

## Auto APZ (5ª) de 06 julio 2011 N° rec.=380(2011) N° sent.=438(2011)

En ZARAGOZA, a seis de julio de dos mil once.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

AUTO: 00438/2011

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 de ZARAGOZA

N10300

AVDA. PABLO GARGALLO NÚMERO 3

-

Tfno.: 976/208382 Fax: 976/208052

N.I.G. 50297 38 1 2011 0501010

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000380 /2011

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: EJECUCION HIPOTECARIA 0002713 /2009

Apelante: CAJA INMACULADA

Procurador: EMILIA BOSCH IRIBARREN

Abogado: JOSE MARIA BURILLO ELHOMBRE

Apelado: Mateo , Ariadna

Procurador: ,

Abogado: ,

A U T O núm. 438/2011

Magistrados lltmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D. PEDRO ANTONIO PÉREZ GARCÍA.

MAGISTRADOS

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En esta Sección 005 de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA se sigue en grado de apelación, los Autos de EJECUCION HIPOTECARIA N° 2713/2009, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el **ROLLO DE APELACIÓN núm. 380/11** , en los que aparece como parte **apelante CAJA INMACULADA** representado por la procuradora Sra. EMILIA BOSCH IRIBARREN, y asistido por el Letrado Sr. BURILLO ELHOMBRE y como **apelado Mateo y Ariadna** ; y en fecha 19 de mayo de 2011 se dictó AUTO, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "1.- Desestimar el recurso de revisión interpuesto por CAJA INMACULADA contra el DECRETO de fecha 4-05-11 , que se mantiene en su integridad. 2.- La transferencia del depósito para recurrir desde la cuenta expediente a la cuenta 9900 denominada "Depósitos de recursos desestimados"."

**SEGUNDO.-** Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de CAJA INMACULADA se interpuso contra el mismo recurso de apelación; y dándose traslado a la parte contraria se opuso al mismo; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Recibidos los Autos y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de

Apelación con el número ya indicado.

No considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 27 de junio de 2011.

**CUARTO.-** En la tramitación de estos Autos se han observado las prescripciones legales oportunas; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO ANTONIO PASTOR OLIVER. Por discrepancia con la tesis mayoritaria y anunciado emisión de voto particular, se nombra ponente al Ilmo. Sr. D. PEDRO ANTONIO PÉREZ GARCÍA.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Como ya ha resuelto este tribunal en asunto similar al que nos ocupa, la cuestión previa a resolver es si la decisión del juzgado es apelable. Y como en aquel supuesto, procede razonar de la siguiente forma:

" **PRIMERO.- Motivos del recurso .**

Entablada demanda ejecutiva con fundamento en un título hipotecario, la ejecutante se adjudicó la finca hipotecada sin que fuese suficiente su importe para cubrir el total de la suma reclamada. La entidad financiera ejecutante interesó el embargo de otros bienes y derechos de los deudores que le fue denegado por decreto de la Sra. Secretaria del Juzgado. Recurrido el mismo en revisión fue confirmada tal resolución y contra la misma se formula recurso de apelación fundada en la interpretación literal del [art. 579 de la LEC](#) y los números procedentes jurisprudenciales preexistentes.

**SEGUNDO.-** Admisibilidad del recurso.

Dados los términos en los que el recurso se ha planteado, el art. 562.1 2º [de la LEC](#) solo admite el recurso de apelación contra aquellas resoluciones dictadas en ejecución en que expresamente se prevea tal posibilidad en la ley.

Si bien la inadmisión de la demanda de ejecución hipotecaria ([art. 552.2 LEC](#)) y el sobreseimiento de dicho proceso (Art. 695.4 de la misma norma) son susceptibles de apelación, la resolución que deniega proseguir la ejecución contra otros bienes del deudor no lo es. Por ello, no siendo la resolución recurrida de las que la ley permite su acceso a la segunda instancia, la causa de inadmisión del recurso de apelación se torna en causa de desestimación del recurso interpuesto.

**TERCERO.-** Costas procesales.

Las costas de esta alzada se rigen por los [art. 561.2](#) y 398 LEC , por lo que, conforme a dichos preceptos, se impondrán a la recurrente".

En virtud de lo expuesto:

## **PARTE DISPOSITIVA**

LA SALA ACUERDA: Desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por CAJA DE AHORROS DE LA INMACULADA DE ARAGON contra el auto de 19 de mayo de 2011 dictado por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Zaragoza al que el presente rollo se contrae, confirmando la resolución recurrida en todos sus extremos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir dada la íntegra desestimación del mismo.

Contra este Auto no cabe recurso alguno.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, juntamente con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por este nuestro Auto del que se unirá testimonio al Rollo, lo acordamos, mandamos y firmamos.

**Voto particular**

que emite el Magistrado D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER.

No resulta sencillo descifrar el sistema de recursos de la [LEC 2000](#) en materia de ejecución. Es cierto que

responde a una filosofía de agilización de esa trascendental fase del proceso. Espíritu que se recoge fundamentalmente en los arts. 562 y 563 LEC. El primero recoge los recursos frente a actos concretos de ejecución y el segundo cuando se provea en contradicción con el título ejecutivo que constituya resolución judicial, una vez despachada la ejecución.

El art. 579 LEC permite iniciar una ejecución ordinaria aprovechando el proceso ya iniciado de una ejecución hipotecaria. Es decir, constituye el comienzo de una ejecución diferente tanto por el tipo de responsabilidad ejercitada, como por las reglas procesales a utilizar. Sólo hay un mecanismo de "economía procesal" en el aprovechamiento de la "inercia" propia de un proceso ya en marcha.

Entiendo que no estamos ante un acto concreto del proceso de ejecución. Más bien ante la "denegación del despacho de ejecución". En este caso por razones competenciales.

Y tal denegación -de evidente trascendencia- tiene su adecuado asiento en el art. 552 LEC.

No se pretende con el art. 579 LEC que en la ejecución "ya iniciada" se adopte esta o aquella medida de apremio; sino "iniciar" una nueva ejecución, sólo parcialmente condicionada por la "conclusión" de la precedente ejecución hipotecaria.

Por todo lo cual, la "denegación del despacho" de la ejecución obligacional -en mi opinión- es susceptible de apelación conforme al citado art. 552-2 LEC.

Por ello en cuanto al fondo del asunto, la resolución debía de decir lo siguiente:

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Iniciada ejecución hipotecaria por la entidad financiera C.A.I., terminó mediante la adjudicación del inmueble ejecutado a favor de la demandante de ejecución. Pero no habiendo cubierto ese apremio el total del crédito de la demandante, ésta instó en escrito de 7-abril-2011 que el procedimiento continuara con arreglo a lo dispuesto en el [art. 579 LEC](#). Solicitando el embargo de bienes de Dña. Ariadna.

Por Decreto de 4-mayo-2011 se desestima esa pretensión por entender que las normas de la ejecución hipotecaria y ordinaria son distintas en cuanto a los trámites, la legitimación y las causas de oposición. Por lo que ordena archivar la ejecución hipotecaria; remitiendo tácitamente a la demandante al procedimiento que considere oportuno (por ejemplo, la ejecución ordinaria).

Este Decreto fue ratificado por Auto de 19-Mayo-2011, que es el que ahora se recurre en apelación.

**SEGUNDO.-** Son varias las cuestiones que subyacen en la interpretación del Art. 579 LEC. Pero la principal y a la que se refiere de manera fundamental el Auto recurrido es la relativa a la competencia objetiva o -mejor- funcional del juzgado que llevó a cabo la ejecución hipotecaria. Es decir, la interpretación del [art. 579 LEC](#). El inciso final del precepto señala 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*".

El tenor del precepto es claro: "la ejecución proseguirá". Si ello significa que la ejecutante hipotecaria tiene que acudir a otro procedimiento, bien declarativo, bien de ejecución ordinaria, dicho tenor holgaría. De hecho, el art. 579 LEC supone una novedad respecto a la normativa de la [LEC 1881](#), cuyo art. 166 prohibía expresamente la acumulación de juicios ejecutivos cuando sólo se persiguieran bienes hipotecados.

Por lo tanto, como admite la jurisprudencia de forma casi unánime, lo querido y ordenado por el Art. 579 LEC es que dentro del "mismo procedimiento" se acumulen o sigan dos ejecuciones (una hipotecaria y otra ordinaria), cada una sujeta a sus propios ritos y modos de tramitación de forma y fondo. Todo ello por razones de economía procesal y en atención a la razón de fondo, que no es otra que el principio de "responsabilidad universal del deudor" ex Art. 1911 C.civil y 140 L.H., a contrario sensu.

Así, A.A.P. Jaén, secc. 2ª, 14-9-10; Granada, secc. 3ª, 11-4-2008 y 4ª de 16-7-2010; Madrid, secc. 18ª, 7-7-2010, 19ª, de 26-6-2009, 13ª, de 24-3-2009, 12ª de 11-12-2008, 21ª de 27-11-2007, 10ª de 26-11-2007; Guipúzcoa, secc. 2ª de 20-5-2010; Cádiz, Secc. 2ª de 20-4-2010 y 27-4-2007; Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, de 9-4-2010; Sevilla, secc. 5ª de 15-3-2010; Barcelona, secc. 1ª de 23-2-2010; Tarragona, secc. 1ª, de 3-12-2009; Gerona, secc. 1ª, 3-4-2009; Almería, secc. 3ª, de 16-1-2009; Huelva, secc. 2ª, 6-2-2008 y Lérida secc. 2ª, de 10-1-2007.

**TERCERO.-** El A.A.P. Zaragoza, secc. 4ª de 16-12-2010 no rechaza esta interpretación, sino que se refiere a la posibilidad o no de llamar a ese procedimiento a unos legitimados pasivamente (los fiadores personales) y a la necesidad de que el ejecutado "personalmente" pueda defenderse plenamente de una reclamación

ejecutiva que ya no es hipotecaria.

Por lo tanto, el procedimiento no puede archivarse si se solicita su prosecución, porque así lo dice el novedoso [art. 579 LEC](#) . y así se interpreta de forma unánime -o prácticamente- por la jurisprudencia.

**CUARTO.-** Otra cosa es que deba o no presentarse nueva demanda ejecutiva, como medio para que la defensa de esa reclamación personal sea plena. Pero esto es una matización -de indudable relevancia- que no puede servir, sin más para denegar el derecho de acumulación especial que regula el artículo estudiado. Pues ello supondría un rigorismo procesal inadecuado por su evidente subsanabilidad.

**QUINTO.-** En su consecuencia, el procedimiento ha de proseguir por el cauce de las normas ordinarias de la ejecución. Adoptando el juzgado las decisiones de desarrollo pertinentes para evitar que la escueta redacción del at. 579 LEC pudiera originar indefensión a la parte ejecutada. Así, algunas resoluciones entienden que -dentro del mismo procedimiento- la ejecutante habrá de presentar nueva demanda ejecutiva para permitir plena posibilidad de defensa a la ejecutada (por ejemplo A.A.P. Zaragoza, secc. 4ª de 16-12-2010 y Madrid, secc. 12ª de 11-12-2008).

Por ello la parte dispositiva, a mi juicio debía haber dicho:

**La SALA ACUERDA:** Estimar el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de CAJA DE AHORROS DE LA INMACULADA revocando el Auto de 19-Mayo-2011 , objeto de recurso. Declarando el derecho de aquélla a proseguir la ejecución contra Dña. Ariadna por la parte de crédito no satisfecho mediante la ejecución hipotecaria, con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. Adoptando las medidas pertinentes para evitar la posible indefensión de la ejecutada. Así, exigir la presentación de demanda ejecutiva.

Todo ello sin condena en las costas de ninguna de ambas instancias.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra resolución, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.