



Roj: **AAP M 13863/2011** - ECLI: **ES:APM:2011:13863A**

Id Cendoj: **28079370112011200201**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **28/09/2011**

Nº de Recurso: **197/2011**

Nº de Resolución: **276/2011**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA JOSE ALFARO HOYS**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 11**

**MADRID**

**AUTO: 00276/2011**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

**SECCIÓN UNDÉCIMA CIVIL**

**AUTO Nº**

**Rollo: RECURSO DE APELACIÓN 197/2011**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. ANTONIO GARCÍA PAREDES**

**D. FÉLIX ALMAZÁN LAFUENTE**

**Dª MARÍA JOSÉ ALFARO HOYS**

En Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil once.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de PZ.INC.CONC. OPOSICION APROB. CONVENIO(129) 236/2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 31 de esta capital, a los que ha correspondido el Rollo **197/2011**, en los que aparece como parte apelante la entidad financiera **BANCO PASTOR S.A.**, representada por la Procuradora Sra. AFONSO RODRÍGUEZ, y como apelados Dª. Fermina, D. Eutimio, D. Julio y Dª. Rosario, sobre Incidente de Ejecución Hipotecaria (229.146,90 euros), y siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dª. **MARÍA JOSÉ ALFARO HOYS**.

#### **I.- HECHOS**

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de los de Madrid, en fecha quince de febrero de dos mil diez, se dictó Auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"Que debo admitir y admito a trámite la ejecución presentada por BANCO PASTOR S.A. por **224.779,73 EUROS DE CAPITAL, 4.307,75 EUROS DE INTERESES ORDINARIOS Y 59,42 EUROS DE INTERESES DE MORA**, sin perjuicio de ulterior liquidación, con registro de la misma. Teniendo por parte al Procurador/a D/Dña. ISABEL AFONSO RODRÍGUEZ en nombre y representación de BANCO PASTOR S.A. entendiéndose con el mismo las sucesivas diligencias del modo y forma previsto en la Ley. **Requírase de pago a Eutimio, Fermina**. Reclámese del Sr. Registrador de la Propiedad de MADRID Nº 31 la certificación a que se refiere el art. 688 de la L.E.C. en relación con el art. 656 del mismo Cuerpo Legal a cuyo efecto expídase el correspondiente mandamiento, que será entregado a la parte actora, **debiendo aportar ésta, además de la certificación original, una copia de la misma**. Instrúyase al ejecutado de que podrá oponerse a la presente ejecución por las causas contempladas en el art. 695 de la L.E.C. Si al tiempo*



*de efectuarse la diligencia de requerimiento, la finca estuviere ocupada por personas distintas del ejecutado, deberá notificárseles la existencia de esta ejecución, y requerirles para que en el plazo de DIEZ DIAS, puedan presentar en este Juzgado el título en el cual funden su ocupación".*

**SEGUNDO.-** Notificado el mencionado Auto, contra el mismo se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte apelante, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos. Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo del mismo el pasado día 8 de septiembre de 2.011, en que ha tenido lugar lo acordado.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales en ambas instancias.

## II.- RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Se aceptan los razonamientos jurídicos del auto apelado.

**PRIMERO.-** Para una mejor comprensión de la *litis* y en lo que aquí interesa debe tenerse en cuenta lo siguiente:

El día 22 de mayo de 2007, el "Banco Pastor, S.A.", formalizó escritura pública de compraventa, subrogación, ampliación de hipoteca y modificación de préstamo otorgada por "Inmobiliaria El Palto, S.L." con los esposos don Eutimio y doña Fermina en calidad de titulares hipotecantes y prestatarios (compradores del inmueble piso NUM000 NUM001 sito en la CALLE000 nº NUM002 de Madrid), siendo don Julio y doña Rosario en concepto estos últimos de fiadores.

Tras practicarse certificación del saldo deudor en fecha 13 de marzo de 2009, por la representación procesal del "Banco Pastor, S.A.", al amparo del artículo 681 y concordantes de la LEC, con fecha 23 de diciembre de 2009 se presentó demanda de ejecución hipotecaria frente a don Eutimio y doña Fermina en calidad de titulares hipotecantes y prestatarios (compradores del inmueble) así como frente a don Julio y doña Rosario en concepto estos últimos de avalistas, en reclamación de 229.146,90 euros correspondientes al principal, intereses vencidos pendientes de cobro hasta el día 13 de marzo de 2009 e intereses de demora, así como un importe de 68.744,07 euros estipulados provisionalmente para intereses, gastos y costas.

Por el Juzgado de Primer Instancia nº 31 de los de Madrid se dictó auto en fecha 15 de febrero de 2010 por el que se admitía a trámite la ejecución presentada por el Banco por 224.779,73 euros de capital, 4.307,75 euros de intereses ordinarios y 59,42 euros de intereses de mora sin perjuicio de ulterior liquidación, requiriendo únicamente de pago a los titulares hipotecantes y prestatarios don Eutimio y doña Fermina.

Por el "Banco Pastor, S.A.", se presentó recurso de reposición contra el auto de 15 de febrero de 2010 solicitando que se deje sin efecto y se dicte por el Juzgado otro en el que se acuerde incluir en el procedimiento a los fiadores don Julio y doña Rosario como ejecutados.

El Juzgado dictó providencia el día 15 de marzo de 2010 en la que se indicaba que no cabía admitir a trámite el recurso de reposición interpuesto por la representación procesal del Banco porque contra el auto despachando ejecución no cabe recurso alguno, añadiéndose que los fiadores no tienen la consideración de ejecutados en el procedimiento hipotecario de conformidad con el artículo 685.1 de la LEC ni responden con el bien hipotecado.

Contra la providencia de 15 de marzo de 2010, por la representación procesal del Banco se interpuso recurso de reposición previo al de apelación con base en el artículo 552.2 de la LEC, alegando que el auto que despachó ejecución equivale a una denegación parcial de la misma porque no se incluyó a los fiadores solidarios en la ejecución y porque en la citada providencia se indica que los fiadores no tiene la consideración de ejecutados, lo que supondría adelantar el contenido de una futura resolución.

Por el Juzgado se dictó auto en fecha 19 de abril de 2010 que desestimaba el recurso de reposición interpuesto por el Banco contra la resolución de 15 de marzo de 2010, manteniéndola en todos sus extremos.

La representación procesal del Banco Pastor presentó el recurso de apelación que nos ocupa contra el auto despachando ejecución dictado por el Juzgado en fecha 15 de febrero de 2010, alegando, en síntesis, que en dicha resolución no se mencionó a los fiadores solidarios contra quienes se dirigió igualmente el procedimiento, siendo una clara incongruencia omisiva que vulnera el artículo 24 de la C.E. porque no ha dado respuesta expresa a la acción dirigida contra los fiadores, ni tan siquiera para denegar la ejecución interesada contra los mismos, habiendo tenido que "adivinar" el motivo por el cual se produjo tal omisión por la Juzgadora de instancia lo que ha supuesto una dilación en el procedimiento por haber tenido que acudir a la instancia superior a fin de que, previa tramitación de la queja correspondiente, se admitiera el recurso de apelación para poder encontrar una respuesta. También alega infracción de los siguientes preceptos: del artículo 10 de la LEC porque no puede discutirse la legitimación pasiva de los fiadores; del artículo 538.2.1 de la LEC porque los



fiadores aparecen como deudor en el mismo título que es la escritura de préstamo hipotecario y del artículo 542 de la LEC porque en él se detallan las condiciones para despachar ejecución contra un fiador solidario; vulneración del artículo 150 de la LEC y del artículo 270 de la LOPJ porque los fiadores solidarios se hallan legitimados pasivamente de manera indirecta; infracción del artículo 658 de la LEC porque la denegación de la legitimación pasiva trae causa de una interpretación rigorista y formal del citado artículo en cuanto a quien debe tener la condición de deudor y que la única diferencia entre los deudores don Eutimio y doña Fermina y los deudores don Julio y doña Rosario es que los primeros recibieron el importe del principal de la operación y los segundos no lo reciben; (*decir que hay que tener en cuenta que nos hallamos ante una ejecución hipotecaria y que los deudores hipotecantes, compradores del inmueble, fueron los que sujetaron el mismo en garantía real del cumplimiento de su obligación de pago al Banco, cosa que no hicieron los fiadores, luego hay más diferencias de las que el Banco manifiesta en su recurso*) ; que el Juez "a quo" no ha tenido en cuenta el artículo 1144 del Código Civil en el que no se establece diferencia entre deudor y fiador solidario. En definitiva, considera el Banco que el "deudor" al que se refiere el artículo 685 es todo aquel que venga obligado al cumplimiento de la obligación garantizada; que debe admitirse la legitimación pasiva de los fiadores porque así no sería necesaria una nueva demanda ejecutiva ni iniciar un nuevo procedimiento. Termina diciendo la parte apelante que la inclusión de los fiadores en el procedimiento no les produciría consecuencias económicas sino que por el contrario ello supondría una mayor garantía para sus derechos. Por todo lo expuesto, suplica a la Sala que revoque y deje sin efecto el auto de 15 de febrero de 2010 dictando otro en el que se incluya como ejecutados a los fiadores y subsidiariamente se declare la incongruencia omisiva del auto recurrido, ordenando al Juez "a quo" a motivar las razones por las que no despachó ejecución frente a los mismos.

**SEGUNDO.-** La Audiencia Provincial de La Coruña, en su resolución de fecha 28 de enero de 2011 analiza los distintos procedimientos que puede utilizar el acreedor hipotecario para el cobro de su crédito indicando que:

*"El acreedor hipotecario dispone en la antigua, como en la nueva, LEC, de hasta cuatro procedimientos distintos, para una misma finalidad, la de cobrar su crédito, y, en concreto, los siguientes: 1) El juicio declarativo ordinario que corresponde según la cuantía del crédito que se reclame. Se trata de una opción procesal a la que todo acreedor hipotecario tiene derecho, si bien no es una vía muy utilizada, aunque tiene la ventaja de poder discutir dentro del mismo proceso cualquier cuestión, y la sentencia que recaiga tiene efecto de cosa juzgada. 2) El juicio ejecutivo, con base en la antigua LEC en el art. 1429.1, y artículos 538, y en especial los arts. 571 y siguientes sobre la dineraria al constar en escritura pública, de la LEC de 2000. 3) El procedimiento de enajenación extrajudicial, según regula el art. 129 de la LH. 4) El procedimiento del art. 131 de la antigua LEC, hoy regulada en los artículos 681 y siguientes del Capítulo V de la LEC de 2000, sobre la ejecución de bienes hipotecados o pignorados, que se trata de un proceso de ejecución especial sumario destinado a realizar forzosamente los bienes hipotecados exclusivamente.*

II.- El art. 681 de la LEC establece "Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca. 1.- La acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo..."; el art. 682 dice "Ámbito del presente capítulo. 1. Las normas del presente capítulo sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda..."; el art. 683 expone "cambio del domicilio señalado para requerimientos y notificaciones. 1.- El deudor y el hipotecante no deudor podrán cambiar el domicilio que hubiesen designado para la práctica de los requerimientos y notificaciones, sujetándose a las reglas siguientes..."; el art. 685 establece "Demanda ejecutiva y documentos que han de acompañarse a la misma. 1.- La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor, y, en su caso, frente al hipotecante no deudor, o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dicho bien..."; el art. 686 dice "Requerimiento de pago. 1.- En el mismo auto en que se despacha ejecución se mandará que se requiera de pago al deudor, y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiera dirigido la demanda en el domicilio que resulte vigente en el Registro..." el art. 689 expone "Comunicación del procedimiento al titular inscrito y a los acreedores posteriores. 1.- Si de la certificación registral apareciera que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas, notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el art. 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte en que esté asegurada con la hipoteca de su finca..."; y en el art. 698, después de regularse en los artículos anteriores la oposición a la ejecución, las tercerías de dominio y la suspensión de la ejecución por prejudicialidad civil, se expone "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 corresponde, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo...".*

**TERCERO.-** A la vista de lo expuesto, el Banco Pastor, como acreedor hipotecario, disponía de la posibilidad de promover cualquiera de los cuatro procedimientos indicados en el anterior Fundamento de Derecho. En consecuencia, si optó por el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados o pignorados, no puede pretender que no tenga que cumplir lo establecido en los artículos 681 y siguientes de la LEC . En los diferentes artículos que se han citado con anterioridad consta inequívocamente que los únicos que pueden ser demandados en el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados son el deudor y en su caso el hipotecante no deudor o tercer poseedor de los bienes hipotecados que acredite la adquisición de dichos bienes. Por lo tanto, el Auto apelado no ha infringido ninguno de los artículos referidos por el ejecutante apelante, al no admitir la demanda contra los fiadores por la sencilla razón de que se limitó a dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 681 y siguientes de la L.E.C .

En definitiva, en el presente procedimiento de ejecución hipotecaria cuyas particularidades están afectas a la existencia de la hipoteca de un bien, no se puede ampliar su ejecución frente a los avalistas o fiadores. Por tanto, no yerra la Juzgadora de Instancia cuando requiere únicamente de pago a los titulares hipotecantes y prestatarios don Eutimio y doña Fermina en el auto apelado de fecha 15 de febrero de 2010 .

Además, es claro que el hecho de que en el auto apelado no se hayan incluido a los fiadores no impide que en su día se pueda plantear el procedimiento que corresponda frente a éstos, por lo que ninguna indefensión se causa a la entidad bancaria recurrente.

**CUARTO.-** Subsidiariamente, solicita el Banco Pastor que se declare que el auto de fecha 15 de febrero de 2010 , en síntesis, que en dicha resolución no se mencionó a los fiadores solidarios contra quienes se dirigió igualmente el procedimiento, existiendo una clara incongruencia omisiva que vulnera el artículo 24 de la C.E . porque no ha dado respuesta expresa a la acción dirigida contra los fiadores, ni tan siquiera para denegar la ejecución interesada contra los mismos.

No ha existido la indefensión que alega la entidad bancaria porque en el auto de 15 de febrero de 2010 la Juzgadora de Instancia cita el artículo 685 de la LEC al cumplirse los requisitos para poder admitir la demanda ejecutiva y como se ha indicado en el Fundamento de Derecho Primero de la presente resolución despachar la ejecución solicitada , pero únicamente respecto al "deudor", dando los nombres de la parte deudora titular hipotecante que son los esposos don Eutimio y doña Fermina .

Por otro lado, tampoco se aprecia incongruencia omisiva en el auto apelado. En el Fundamento Jurídico Primero de la presente resolución ya se ha indicado que el Banco formuló recurso de reposición en fecha 24 de febrero de 2010 frente al auto de 15 de febrero de 2010 en el que solicitaba la inclusión de los fiadores en el procedimiento de ejecución hipotecaria y el Juzgado dictó providencia el día 15 de marzo de 2010 en la que indicaba que no cabía admitir a trámite el recurso de reposición interpuesto por la representación procesal del Banco porque contra el auto despachando ejecución no cabe recurso alguno, añadiendo que los fiadores no tienen la consideración de ejecutados en el procedimiento hipotecario de conformidad con el artículo 685.1 de la LEC ni responden con el bien hipotecado. En consecuencia, cuando presentó el Banco el recurso de apelación en fecha 10 de febrero de 2010 sabía sobradamente el motivo por el cual no se incluyó a los fiadores en el auto admitiendo la demanda ejecutiva y por el que se despacha ejecución, existiendo numerosas resoluciones de Audiencias Provinciales que se pronuncian en el mismo sentido en que lo hizo la Juzgadora de Instancia (v. gr. la Audiencia Provincial de La Coruña en el auto antes citado; la Audiencia Provincial de Zaragoza, auto de 21-6-2011 y Audiencia Provincial de Granada, auto de 10 junio 2011 , entre otras).

Por los motivos expuestos, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar el auto apelado.

**QUINTO.-** Al desestimarse el recurso de apelación y confirmar el auto de instancia, procede imponer las costas causadas en la presente alzada a la parte apelante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 en relación con el 398 de la LEC .

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

### III.- PARTE DISPOSITIVA

Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Banco Pastor, S.A., contra el Auto dictado en fecha 15 de febrero de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia núm.31 de los de Madrid en los autos de ejecución hipotecaria seguidos al número 236/2010 de los que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, con imposición de las costas de alzada a la parte apelante.



Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. arriba referenciados. Doy fe.

**PUBLICACIÓN.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ