de la cantidad exigible.

b. Artículo 698.1 (remisión al proceso declarativo): 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 de ejecución hipotecaria.

c. Artículo 698.1 (efectos entre los procesos): en dicho juicio declarativo podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención de todo o de una parte de la cantidad que en el proceso de ejecución hipotecaria deba entregarse al acreedor. El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención.

Como puede observarse ninguno de los motivos de oposición habilita la posibilidad de examinar las concretas condiciones y circunstancias específicas en que, en cada caso, se ha producido el impago, es decir, un posible incumplimiento voluntario de la obligación principal y el correspondiente vencimiento anticipado de la deuda. Por otro lado, la tutela legal prevista en el proceso declarativo ulterior no afecta directamente al proceso de ejecución, ya que no lo suspende: únicamente se refiere a la retención de las cantidades obtenidas. Por ello, aunque

prosperara el juicio declarativo subsiguiente, si ya se ha procedido a la expulsión del ejecutado de su vivienda, probable, dado el colapso y retraso actual de los juzgados, difícilmente podrá obtenerse una restitución a la situación anterior real.

De esta forma, las posibilidades reales de que un deudor hipotecario ejecutado decida acudir a un proceso declarativo ulterior, ajeno a la ejecución, son remotas entre otros motivos, por la situación personal y económica por la que seguramente estará pasando, y porque, en última instancia, no generan una tutela substancial o efectiva. Además, no se trata de una garantía automática, sino que dependerá del criterio del tribunal, en atención de los documentos y las razones dadas. A todo ello debe añadirse que el tribunal exigirá previamente la suficiente garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de los perjuicios, lo que, dadas las circunstancias, es casi seguro que no podrá asumir el deudor hipotecario.

#### **6. No todo impago equivale necesariamente al incumplimiento de la obligación con efectos de vencimiento anticipado**

El presupuesto para que pueda despacharse la ejecución hipotecaria, habitualmente, entre otros, el incumplimiento de la obligación de pago, no está definido expresamente en la normativa procesal; puede suponerse que el legislador se remite implícitamente a lo pactado entre las partes, como sería lógico y coherente en atención al principio de autonomía de la voluntad. Es decir, la normativa únicamente fija los motivos para denegar el despacho de la ejecución o para oponerse al mismo, pero no atiende a los supuestos en que una parte puede acceder a la vía judicial ejecutiva.

Las escrituras públicas refieren habitualmente como causa de vencimiento anticipado el mero incumplimiento de la obligación de pago, es decir, la mera desatención de un pago determinado previsto en la escritura pública, con independencia de su entidad o cuantía.

Dado el silencio legal indicado, es razonable sostener que lo que debe entenderse por *conditio iuris* es la noción general de “incumplimiento de la obligación garantizada”, que no es equivalente a “la mera desatención de un pago determinado previsto en la escritura pública, con independencia de su entidad o cuantía o de las circunstancias en que se ha producido”.

Es cierto que el art. 693 LEC prevé que el proceso especial de ejecución hipotecaria “será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si viciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro”. Ello no obstante, esta previsión legal implica únicamente que el legislador acoge la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado y habilita en estos casos al acreedor a acudir a esta vía procesal especial. Eso sí, sólo respecto del impago de parte del capital e intereses, en contra de lo que suelen prever las escrituras públicas de hipoteca: el vencimiento ante cualquier impago de

cualquiera de las obligaciones asumidas por el prestatario. Por el contrario, este precepto no implica que, una vez se presente la demanda ejecutiva por el impago de parte del capital e intereses, el juzgado deba considerar necesariamente que se ha producido un incumplimiento de la obligación garantizada con efectos de vencimiento anticipado. Así, en el caso de que el ejecutado pretenda sostener esta eventualidad, deberá acudir al proceso declarativo correspondiente para discutir la cuestión del vencimiento (art. 685 LEC), con las limitadas posibilidades ya indicadas y que más adelante se examinarán con más detalle.

Pues bien, “impago” e “incumplimiento de la obligación” son dos proposiciones lingüísticas que no coinciden entre sí. Así, la noción de “incumplimiento” presenta una larga historia en la tradición jurídica occidental, que ha cristalizado, entre otros, en el artículo 1.258 del Código Civil, según el cual los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

En este punto debe advertirse que si optamos por admitir la equivalencia absoluta entre impago de una cuota o de parte de una cuota (con independencia de las circunstancias) e incumplimiento de la obligación garantizada (con efectos de vencimiento anticipado y ejecutabilidad directa de la garantía real) no hay debate alguno ni dudas en cuanto a la inconstitucionalidad: el ejecutado podrá oponerse a la ejecución alegando el pago de la deuda y si no ha pagado, simplemente, ha incumplido.

Por el contrario, si sostenemos que en determinados supuestos puede darse un impago pero no el incumplimiento con los indicados efectos de vencimiento anticipado, entonces debemos advertir que el régimen procesal establecido por el legislador impide de modo absoluto siquiera detectarlos, al menos en el marco del proceso de ejecución.

## **7. Cambio en las circunstancias relevantes ajenas a la voluntad del deudor y a su conducta contractual**

A continuación se apunta un posible supuesto paradigmático respecto del cual se pueden plantear dudas de inconstitucionalidad del régimen legal: un ciudadano ha suscrito en el pasado un préstamo hipotecario para adquirir un inmueble que pasará a constituir su vivienda habitual; va pagando las cuotas hasta que, tras subir durante varios años seguidos el tipo de interés variable (por ejemplo, el Euribor), no puede afrontar, en parte, el pago del crédito, a pesar de mantener el mismo trabajo que ya tenía y que fue ponderado por el acreedor hipotecario precisamente para otorgarle el crédito. A la subida del tipo de interés debe añadirse el propio coste de la vida, en relación con el descenso del poder adquisitivo del sueldo. La cuestión es la siguiente: el acreedor hipotecario considera que el prestatario ha incumplido, por lo que quiere ejecutar la hipoteca y expulsar al ejecutado y a su familia de su

vivienda. ¿Debe ser ello así en todo caso?; ¿hay algún tipo de margen o espacio legal-procesal para analizar la medida en que se ha producido un incumplimiento de entidad mínima, atendiendo a las especialísimas circunstancias económicas y de mercado en las que se ha producido el impago parcial?

Lógicamente, el interés variable vincula al prestatario y debe abonarlo, aunque suba notoriamente, puesto que así lo contrató, pero si es el único factor que ha cambiado, ¿genera necesariamente y en todo caso el incumplimiento de la obligación con efectos de vencimiento anticipado? Ciertamente, no es tan claro que ello deba ser así.

#### **8. Examen de oficio del vencimiento anticipado por el tribunal: información suficiente**

Llegados a este punto, a continuación se examinará la medida en que estas eventuales circunstancias, que, también eventualmente, pudieran poner en duda la concurrencia de la *conditio iuris* que, como hemos visto, debe concurrir en toda ejecución hipotecaria que afecta a una vivienda, pueden ser introducidas en el proceso y ser examinadas por el tribunal.

El tribunal debe despachar la ejecución sin poder tener en cuenta hechos posteriores a la emisión de los documentos que le son presentados, en especial si tenemos en cuenta que ya no existe el requerimiento previo al despacho de la ejecución. El antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria daba cierta base para permitir al tribunal examinar cuestiones relativas a la relación jurídica documentada, es decir, el crédito asegurado (certeza, subsistencia, exigibilidad y cuantía), a cuyo efecto disponía no sólo del título y del escrito de demanda, sino también del acta notarial del requerimiento previo, en el que el deudor podía hacer constar las alegaciones que considerara oportunas. El artículo 131 de la Ley Hipotecaria establecía como requisito indispensable para el despacho de la ejecución que el juez examinara la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito.

Además, el acreedor debía hacer constar en la demanda los hechos y las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta. Se requería un pronunciamiento del juez relativo a que el crédito había derecho nacido, cuando ello no se desprendiera directamente del mismo título, y que no se había extinguido, que había llegado a su término natural o anticipado el vencimiento. Ello se explica porque el título ejecutivo únicamente refleja la existencia y contenido de la relación jurídica documentada en el momento de la creación del título, pero no en el momento de despacharse la ejecución. En el anterior sistema el juez debía atender no sólo al escrito de demanda sino también a las alegaciones que pudiera hacer el deudor al contestar el requerimiento de pago, que era previo al despacho de la ejecución.

La actual LEC únicamente exige que en la demanda ejecutiva se exprese la cantidad reclamada. Con la regulación actual el tribunal no dispondrá de la información necesaria para ponderar si no ha concurrido en la realidad un incumplimiento sustancial con los efectos indicados, por lo que se ve impelido a despachar la ejecución sobre la base de las alegaciones efectuadas exclusivamente por el ejecutante. Es por ello que ni siquiera es viable una interpretación extensiva (de por sí cuestionable) de un eventual motivo de denegación del despacho de la ejecución por considerar el tribunal que el título aportado y alegado carece de fuerza ejecutiva en relación con el caso concreto: simplemente, no se dispondrá de información sobre las circunstancias fácticas que hayan rodeado el impago para que el tribunal pueda contrastarlas con el contenido de la escritura pública y ponderar la medida en la que en el caso concreto el título está en condiciones de desplegar su fuerza ejecutiva, en forma de vencimiento anticipado.

Esta situación podría resultar asumible en términos constitucionales (derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a la vivienda) si se le diera al ejecutado, en sede de oposición, la oportunidad de introducir este tipo de alegaciones, es decir, la falta de concurrencia de un estricto incumplimiento, con efectos de vencimiento, a pesar de la presencia de un eventual impago parcial de una cuota, bajo ciertas condiciones especiales. Esta eventualidad tampoco es permitida por la normativa procesal.

El propio sistema legal impide, de modo absoluto y sin ninguna alternativa interpretativa por parte del tribunal, que se introduzca en el proceso de ejecución un mínimo examen de las circunstancias que han motivado el impago. Ya hemos visto que la remisión al proceso declarativo se efectúa en unas condiciones que no evitan la referida indefensión del ejecutado hipotecario.

#### **9. ART. 579 LEC: Insuficiencia del producto de la venta y continuación de la ejecución respecto de todos los bienes del deudor presentes y futuros**

Una vez examinados los extraordinariamente restringidos términos de la oposición a la ejecución hipotecaria, ahora nuestra atención debe dirigirse a lo dispuesto en un precepto ciertamente especial, que, interpretado juntamente con el resto del sistema legal de ejecución hipotecaria, puede realzar más si cabe sus efectos vulneradores de tales derechos constitucionales.

A diferencia de otros sistemas hipotecarios, como el norteamericano, en el que si el deudor no abona las cuotas pactadas, debe entregar al acreedor el inmueble y, simplificando, se cancelan las deudas asumidas con ocasión del préstamo hipotecario de vivienda, en el sistema español la situación es sustancialmente distinta: evidentemente, el deudor ve ejecutado el bien

inmueble y, en el caso habitual de tratarse de su vivienda, se ve privado de la misma, pero además, para el caso (también habitual) de que lo obtenido con la venta del inmueble sea insuficiente, el acreedor podrá perseguirle indefinidamente contra todos sus bienes e ingresos hasta el completo abono de las cantidades pactadas, que, en muchos casos, no se limitan al capital prestado y sus intereses, sino que incluyen muchos otros conceptos económicos.

Se trata del artículo 579 de la LEC, ubicado de hecho fuera del apartado propio de la ejecución hipotecaria, pero que constituye un nuevo argumento, de especial importancia, para la posible inconstitucionalidad del régimen legal de ejecución hipotecaria.

Los preceptos analizados hasta el momento quizá por sí solos podrían generar ciertas dudas en cuanto a su eventual inconstitucionalidad. Ello no obstante, una vez se les une sistemáticamente el artículo 579, captamos la más que probable inconstitucionalidad del sistema de oposición hipotecaria y de continuación de la misma en caso de insuficiencia del producto obtenido con la venta del inmueble.

Prevé este artículo que si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

De los términos del artículo 579 se observa esta significativa implicación: cuando se trata de regular la oposición a la ejecución hipotecaria del deudor hipotecario, el legislador opta procesalmente, tácitamente, por una accesoriedad débil. En cambio, cuando se trata de regular la continuación de la ejecución en caso de que el acreedor hipotecario no haya obtenido con la venta del inmueble todo el capital e intereses reclamados. Es decir, cuando ya se le han limitado al ejecutado, de modo casi absoluto, las opciones de oposición, entonces el legislador opta por una especie de “accesoriedad fuerte sobrevenida”, al establecer, ahora sí de modo expreso, una absoluta continuidad entre la ejecución especial y la ordinaria por el resto del capital e intereses que quede por cubrir.

Esta reflexión refleja y justifica de modo sintético y concluyente los motivos de la posible inconstitucionalidad planteada, la cual se basa ciertamente en ponderaciones de matiz, no evidentes a primera vista, pero que, una vez percibidas desde una perspectiva jurídico-constitucional, permiten captar la medida en que el artículo 579 no es sino un reflejo o una cristalización de la inconstitucionalidad potencialmente contenida en los artículos 695 y 698.

De modo sorprendente dada la minuciosidad con que se regula la ejecución hipotecaria cuando se trata de limitar las opciones procesales del deudor hipotecario, el legislador ni siquiera prevé que cuando se disponga acordar la continuación de la ejecución por el importe que quede por cubrir, ello incluya una nueva oportunidad de oposición por parte del ejecutado

(ya no hipotecario, sino ordinario) según el sistema general de motivos de oposición fijado para la ejecución ordinaria de títulos ejecutivos no judiciales.

En caso de no admitirse esta interpretación, postura que constituye, por otra parte, la práctica forense mayoritaria, la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario frente al acreedor hipotecario adquiriría unas dimensiones absolutamente inadmisibles en el seno de un Estado constitucional, democrático, social y de derecho.

#### **10. Posible admisión de un nuevo motivo de oposición sin efectos suspensivos cuando el bien afectado sea la vivienda**

En definitiva, el legislador ha optado por reputar procesalmente como irrelevantes unos hechos, las circunstancias en que se producen los impagos de las cuotas hipotecarias, que difícilmente pueden reputarse como tales en la actual coyuntura social y económica. Simplemente los expulsa del proceso de ejecución y los remite a un proceso declarativo ulterior al que ningún deudor hipotecario acudirá, ya sea por falta de recursos, por falta de efectos jurídicos del segundo proceso respecto del primero o, simplemente, porque sabe que tardará al menos un año en obtener una sentencia en primera instancia. Esta situación aparentemente anómala podría solventarse con la mera previsión de la posibilidad de examinar la cuestión del vencimiento, siquiera en este tipo de casos dada la afectación a un derecho constitucional como el de la vivienda, en el marco del proceso de ejecución.

A estos efectos, ni siquiera sería imprescindible reconocer al incidente efecto suspensivo - al que tanto teme el legislador-, puesto que el tiempo que ordinariamente se requiere para la venta en pública subasta del inmueble hipotecado permitiría la celebración de la correspondiente vista y el dictado del correspondiente auto. Es cierto que el actual colapso de los juzgados y la dilación con que se señalarían tales vistas pondría en cuestión esta alternativa procesal, pero, de nuevo, ello podría solventarse, sin necesidad de recurrir a los efectos suspensivos, meramente con atribuir carácter preferente al señalamiento de la vista, opción por otro lado justificada en atención a los bienes jurídicos afectados. Mientras esta modificación legislativa no se produzca, subsisten y subsistirán las importantes dudas de inconstitucionalidad que pretendían ser expuestas con el presente texto.