

La acumulación en la ejecución sobre bienes hipotecados

por

LUIS JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR
Abogado

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: MOTIVOS Y OBJETO DEL ESTUDIO.
2. LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES, PRETENSIONES, PROCESOS O PROCEDIMIENTOS:
 - 2.1. MARCO JURÍDICO:
 - a) *Derecho material: artículos 1.911 CCiv, 105 LH y 140 LH.*
 - b) *Derecho formal anterior a la LEC 2000: artículo 135 antigua LH, 166 antigua LEC y 1447.1 antigua LEC.*
 - c) *Derecho formal vigente: 555 LEC y 579 LEC.*
 - 2.2. OBJETO DE LA ACUMULACIÓN.
 - 2.3. ACCIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
 - 2.4. DISTINTOS SUPUESTOS PRÁCTICOS DE ACUMULACIÓN:
 - a) *Caso de uno o varios deudores hipotecarios.*
 - b) *Caso de deudor hipotecario y no hipotecario.*
 - c) *Caso de deudor hipotecario y fiador solidario.*
 - d) *Caso de deudor no hipotecario e hipotecante no deudor.*
 - e) *Caso de un deudor hipotecario con varias fincas.*
3. EJERCICIO SEPARADO DE ACCIONES:
 - 3.1. CASO DE ACCIONES INDEPENDIENTES Y SUCESIVAS.
 - 3.2. CASO DE ACCIONES INDEPENDIENTES Y SIMULTÁNEAS.
 - 3.3. CASO DE UNA ÚNICA ACCIÓN DE EJECUCIÓN ORDINARIA.
 - 3.4. CASO PROPUESTO DE UNA ÚNICA EJECUCIÓN.
4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: MOTIVOS Y OBJETO DEL ESTUDIO

El presente estudio sobre la acumulación (1) en el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados (2) es reflejo de las dudas surgidas en la práctica y de la experiencia obtenida en esta materia en un momento en el que la garantía hipotecaria se revela claramente insuficiente para la recuperación de los préstamos concedidos años atrás por las entidades financieras, principalmente a causa de la disminución de valor de los inmuebles y de la falta de liquidez en el mercado de las subastas judiciales de inmuebles.

El principio general en materia de responsabilidad patrimonial viene establecido por el artículo 1911 del Código Civil (3), según el cuál, del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.

En el caso de un contrato de préstamo de dinero garantizado mediante una hipoteca, este principio, a diferencia de otros sistemas jurídicos como el estadounidense (4), subsiste y no se ve alterado. Es decir, la obligación principal nacida del contrato de préstamo se ve garantizada por una obligación accesoria nacida del contrato de hipoteca, pero el deudor no responde solo con el bien hipotecado sino con todo su patrimonio. La garantía hipotecaria lo que hace es identificar un bien de los existentes en el patrimonio del deudor y sujetarlo o trabarla al pago de una deuda, dando publicidad a esta traba de tal manera que tenga eficacia frente a terceros.

El principio del artículo 1911 del Código Civil se ve refrendado por el artículo 105 de la LH que establece que la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil.

(1) Como se explica más adelante, la mayoría de la doctrina habla de acumulación de acciones o de pretensiones, si bien mi opinión es ligeramente distinta, al considerar que no existe propiamente una acumulación, pero para facilitar la lectura se utilizan los términos más habituales.

(2) Como también más adelante se hará notar, a lo largo de este artículo se utiliza la terminología habitual de *procedimiento de ejecución ordinario* y *procedimiento hipotecario* o también *sumario hipotecario*, para mantener la terminología comúnmente utilizada, si bien tras la entrada en vigor de la LEC actual ya solo hay un procedimiento de ejecución, con algunas particularidades en caso de ejecución de bienes hipotecados, por lo que no debería hablarse de procedimientos distintos sino de un único procedimiento de ejecución con particularidades.

(3) A lo largo de este estudio se utilizan las abreviaturas habituales para Código Civil (CC), Ley Hipotecaria (LH), Reglamento Hipotecario (RH) y Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

(4) Recientemente se lanzaron propuestas desde la Comunidad de Madrid para defender que la responsabilidad derivada de los préstamos hipotecarios quedara limitada al producto obtenido con la venta de inmueble, posibilidad que ya contempla el artículo 140 de la LH. Ver como ejemplo el diario Cinco Días de 26 de mayo de 2009 o publicaciones electrónicas como www.cotizalia.es de la misma fecha.

Constituida la hipoteca, en caso de incumplimiento de la obligación principal el acreedor hipotecario (5) se debe plantear qué procedimiento va a seguir para satisfacer su crédito. Siguiendo a la doctrina (6) mayoritaria, las opciones del acreedor son las siguientes:

- Iniciar un procedimiento declarativo.
- Iniciar un procedimiento de ejecución ordinario.
- Iniciar un procedimiento hipotecario.
- Iniciar un procedimiento extrajudicial.

Centrándonos en el procedimiento de ejecución ordinario y el hipotecario y descartando los otros dos como objeto de estudio, la doctrina parece estar de acuerdo en que el acreedor que una vez que se produce el incumplimiento del contrato principal pretende ver satisfecho su crédito mediante la realización de cualesquiera bienes del deudor, debe acudir al procedimiento de ejecución ordinario, mientras que si acude al procedimiento hipotecario solo puede dirigirse contra la finca hipotecada sin poder dirigirse, al menos de forma simultánea, contra ningún otro bien del deudor.

El objeto del presente estudio se sintetiza en la siguiente cuestión: ¿es posible pretender la realización de una finca hipotecada por medio del procedimiento sumario hipotecario y, simultáneamente, obtener el embargo y realización de otros bienes del deudor mediante el procedimiento de ejecución ordinario?

Es decir, cuando un acreedor que goza de un derecho accesorio de hipoteca, que garantiza el cumplimiento de la obligación principal pretende reclamar el cumplimiento de la obligación al deudor, ¿tiene que ceñir necesariamente su demanda hipotecaria a la realización de la finca hipotecada como garantía del cumplimiento de la obligación o puede además y de forma simultánea reclamar el embargo de otros bienes diferentes, sobre los que no tiene ningún derecho especial de garantía?

Pues bien, la pregunta objeto de este estudio nos conduce a sensu contrario a la siguiente: ¿por qué debe el acreedor que goza de una garantía hipotecaria constituida con las formalidades legalmente requeridas renunciar al procedi-

(5) Centramos el presente estudio en la figura del acreedor hipotecario, pensando principalmente en la entidad financiera que presta dinero para la compra de un inmueble que es hipotecado como garantía. También se puede aplicar lo dicho, con las matizaciones oportunas, al derecho real de prenda.

(6) MONTERO AROCA, 2001, pág. 283. El mismo autor ya defendía estas opciones en MONTERO AROCA, 1997. Véase también ADAN DOMENECH, 2009, pág. 54. También ROCA SASTRE, 1997, pág. 1021, defendía la existencia de una acción real hipotecaria y una personal netamente separada. Para otros autores, en cambio, la acción personal en todo caso es subsidiaria de la acción real hipotecaria. Así opinan, entre otros, LALAGUNA, 1997, pág. 53, y también DÍEZ-PICAZO, 1995, pág. 71.

miento hipotecario si quiere además perseguir otros bienes del deudor? O, en otras palabras ¿qué norma es la que impide al acreedor hipotecario seguir un procedimiento hipotecario contra la finca hipotecada y simultáneamente perseguir otros bienes del deudor?

Cuando un prestamista y un prestatario se obligan por medio de un contrato de préstamo, el prestamista acuerda dejar dinero a cambio de que el prestatario lo devuelva en un plazo determinado y añadiendo el pago de unos intereses determinados.

Como garantía de que el prestatario va a cumplir con su obligación, el ordenamiento jurídico concede al prestamista una acción declarativa mediante la cual puede dirigirse contra el deudor y, una vez obtenga un título ejecutivo judicial, podrá iniciar un procedimiento ejecutivo y embargar cualquier bien en virtud del artículo 1911 del Código Civil.

Pero, dando un paso más, el ordenamiento jurídico ofrece al prestamista la posibilidad de acudir directamente al procedimiento ejecutivo, mediante la creación de un título ejecutivo no judicial: la escritura pública, ahorrándose con ello el procedimiento declarativo.

Pero aún hay más; para no tener que andar buscando y embargando entre los bienes del patrimonio del deudor, y ante el riesgo de que su patrimonio disminuya entre el tiempo transcurrido desde el contrato de préstamo hasta el procedimiento judicial de reclamación, el ordenamiento pone a disposición de las partes un instrumento jurídico, la garantía hipotecaria, mediante el que las partes pueden identificar un bien concreto del patrimonio del deudor en el momento de otorgarse el contrato de préstamo y sujetarlo al pago de la deuda, de manera que si caso de incumplimiento el acreedor inicia el procedimiento ejecutivo basado en la escritura pública, este ya cuente con un bien concreto y perfectamente identificado en el patrimonio del deudor contra el que dirigirse, con independencia incluso de que siga o no en el patrimonio del deudor.

Pero el ordenamiento todavía va más allá, y pone a disposición del acreedor la posibilidad de acudir a un procedimiento más rápido de ejecución que el ordinario para realizar ese bien concreto perfectamente localizado, identificado y sujeto al pago de la obligación mediante la hipoteca. Así, supone una garantía o mejora procesal, el procedimiento hipotecario, a través del cual el acreedor va a poder subastar directamente la finca hipotecada, exigiendo a cambio el legislador que el título en que se base la ejecución cumpla con unos requisitos formales como son la tasación previa del inmueble a efectos de subasta y la fijación de un domicilio en el que realizar el requerimiento de pago al deudor (art. 682.2 LEC).

Y por si el acreedor todavía considera que existe algún riesgo de no ver satisfecho su crédito con todo lo anterior, todavía tiene más instrumentos a su alcance como obligar al deudor a constituir otras garantías reales sobre

otros bienes, con lo que los identificará y sujetará al pago para caso de incumplimiento; o exigir que un tercero garantice personalmente la deuda, un fiador, que además se podrá obligar de forma solidaria, con lo que el acreedor podrá dirigirse contra dos patrimonios (*todos los bienes presentes y futuros* del art. 1911), en vez de uno; o incluso obligar al deudor a suscribir una póliza de seguro para que, en caso de fallecimiento, o también de pérdida del empleo, sea la compañía aseguradora quien se haga cargo del cumplimiento de la obligación, etc. En definitiva, todas ellas son medidas para reducir o transferir el riesgo de insolvencia del deudor principal del contrato de préstamo, tienen carácter accesorio, y pueden existir de forma simultánea.

Aunque todo lo anterior es una obviedad, vale la pena recordarlo para tener en cuenta que son garantías a disposición de las partes y que facilitan el tráfico jurídico y económico. Y que cuando las partes acuden al instrumento de la escritura pública y a constituir una hipoteca, consignando en la escritura los requisitos legales para poder acceder al procedimiento hipotecario, etc., lo que pretenden, sobre todo el acreedor, es sumar garantías; quedar mejor protegido en su derecho de crédito; tener la seguridad de que pase lo que pase, ante cualquier riesgo, va a poder ver satisfecho su derecho de crédito. En definitiva, lo que el acreedor obtiene es seguridad jurídica. Y eso hace que preste dinero y, en definitiva, es un pilar fundamental de nuestra economía y nuestro sistema financiero (7).

Por lo tanto, cuando antes nos preguntábamos si el acreedor tenía que renunciar al procedimiento hipotecario si quería realizar la finca hipotecada por el procedimiento más rápido y además y simultáneamente dirigirse contra otros bienes del patrimonio del deudor, hemos de tener en cuenta que cuando se constituyó la hipoteca con los requisitos que establece la LEC para acudir al procedimiento hipotecario, seguramente lo que pretendía era sumar una garantía a las que ya tenía.

Es decir, cuando el acreedor ya tenía el título ejecutivo (la escritura notarial), y ya había acordado con el deudor la constitución de la hipoteca (salvando el requisito indispensable de la inscripción a efectos dialécticos), el acreedor ya tenía la garantía de poder acudir a un procedimiento de ejecución ordinario para perseguir cualquier bien del deudor, incluyendo el inmueble hipotecado, debiendo tratar embargo sobre ellos y luego realizarlos mediante venta públi-

(7) La hipoteca es un instrumento jurídico de reducción del riesgo de insolvencia del deudor. En los tiempos actuales de crisis financiera, el riesgo de insolvencia que antes reducía y casi eliminaba la garantía hipotecaria, se ha visto agravado por la reducción del valor de mercado de los inmuebles que actúan como garantía y por la falta de liquidez para recuperar el crédito con el producto de su venta pública.

ca, excepto con relación al bien hipotecado sobre el que no haría falta trabar embargo (8).

(8) La inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad supone una traba sobre el bien que queda sujeto al cumplimiento de la obligación principal y determina el rango, sin que sea necesaria una anotación preventiva de embargo del bien por el hecho de haber acudido a una ejecución ordinaria. En el mismo sentido, MONTERO AROCA, 2001, pág. 285. Ilustrativo de esta postura es el Auto de 28 de abril de 1998 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.^a) que establece que: «...Para la más adecuada comprensión de la cuestión planteada han de tenerse en cuenta las características comunes a las figuras jurídicas del "embargo ejecutivo" y de la "hipoteca" y que son las siguientes: 1.^a Tanto el embargo ejecutivo como la hipoteca comprenden en su estructura una afección de unos determinados bienes a una ejecución. 2.^a Tanto el embargo ejecutivo como la hipoteca cumplen la función de concretar los bienes sobre los que una determinada actividad de apremio ha de versar, si la misma llega a producirse. Estas comunes características han llevado a un sector de nuestra doctrina a calificar la hipoteca de "embargo convencional anticipado". Y sin que con ellas quiera negarse la patente concurrencia de peculiares características de cada una de estas figuras no compartidas por la otra (así el embargo ejecutivo es un acto que forma parte de un proceso de ejecución mientras que la hipoteca surge extraprocesalmente al margen del proceso de ejecución. El embargo ejecutivo se practica por un órgano jurisdiccional, mientras que la hipoteca se constituye por un acuerdo celebrado entre particulares. El embargo ejecutivo tiene lugar una vez que ya ha sido despachada una ejecución mientras que la hipoteca preordena una ejecución futura y eventual).

Pero las reseñadas peculiaridades no empañan el que las análogas apuntadas permitan afirmar que los efectos que produce el embargo ya se han conseguido con la hipoteca. En consecuencia, resulta innecesario embargar el bien hipotecado. Una vez incoada la ejecución, el bien hipotecado puede ser sometido a la actividad de apremio, sin necesidad de practicar sobre el mismo el embargo. Tesis que es la mantenida por nuestra doctrina científica especializada, por la que se indica, como dato fundamental, el que la ley prescinde, sin más del embargo cuando se trata de un proceso de ejecución que recae solo sobre el bien hipotecado (así en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se acude directamente a la vía de apremio mediante la reclamación al Registrador de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes —regla 4.^a— sin previo embargo).

Sin embargo, la DGRN no siempre ha mantenido este criterio. Ver, por ejemplo, la Resolución de 10 de diciembre de 1997: «Es indudable que cuando el acreedor hipotecario acude a la vía del juicio ejecutivo ordinario para el cobro de su crédito, puede hacer valer simultáneamente la acción personal inherente al crédito garantizado y consignado en documento con fuerza ejecutiva, y la acción real derivada de la garantía hipotecaria (cfr. arts. 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 126 y 127 de la Ley Hipotecaria). Ahora bien, en tales supuestos, la ejecución, en lo que respecta a los bienes especialmente hipotecados, presenta importantes particularidades con respecto al apremio de bienes derivado del ejercicio de una acción puramente personal, que derivan fundamentalmente de la posibilidad de que entre la hipoteca que se ejecuta y el embargo del bien hipotecado a realizar (que, pese la preexistencia de la garantía, es necesario practicar, conforme previene el artículo 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), se hayan constituido derechos sobre dicho bien en favor de terceros. Estos terceros (a diferencia de los que adquieran derechos sobre el bien después del embargo) deberán ser advertidos por el Juez de la existencia del procedimiento —y del ejercicio en él de la acción hipotecaria— a los efectos previstos en los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria (si se trata de terceros poseedores), y 1490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (si se trata de titulares de derechos reales limitados sobre el bien); y, además, y a diferencia de lo previsto en el artículo 1520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del precio de remate del bien hipotecado solo podrán detraerse para pagar al actor, las cantidades necesarias para

Y cuando decide dar un paso más y consignar en la escritura los requisitos legales determinados en la LEC para poder acudir a un procedimiento de ejecución hipotecario (valor de tasación y domicilio del deudor), lo que pretende es sumar una garantía a las que ya tenía para poder acudir a un procedimiento más rápido y ágil para la realización del bien hipotecado. Se trata de una garantía o privilegio de naturaleza procesal añadido a la mera hipoteca que lo que permite es acudir a un procedimiento sumario (9).

Por tanto, son las normas procesales las que en su caso posibilitan al acreedor hipotecario el ejercicio simultáneo de las acciones pertinentes contra la finca hipotecada y contra el resto de bienes del deudor. Es decir, que son las normas procesales las que dan respuesta a la pregunta que formulábamos al principio de este estudio. Y la respuesta a si el acreedor tiene que renunciar al procedimiento hipotecario o no, en definitiva, la encontramos en el fenómeno de la acumulación de acciones o procedimientos.

Antes de entrar a analizar este fenómeno aplicado sobre la realización de la garantía hipotecaria, vamos a recordar y analizar brevemente el marco jurídico aplicable a esta cuestión.

cubrir su crédito en la medida en que resulta asegurado por la garantía (cfr. arts. 9, 12, 104, 114 y 131 de la Ley Hipotecaria), de modo que bien puede ocurrir que aun siendo el precio de remate superior al crédito definitivo del actor por los distintos conceptos, al exceder este del límite de las respectivas coberturas hipotecarias, quede parcialmente insatisfecho, pues el exceso de dicho precio de remate sobre el límite de la cobertura hipotecaria debe ponerse a disposición de los titulares de esos derechos intermedios. TERCERO. Por otra parte, en estos supuestos de ejercicio simultáneo de la acción personal y de la acción hipotecaria inherentes al crédito hipotecario, es igualmente preciso que tal circunstancia resulte claramente y desde el momento inicial, en la configuración del procedimiento y en todas sus manifestaciones públicas (anuncios de las subastas, anotación de embargo del bien trabado, etc.), a fin de que los terceros puedan conocer la concreta preferencia de que goza el crédito del actor sobre el bien a ejecutar, y, consiguientemente, las responsabilidades que por el juego del principio de purga parcial recogido por el artículo 133.2 de la Ley Hipotecaria, seguirán pesando sobre dicho bien tras su remate; de este modo se evitarán tercerías, acaso, innecesarias, se facilita a los eventuales postores un conocimiento preciso de los factores que determinarán la cuantía económica de sus pujas, y se posibilita la obtención del mejor precio de remate, y es que el eventual desconocimiento de que se está ejecutando la hipoteca, llevaría a los postores a descontar del valor del bien, el importe de las cargas y gravámenes recayentes sobre el bien a ejecutar constituidas antes del embargo pero después de la hipoteca, a pesar de que estos se van a extinguir, y ello, sobre beneficiar injustificadamente al rematante (que adquirirá el bien libre de responsabilidades que consideraba iban a subsistir), perjudicará gravemente no solo al actor y al propio deudor, sino también a los titulares de todas las cargas que se extingan como consecuencia de la ejecución del bien afecto sean anteriores o posteriores al embargo (al reducirse las posibilidades de existencia de remanente)».

(9) Es similar a las letras de cambio, cheques y pagarés que, al margen de su función cambiaria, el ordenamiento prevé un procedimiento especial para su reclamación. Se trata también de un privilegio procesal para cuyo disfrute deben cumplir con una serie de requisitos formales. Y en caso de incumplirse la sanción que impone el ordenamiento no es la extinción del derecho sino el deber de acudir a un procedimiento declarativo.

2. LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES, PRETENSIONES, PROCESOS O PROCEDIMIENTOS

2.1. MARCO JURÍDICO

a) *Derecho material: artículos 1.911 CCiv, 105 LH y 140 LH*

Establece el artículo 1911 del Código Civil el principio de responsabilidad patrimonial universal, según el cual: *Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.*

Es decir, que cuando el deudor se obliga frente al acreedor, expone todo su patrimonio presente y futuro al cumplimiento de la obligación.

Por su parte, el artículo 105 de la LH reconoce que: *La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil.*

Es decir, que el hecho de que la garantía recaiga sobre un bien concreto no limita ni excluye al resto de bienes del deudor de su responsabilidad para con el acreedor.

El 140 de la LH, por su parte, establece que: *No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.*

En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor.

En este caso, sí contempla la LH la posibilidad de limitar la responsabilidad patrimonial universal del deudor a un bien concreto, pero exigiendo para ello pacto expreso. Luego cabe afirmar que es posible la limitación material de la responsabilidad del deudor al producto que se obtenga con la venta pública de la finca hipotecada (10).

b) *Derecho formal anterior a la LEC 2000: Artículo 135 antigua LH, 166 antigua LEC y 1447.1 antigua LEC*

La LEC actualmente vigente supone un punto de inflexión en esta materia, al modificar determinados preceptos de la LH y modificar el juicio ejecutivo anterior.

(10) Véase nota 4.

El artículo 135 de la LH, antes de la reforma operada por la LEC, establecía en su último párrafo que: *Los autos de procedimiento sumario que establece esta Ley Hipotecaria no son acumulables entre sí, ni tampoco a los del juicio ejecutivo, ni a un juicio universal.*

Por su parte la antigua LEC, en su artículo 166, establecía que: *No procederá la acumulación de los juicios ejecutivos entre sí; ni a un juicio universal, cuando solo se persigan los bienes hipotecados, salvo el caso previsto en el artículo 133 de la Ley Hipotecaria.*

Y en el artículo 1447.1, establecía que: *Si hubiere bienes dados en prenda o hipotecados especialmente, se procederá contra ellos en primer lugar.*

Vemos que la antigua LH hablaba de acumulación de *autos* y la LEC de *juicios*, estableciendo además una preferencia en la ejecución sobre los bienes hipotecados.

Se establecía por tanto la imposibilidad de acumular un procedimiento hipotecario a otros procedimientos hipotecarios y a ejecuciones ordinarias o universales.

De aquí, la doctrina estaba de acuerdo en que las opciones del acreedor hipotecario eran, o bien acudir a una ejecución ordinaria persiguiendo todos los bienes del deudor y, en su caso, del fiador, o bien seguir una ejecución hipotecaria dirigida solo contra la finca hipotecada.

En cualquier caso, se trata de normas procesales que limitan indirectamente el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, ya que obligan al acreedor hipotecario a optar por un procedimiento sumario (11), con las ventajas que conlleva pero dirigido únicamente contra la finca hipotecada, o bien por un procedimiento ejecutivo ordinario que, sin ser tan rápido como el anterior, puede dirigir contra todo el patrimonio del deudor y contra otros codeudores no hipotecarios y fiadores, si existen.

c) *Derecho formal vigente: 555 LEC y 579 LEC (12)*

El artículo 555 de la actual LEC establece que:

1. *A instancia de cualquiera de las partes, se acordará la acumulación de los procedimientos de ejecución pendientes entre el mismo acreedor ejecutante y el mismo deudor ejecutado.*

(11) A lo largo del artículo haré referencia al carácter *sumario* del procedimiento hipotecario, aclarando que a mi juicio tan sumario es el procedimiento hipotecario como el ordinario de ejecución, al estar en ambos casos limitada la fase cognitiva. Sin embargo, para facilitar la lectura, mantendré también aquí la terminología más frecuente.

(12) Me centro en estos artículos al ser los que generan dudas sobre la posibilidad de la acumulación en la ejecución hipotecaria, dejando fuera del alcance de este estudio los artículos 71 a 73 sobre la acumulación de acciones y 74 a 80 sobre la acumulación de procesos, a los que haré referencia cuando sea necesario.

2. Los procedimientos de ejecución que se sigan frente al mismo ejecutado podrán acumularse, a instancia de cualquiera de los ejecutantes, si el tribunal que conozca del procedimiento más antiguo lo considera más conveniente para la satisfacción de todos los acreedores ejecutantes.

3. La petición de acumulación se sustanciará en la forma prevenida en los artículos 74 y siguientes.

4. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente sobre bienes especialmente hipotecados, solo podrá acordarse la acumulación a otros procedimientos de ejecución cuando estos últimos se sigan para hacer efectivas otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes.

Y, por su parte, el artículo 579 de la LEC, que: *Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. 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.*

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia (13) interpreta de los anteriores preceptos que el acreedor hipotecario debe optar necesariamente entre iniciar un procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, que en teoría es más rápido que

(13) No falta quien es partidario de la acumulación de acciones de ejecución en algunos supuestos. Así, MARTIN DIZ, 2000, pág. 193, dice que: «*¿Debemos entender del estricto tenor del artículo 555.4 de la nueva LEC que no cabría la acumulación a aquellas ejecuciones de bienes hipotecados que se sigan por los trámites de otro procedimiento que no sea la especialidad hipotecaria? nuestra respuesta es favorable a la acumulación entre ejecuciones sobre el mismo bien seguidas en uno u otro trámite, pese a la dicción errónea del precepto. Ello redundaría en una reducción de trámites de cara a la venta y realización del bien y la compensación de la deuda a los acreedores en el orden legalmente establecido*». Y continúa más adelante analizando la acumulación de pretensiones, donde concluye que: «...en una misma demanda sería admisible que contuviera múltiples peticiones de realización judicial de bienes previamente hipotecados, o lo que es lo mismo, una acumulación de pretensiones siempre y cuando incumban a bienes hipotecados en garantía de deudas independientes entre sí pero entre un mismo acreedor y deudor; o en su defecto hipotecante no deudor».

También parece admitirla la SAP de Barcelona, de 14 de mayo de 2004, tesis que es acogida por otras sentencias, como la SAP de Burgos, de 22 de mayo de 2006, al afirmar que: «*cuando en un mismo documento público, que reúne todos los requisitos previstos en el artículo 517.2.4.^º de la LEC, se constituye una garantía hipotecaria, el acreedor tiene dos títulos ejecutivos perfectamente compatibles entre sí e instrumentados en un único documento, siendo el primero la escritura constitutiva del derecho real de hipoteca que se puede ejecutar por el procedimiento de ejecución sumario del 131 LH, actualmente a través del procedimiento previsto en los artículos 681 y siguientes de la LEC, y el segundo esa misma escritura, en cuanto reúne los requisitos del artículo 517.2.4.^º de la LEC, persiguiéndose con este segundo procedimiento todo el patrimonio del deudor presente y futuro con el que responde de sus obligaciones en aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil, y ello porque en tales casos coexiste en un mismo título*

el ordinario pero que solo puede dirigir contra la finca hipotecada, o bien iniciar un procedimiento de ejecución ordinario, no tan rápido como el anterior pero que puede dirigir contra todo el patrimonio deudor. Es decir, que la conclusión para muchos es la misma que bajo el régimen jurídico anterior.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la regulación de la actual LEC del procedimiento de ejecución se diferencia fundamentalmente de la regulación anterior en que se crea un único procedimiento de ejecución (14). Efectivamente, el procedimiento de ejecución hipotecaria actual no es sino una especialidad del procedimiento de ejecución. Aunque habitualmente se hable de procedimiento hipotecario, en realidad con la LEC actual se debería hablar de procedimiento de ejecución dineraria con las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados. A pesar de ello, en el presente trabajo se mantiene la expresión procedimiento hipotecario o sumario hipotecario, para diferenciarlo del ordinario, pero aclarando que en realidad no se trata de dos procedimientos de distinta naturaleza, sino que el hipotecario es una especialidad en la ejecución, que es única. Ni siquiera se debe hablar ya de ejecución *ordinaria*, ya que no hay ejecuciones especiales, sino particularidades de la ejecución.

En cualquier caso, vemos que si bien el acreedor lo único que pretende es recuperar el dinero del préstamo, el ordenamiento procesal le ofrece distintos cauces para ello.

Por lo tanto, y esto es importante tenerlo en cuenta, son las normas procesales las que en su caso impondrán al acreedor una limitación consistente en no poder pretender la satisfacción de su crédito mediante la ejecución sumaria de la finca hipotecada y, simultáneamente, mediante la ejecución de otros bienes del deudor distintos de la finca hipotecada. Y lo harán por medio de impedir al acreedor acumular ambas acciones o procedimientos.

dos tipos de deudas, una real y otra personal, que se pueden ejecutar por cauces completamente diferentes pero compatibles entre sí».

Sin embargo, tras analizar estas posturas, lo que admiten es la acumulación de la llamada acción real y la acción personal pero por los cauces procesales del procedimiento de ejecución ordinario. Lo que aquí defiendo va un paso más allá. Se trata de la acumulación de la acción real y la acción personal, pero siguiendo en el primer caso los cauces procesales de los artículos 681 y siguientes de la LEC y en el segundo caso los de los artículos 571 y siguientes.

(14) Así lo establece la Exposición de Motivos de la LEC y su propia estructura sistemática. Para mayor detalle, ver MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, 2004, pág. 79, en la que tras realizar un exhaustivo análisis de la evolución de nuestra normativa procesal, dicen que: «*el juicio ejecutivo ha desaparecido en la LEC 2000, en la que se regula un único proceso de ejecución, que se aplica sea cual fuere el título ejecutivo (...) Naturalmente la existencia de una única ejecución no puede suponer que no existan normas propias de una (la de títulos judiciales o asimilados) o de otra (la de títulos no judiciales)».*

2.2. OBJETO DE LA ACUMULACIÓN

La anterior LEC hablaba de acumulación de *acciones* o de *autos* (15), mientras que la actual habla de *acciones* o *procesos* (16). La doctrina, por su parte, considera que lo más correcto es hablar de *pretensiones y procesos* (17).

En cualquier caso, de lo que se trata es de diferenciar dos momentos en los que se puede llevar a cabo el fenómeno de la acumulación: el momento inicial del procedimiento o una vez ya se ha iniciado este.

La posición del acreedor hipotecario frente al deudor a mi juicio es única: cobrar la deuda mediante la ejecución de bienes del deudor. El procedimiento es solo una cuestión formal o instrumental. Es el *cómo* lo va a recuperar. Por tanto, cabe decir que la pretensión al menos material (18) del acreedor es solo

(15) Artículos 153 y sigs. y 160 y sigs.

(16) Artículos 71 y sigs. y 74 y sigs.

(17) Ver por todos, MONTERO AROCA, 2001, pág. 273: «...*hoy se está hablando de clases de pretensiones y no de acciones*». Y el mismo autor en MONTERO AROCA, 1997, pág. 1129: «*Si no tiene sentido distinguir entre acciones reales y personales, ha de estarse a la clase de pretensión siendo el criterio clasificador de estas la referencia al tipo de tutela jurisdiccional que se pide, lo que lleva a la distinción entre pretensiones declarativas y pretensiones ejecutivas. (...) Lo que altera el esquema normal de los títulos ejecutivos y de la ejecución cuando se trata de los créditos hipotecarios es que realmente no existe un título, sino que el acreedor dispone de dos títulos ejecutivos, uno la escritura pública en que se documenta el derecho de crédito y otro la escritura pública en la que se constituye la hipoteca (siempre que esté inscrita en el Registro de la Propiedad). El que normalmente uno y otro acto jurídico aparezcan bajo la forma de una sola escritura no debe esconder la realidad de la existencia de dos negocios jurídicos y, en sentido material, de dos escrituras públicas. Sin perjuicio de tener en cuenta que la hipoteca es siempre accesoria, por cuanto su misma existencia requiere de la existencia de una obligación personal, no puede desconocerse que aquella supone un derecho distinto del de crédito, y que uno y otro derecho se plasman en documentos que son títulos ejecutivos por sí mismos. Esto es, hay que partir de la existencia de dos títulos ejecutivos y consiguientemente, de dos pretensiones ejecutivas distintas que se fundamentará cada una de ellas en un título ejecutivo».*

(18) La doctrina suele hablar de la *pretensión* como el objeto del proceso. Así, distinguen entre pretensiones declarativas de un derecho, constitutivas, ejecutivas, etc. Por ejemplo, MONTERO AROCA, 1997, párrafo 1138, sustituyendo el concepto de *acción* por el de *pretensión* dice que: «...*si el acreedor opta por acudir a un proceso de ejecución lo hará formulando, en todo caso, una pretensión ejecutiva, pero esta puede tener un doble fundamento: 1.º Título ejecutivo que es la hipoteca, y entonces podemos hablar de pretensión ejecutiva hipotecaria. 2.º Título ejecutivo que es la escritura pública (...) y de la que podría hablarse de pretensión ejecutiva crediticia*». También, aunque utilizando el término *acción* en vez de *pretensión*, ADAN DOMENECH, 2009, pág. 50, para quien: «*La hipoteca no adquiere una vida autónoma sino que la misma se encuentra sometida a una relación de causalidad respecto de un negocio jurídico subyacente. Esta circunstancia presupone la existencia de dos relaciones jurídicas con sustantividad propia pero estrechamente ligadas entre ellas, el negocio subyacente y la institución de la hipoteca, derivándose de ambas a favor del acreedor hipotecario una doble acción contra el deudor, la primera de ellas, una acción personal consecuencia del incumplimiento contractual por parte del obligado, y una segunda, la acción hipotecaria, fruto de la función garantista de la hipoteca*». En el mismo sentido, y citado por el anterior,

una, a diferencia de otros casos en los que sí se acumulan pretensiones, como el acreedor que demanda el pago de una deuda impagada y además la resolución del contrato, o que exige el cumplimiento forzoso de una obligación y los daños y perjuicios.

En nuestro caso, el acreedor reclama que se le devuelva el importe de la deuda. Y a esta pretensión única, acumula en su caso la de indemnización por daños y perjuicios, consistente en el interés de demora que se suele haber pactado en la escritura de préstamo.

Por tanto, bajo mi punto de vista no es del todo cierto el que exista una acumulación de acciones, una real contra la finca hipotecada y una personal contra el deudor, sino que la acción es única y de ejecución, independientemente de que para realizar unos bienes se deba seguir un procedimiento y contra el resto se deba seguir otro, dentro del mismo proceso. A pesar de esto y por ser la terminología más habitual, me continuaré refiriendo a la acumulación de acciones para defender mi postura de la unidad de la ejecución.

Igualmente, no estoy de acuerdo que existan dos pretensiones o una sola con doble fundamento. Creo que el proceso de ejecución actual es único y que la ejecución de una finca hipotecada no es sino una especialidad dentro del procedimiento de ejecución. El procedimiento de ejecución se dirige contra todo el patrimonio deudor en base a un título ejecutivo y el hecho de que exista un bien hipotecado no significa otra cosa que la innecesariedad de tratar embargo sobre dicho bien. Se ejecuta el título ejecutivo que lleva incorporado el derecho del acreedor, que es único y consiste en un derecho de crédito por el importe del préstamo más los intereses que haya lugar a reclamar. Su *pretensión*, a mi juicio, es recuperar el principal que reclama (capital e intereses pactados y devengados), y para ello puede bastarle con el apremio de la finca hipotecada o bien puede necesitar el embargo de otros bienes adicionales. Y para ello podrá acudir a un procedimiento de ejecución hipotecario, ordinario o incluso optar por un declarativo, pero mi opinión es que la *pretensión*, al menos material y definida como el resultado que busca el actor al acudir al proceso, es la misma: satisfacer su derecho de crédito mediante la ejecución directa de bienes del patrimonio deudor. El procedimiento que utilice es solo el camino que sigue para alcanzar su objetivo. Por eso digo que no existen dos pretensiones distintas, sino una única pretensión que se puede alcanzar por medio de distintos procedimientos.

Cuando el acreedor exige y el deudor concede el otorgamiento de una garantía hipotecaria, lo que está haciendo es reforzar sus posibilidades de cobro

BARBANCHO, 2000, pág. 3081: «*El acreedor hipotecario, como titular del crédito hipotecario, ostenta una doble titularidad activa. Por una parte es titular de un derecho de crédito y, por otra es titular del derecho real de hipoteca que garantiza el cumplimiento de la obligación o satisfacción del crédito*». ROCA SASTRE, 1979, pág. 1021, distingue netamente entre una acción personal contra el deudor y que afecta a todo su patrimonio y una acción real hipotecaria que se dirige exclusivamente contra el bien hipotecado.

mediante la identificación y gravamen de un bien concreto del patrimonio del deudor. Es un embargo extrajudicial o convencional y previo al impago de la deuda que asegura el rango del derecho del acreedor para el caso de incumplimiento futuro de la obligación.

Desde un punto de vista del riesgo financiero, cuando el acreedor presta dinero tiene el riesgo de que el deudor cambie de fortuna, y que no solo no pueda devolver el préstamo, sino que no tenga tampoco el bien inmueble que sí tenía en el momento de otorgar el contrato, porque precisamente lo compró con el dinero prestado. Por ello, el acreedor reduce ese riesgo mediante la constitución a su favor de un gravamen sobre ese bien que tiene perfectamente identificado en el momento de constituirse la obligación. Pero no solo eso, sino que además el acreedor adopta las cautelas necesarias para, en caso de impago, poder realizar el bien por un procedimiento más rápido que el común, de manera que no tenga que discutir sobre la existencia o no de la deuda, ni tenga que sufrir maniobras dilatorias por parte del deudor, sino que directamente pueda sacarlo a subasta para con su producto ver satisfecho su crédito.

Lo que quiero decir es que la formalidad de otorgar el préstamo ante notario, pactar el valor de tasación, fijar el domicilio a efectos de notificaciones, etc., no es otra cosa que reforzar el derecho de crédito mediante una garantía formal, es decir, la garantía de que puede acudir a un procedimiento sumario en vez de a un procedimiento de ejecución ordinario. Es, como decíamos al principio una garantía añadida a la que ya tenía con la *simple hipoteca*.

En definitiva, la adopción de estas garantías no supone que el acreedor tenga una nueva pretensión o más pretensiones de las que tendría en caso de no haberlas adoptado, sino que la pretensión del acreedor es la misma, tanto si existe garantía como si no. Lo que ocurre es que en caso de tener una garantía hipotecaria constituida con las formalidades previstas en la LEC tendrá a su alcance una vía procesal privilegiada para la satisfacción de su derecho.

Además, con la actual LEC no cabe hablar ya de *acción o pretensión ejecutiva e hipotecaria* como conceptos distintos puesto que solo hay un procedimiento de ejecución en el que, de existir bienes hipotecados en el patrimonio deudor, su apremio y realización se tramita a través de un procedimiento especial exclusivo para dichos bienes (19).

(19) Los artículos 681 y siguientes LEC se encuentran en el Capítulo V, dentro del Título IV del Libro III, bajo la rúbrica *De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*, y lo que hacen es regular las particularidades de la ejecución cuando el acreedor cuenta con una garantía real (hipoteca o prenda) sobre un bien concreto. Las particularidades consisten, entre otras, en que los motivos de oposición son más reducidos que en la ejecución ordinaria y sobretodo que no hace falta tratar embargo sobre dichos bienes, ya que la prenda o hipoteca es un embargo convencional anticipado.

2.3. ACCIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Como se desprende de todo lo visto hasta ahora, el problema radica en si las normas procesales están delimitando un derecho material, como es el de perseguir todos los bienes presentes y futuros. Efectivamente, la imposibilidad de perseguir tanto la finca hipotecada como el resto de bienes, de forma simultánea, supone una suerte de derecho de excusión a favor del deudor y dentro de su propio patrimonio, de manera que primero se debe agotar la ejecución contra finca hipotecada y luego proceder contra el resto de bienes.

Es más, en caso de existir otros deudores en la misma obligación, ya sean principales por haber tomado prestado el dinero de forma conjunta, o accesorios por ser fiadores, también se ven beneficiados por esta limitación formal que el derecho procesal les confiere, ya que hasta que no se agote la garantía hipotecaria, el acreedor no se puede dirigir contra ellos (20).

Pero, ¿puede una norma de derecho formal limitar una norma de derecho material? Las normas formales son mero cauce para el ejercicio de los derechos materiales. Sin embargo, en el presente supuesto nos encontramos con que teóricamente las normas procesales obligan al acreedor a tomar una decisión: o demanda solo al deudor hipotecario e intenta satisfacer su derecho de crédito con la venta pública de la finca hipotecada y, una vez agotada esta, continuar el procedimiento de ejecución ordinario; o bien renuncia a la sumariedad del procedimiento hipotecario y dirige su demanda desde el inicio por la vía de la ejecución ordinaria contra todos los deudores y todo su patrimonio.

Como vemos, son las normas procesales las que nos dan los cauces por los que debe dirigirse el acreedor y las que le están obligando a optar, renunciando en uno y otro caso a algún beneficio (en uno renuncia a la rapidez procesal y en otro a los patrimonios garantes distintos de la finca hipotecada hasta que se agote la realización de esta).

¿Es conforme a derecho que las normas procesales limiten de algún modo los derechos materiales, en este caso del acreedor hipotecario? La respuesta a esta pregunta merece un análisis mucho más profundo y que escaparía del alcance de este estudio, por lo que de momento me permito tomar la duda que esta pregunta suscita como criterio a favor de una interpretación de las normas procesales que permita la acumulación de ambas acciones o pretensiones.

(20) Todo lo anterior se entiende sin perjuicio del derecho del acreedor de acudir a un procedimiento de ejecución ordinario y dirigirse contra todo el patrimonio del deudor hipotecario, del no hipotecario y del fiador, en su caso, pero perdiendo o renunciando a las ventajas del procedimiento hipotecario.

2.4. DISTINTOS SUPUESTOS PRÁCTICOS DE ACUMULACIÓN

Analicemos a continuación diversos supuestos prácticos en los que actuaría el fenómeno de la acumulación de acciones que se defiende en este trabajo.

a) Caso de uno o varios deudores hipotecarios

En el caso de que existan uno o varios deudores hipotecarios, realmente existe una obligación principal nacida de un contrato de préstamo de dinero y una obligación accesoria nacida de un contrato de garantía, que es la hipoteca (21).

No existen a mi juicio dos pretensiones distintas, por lo menos materialmente, sino dos procedimientos para satisfacer el mismo derecho de crédito del acreedor.

No se trata de acumular pretensiones, sino de una única pretensión ejercitable por diversos cauces procesales.

Si hacemos una interpretación estricta del artículo 555 de la LEC, cabe esgrimir a favor de la posibilidad de simultanejar el procedimiento de ejecución ordinario y el hipotecario los siguientes argumentos:

El artículo 555 de la LEC es aplicable a la acumulación de procedimientos de ejecución ya iniciados, mientras que aquí hablamos de la acumulación inicial, esto es, de acciones, por lo que no sería strictu sensu de aplicación (22).

(21) MARTIN DIZ, 2000, pág. 178: «...no debemos olvidar que la hipoteca no es una entidad independiente, sino que va íntimamente ligada al derecho de crédito al que garantiza, y que como acertadamente había hecho constar CALVO SÁNCHEZ, es preciso diferenciar las dos relaciones existentes en el momento del incumplimiento: de una parte la relación crediticia entre acreedor y deudor, que da lugar a la reclamación de la cantidad no satisfecha a través de una pretensión de naturaleza personal, y la relación hipotecaria propiamente dicha, que surge de la constitución en escritura de dicho instrumento afianzador; cuya consecuencia en el terreno procesal es una pretensión real que permite la persecución del bien hipotecado en orden a realizar sobre él la garantía constituida».

(22) MONTERO AROCA, 2004, pág. 593: «Debe tenerse en cuenta que la regulación legal de la acumulación inicial de acciones está prevista en la LEC para los procedimientos de declaración, no de ejecución». GARBERÍ LLLOBREGAT, 2007, pág. 341, para quien: «Es evidente, por tanto, que quien posea derechos incorporados a dos o más títulos ejecutivos frente a un mismo ejecutado no se le puede exigir que interponga tantas demandas ejecutivas cuantos sean los títulos que ostente para que, al fin y a la postre, todos esos diferentes procedimientos de ejecución incoados a instancia del mismo ejecutante sean acumulados sobrevenidamente al amparo del artículo 555 LEC. Por ello, en suma, porque el exigir la incoación de varios procedimientos de ejecución susceptibles de ser acumulados con posterioridad, una vez se encuentren pendientes, es algo totalmente absurdo, no debiera existir inconveniente para que el acreedor ejecutante pueda proceder a la acumulación de varias acciones ejecutivas en una misma demanda. Ante la ausencia de toda regulación legal específica al efecto, dicha acumulación originaria de acciones ejecutivas habrá de someterse a las exigencias requeridas por los artículos 71 a 74 LEC».

Las normas sobre acumulación de acciones en la LEC se encuentran en los artículos 71 y siguientes y de la lectura de los mismos parece que sí quepa la posibilidad de acumular una acción personal (ejecución ordinaria) y una real (ejecución hipotecaria) contra una misma persona (deudor hipotecario). El único obstáculo apparente es el artículo 73.1.2.^o, que establece que: *Para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso: (...) 2.º Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo*, pero es que no se trata de *juicios de diferente tipo*, ni mucho menos *por razón de su materia*, sino que ambos son juicios o procedimientos de ejecución y, precisamente, esa fue la novedad introducida por la LEC vigente (23).

En cuanto al artículo 579 de la LEC, parece a priori que sí otorga esta especie de derecho de excusión al deudor hipotecario, de manera que primero debe ejecutarse la finca hipotecada y después continuar la ejecución contra el resto de bienes de su patrimonio. Sin embargo, el artículo 579 dice literalmente que ello tendrá lugar cuando la ejecución se dirija *exclusivamente* contra bienes hipotecados. Y en caso de permitirse como se propone la acumulación de pretensiones, la ejecución se dirige no de forma exclusiva contra la finca hipotecada sino contra todo el patrimonio de los deudores.

No olvidemos que la reforma operada por la LEC actual, tanto sobre el régimen procesal anterior como sobre la LH, ha venido a modificar y derogar respectivamente los antiguos artículos 135 de la LH, 166 y 1447.1 de la anterior LEC, que hemos visto antes y que sí contenían una prohibición expresa y clara de acumular las ejecuciones hipotecarias entre sí y con las ejecuciones ordinarias, ya que se trataba de procesos de naturaleza distinta, y establecía expresamente la excusión de bienes del patrimonio del deudor cuando entre ellos existiera uno especialmente hipotecado.

Pero bajo el marco jurídico actual, ni existe esa prohibición expresa de manera clara, ni se trata de procesos de naturaleza distinta, sino que la ejecución de la hipoteca es una especialidad del procedimiento de ejecución dineraria, ni se establece ese derecho de excusión entre los bienes del deudor.

Hay que interpretar por tanto la voluntad del legislador en el sentido de que ha evolucionado hacia un procedimiento único de ejecución contra todos los bienes del deudor o deudores, con especialidades cuando en el patrimonio de uno de ellos se encuentre un derecho real de hipoteca sobre una finca en garantía del cumplimiento de la obligación.

Por todo ello, el artículo 579 de la LEC debe interpretarse en el sentido de que el acreedor puede dirigirse contra todos los bienes del deudor hipotecario, tramitándose la ejecución contra la finca hipotecada por medio de las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados que establecen los artículos 681 y siguientes

(23) Véase nota 14.

de la LEC a los que se remite, y la ejecución contra el resto de bienes del deudor distintos de la finca hipotecada por los trámites ordinarios de la ejecución, esto es, sin especialidad alguna. Pero que si el acreedor solo se ha dirigido contra la finca hipotecada confiando en que con su ejecución va a tener suficiente para ver totalmente satisfecha su pretensión material y no ha sido así, podrá continuar el proceso contra el resto de bienes por los trámites de la ejecución ordinaria, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento, precisamente porque con la LEC actual el procedimiento de ejecución es único.

Es decir, que el artículo 579 no establece en realidad un derecho de excusión a favor del deudor hipotecario o del resto de codeudores, sino que otorga al acreedor hipotecario la posibilidad de continuar la ejecución contra el resto de bienes del deudor sin necesidad de interponer una nueva demanda. Pero ello no obsta que el acreedor pueda de inicio solicitar la acumulación de ejecuciones (ordinaria e hipotecaria) contra todos los bienes del deudor, cuando ya de inicio sepa que con la ejecución de la finca hipotecada no va a haber suficiente para la satisfacción completa de su derecho de crédito.

En caso de no interpretar estos artículos de manera favorable a la acumulación, el acreedor se verá forzado a iniciar un procedimiento distinto para perseguir el resto de bienes del deudor hipotecario y otros tantos contra el deudor no hipotecario y el fiador, en su caso, duplicando o multiplicando con ellos los procedimientos judiciales para la satisfacción del derecho de crédito único del acreedor.

Efectivamente, las soluciones posibles a la cuestión jurídica planteada son dos: permitir la acumulación de la acción de ejecución dineraria contra todo el patrimonio de los deudores de una misma obligación, por los trámites de los artículos 571 y siguientes de la LEC, con la ejecución hipotecaria contra un bien especialmente hipotecado, por los trámites de los artículos 681 y siguientes de la LEC; o por el contrario no permitir dicho ejercicio simultáneo de ambas acciones o procesos, de manera que el acreedor hipotecario que quiera perseguir no solo la finca hipotecada, sino simultáneamente otros bienes del deudor, deberá renunciar a la sumariedad hipotecaria contra la finca hipotecada e iniciar un procedimiento de ejecución ordinario contra todos los bienes del patrimonio deudor.

Si se permite la acumulación pretendida, los acreedores hipotecarios, que raramente van a renunciar a la sumariedad hipotecaria, podrán satisfacer antes sus pretensiones, al poder dirigirse en un único procedimiento contra todo el patrimonio deudor, tanto el del deudor principal incluyendo la finca hipotecada, como el del deudor no hipotecario y del fiador, en su caso, evitando con ello una duplicidad de procedimientos y costas judiciales. En cambio, de no permitirse dicha acumulación, los acreedores hipotecarios no tendrán otra alternativa que iniciar dos o más procedimientos de ejecución separados, según los casos, dirigidos contra la finca hipotecada por el procedimiento sumario por un lado

y, por otro, contra el resto de bienes del deudor, contra todo el patrimonio del deudor no hipotecario y contra todo el patrimonio del fiador, generando con ello una clara inseguridad jurídica y duplicando innecesariamente los procedimientos y las costas judiciales.

Pensemos en el supuesto de un crédito dinerario garantizado solo en su mitad por una garantía hipotecaria. Si no se admite la existencia de una única ejecución, sino de dos procedimientos distintos no acumulables, el acreedor que quiera acudir al procedimiento hipotecario y haya hecho constar en la escritura los requisitos del artículo 682.2 LEC, deberá interponer demanda solo por el importe que alcance la garantía, es decir, la mitad de la deuda, ya que la otra mitad no está garantizada por la hipoteca ni puede ser objeto del procedimiento hipotecario al exceder la responsabilidad de la finca. Por lo tanto, solo obtendrá despacho de ejecución por la mitad de la deuda, debiendo agotar los trámites del procedimiento hipotecario y, una vez acabado, invocar el artículo 579 de la LEC y pedir nuevo despacho de ejecución por la cantidad del crédito que le falte por cobrar (al menos la mitad de la deuda no garantizada con hipoteca), debiéndose requerir de pago de nuevo al deudor al ser un procedimiento distinto y, ahora sí, embargar bienes distintos de la finca hipotecada. Es fácil concluir que, en la práctica, el acreedor difícilmente encontrará bienes susceptibles de embargo del deudor o, que aún encontrándolos, otros acreedores ya hayan trabado embargo sobre los mismos y con preferencia a él.

Por lo tanto, la otra opción que tiene el acreedor, según la mayoría de la doctrina que no admite la acumulación de acciones, es renunciar al procedimiento hipotecario y acudir directamente a la ejecución ordinaria, lo que nos lleva a concluir que el procedimiento hipotecario solo sirve para aquellos casos en que la totalidad de la deuda esté garantizada por la responsabilidad hipotecaria del inmueble, pues de otro modo es mejor acudir a la ejecución ordinaria directamente y tratar de embargar otros bienes al deudor antes que otros acreedores lo hagan o que salgan del patrimonio del deudor (recordemos que la hipoteca garantiza el rango sobre la finca sin necesidad de embargo).

Otros artículos de la LEC sirven para reforzar la idea de una ejecución única. Así, el artículo 538.2 dice que: *Solo podrá despacharse ejecución frente a los siguientes sujetos: (...) 2.º Quien sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado en virtud de documento público. 3.º Quien sin figurar como deudor en el título ejecutivo resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede.*

Vemos como en el apartado primero habla del *proceso de ejecución*, sin distinguir al hipotecario como un proceso (entiendo que sería más correcto hablar de *procedimiento*) autónomo, y sin embargo se refiere en el apartado segundo a *bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede*, es decir, que contempla la ejecución de bienes hipotecados dentro de

las disposiciones generales a toda ejecución. Esto refuerza la idea de unidad del procedimiento de ejecución en la actual LEC.

También el artículo 545.3 al hablar del Tribunal competente para conocer de la ejecución dice que: *cuando la ejecución recaiga solo sobre bienes especialmente hipotecados o pignorados la competencia se determinará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 684 de esta Ley*. Por lo que a sensu contrario, está admitiendo que la ejecución puede recaer no solo sobre bienes especialmente hipotecados sino también, y de forma simultánea, sobre otros bienes, y que en estos casos la competencia vendrá determinada por las normas que el propio artículo establece para la ejecución de títulos no judiciales.

b) *Caso de deudor hipotecario y no hipotecario*

Este es un caso que suele darse con frecuencia en la práctica, en el que son dos o más personas las que toman prestado dinero de una entidad financiera, expresando en la escritura que se obligan de forma conjunta y solidaria frente al acreedor. Sin embargo, es una sola la que constituye un derecho real de hipoteca sobre una finca de su propiedad.

En este caso, el acreedor se encuentra nuevamente con que si quiere acudir a un procedimiento hipotecario tiene que renunciar a perseguir al resto de codeudores no hipotecarios, ya que el artículo 685 parece que no les incluye entre los legitimados pasivamente.

Efectivamente, el artículo 685 de la LEC establece como especialidad del procedimiento hipotecario que: *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*. A mi juicio, se refiere a todos aquellos vinculados a la finca hipotecada, sean o no deudores, pero dejando fuera de la legitimación pasiva a los que no tienen vinculación con la finca, tales como fiadores o deudores no hipotecarios.

Refuerza esta idea el artículo 538.2 que distingue netamente entre el deudor que figura como tal en el título ejecutivo, del fiador y del hipotecante no deudor, por lo que en consonancia con la literalidad de este precepto cabe definitivamente considerar que el *deudor* al que se refiere el artículo 685.1 no incluye por lo menos al fiador y yo creo que tampoco al deudor no hipotecario por el mismo criterio lógico de que no tiene ninguna vinculación jurídica con la finca hipotecada y, por lo tanto, no tiene sentido su presencia en un procedimiento que tiene como única finalidad la realización de la finca hipotecada.

En la práctica se suele demandar a los dos, pero creo que es un error el despachar ejecución contra el deudor no hipotecario en el seno de una ejecución hipotecaria, salvo que se entienda que se pueden acumular ambas acciones, las que venimos llamando personal y real, pues está claro que con-

tra el deudor no hipotecario no existe acción real alguna, sino solo personal. Luego, al despacharse ejecución contra ambos de forma simultánea, se está admitiendo implícitamente la acumulación de ambas acciones. Sin embargo, en la práctica la ejecución se dirige solamente contra la finca hipotecada para pedir su subasta, sin admitir los Juzgados el embargo de bienes del deudor no hipotecario por invocación del artículo 579 de la LEC. Entonces mi pregunta es: ¿por qué es parte el deudor no hipotecario del procedimiento de ejecución hipotecario si no existe acción real contra él ni se le pueden embargar bienes? A mi juicio, caben dos alternativas: o bien hablamos de una ejecución única y permitimos el embargo de sus bienes, como yo propongo, o bien no se debería despachar ejecución contra un deudor no hipotecario en un procedimiento hipotecario. Lo que considero una contradicción es dirigir la demanda también contra el deudor no hipotecario, que se despache ejecución contra ambos, pero que no se permita el embargo de bienes del deudor no hipotecario. Si no se puede embargo sus bienes no se está despachando ejecución contra él.

Si no se admite la acumulación de acciones el acreedor debe elegir: o renuncia a la sumariedad del procedimiento hipotecario y se dirige contra todos los codeudores por los trámites del procedimiento de ejecución ordinario, o renuncia a la esfera patrimonial del resto de codeudores y del deudor hipotecario, aparte de la finca hipotecada, y se dirige solo contra esta pero, eso sí, mediante el cauce sumario hipotecario. Y en todo caso, una vez finalice la ejecución hipotecaria entendida como un procedimiento autónomo, se aplicará el 579 de la LEC y continuará la ejecución por los trámites ordinarios, esta vez contra todos los codeudores y todo su patrimonio. Y yo entiendo que debería ser en este momento cuando se demande al deudor no hipotecario y se despache ejecución también contra él.

Si se impide efectivamente la acumulación de la acción personal contra el deudor no hipotecario que se ha obligado de forma solidaria junto con el deudor hipotecario, lo único que conseguimos es forzar al acreedor que no quiere renunciar a ninguna de las garantías a su favor a iniciar un procedimiento de ejecución paralelo dirigido solo contra el deudor no hipotecario, quien no podrá oponer ni siquiera litispendencia, pues no es parte en el procedimiento hipotecario, duplicando con ello las costas procesales y desdoblando la misma pretensión material en dos procedimientos, solamente por una interpretación demasiado rígida de la norma procesal.

c) *Caso de deudor hipotecario y fiador solidario*

En este caso existe, por un lado, la pretensión contra el deudor hipotecario en base a una obligación principal y una accesoria de garantía de la finca hi-

potecada de su propiedad, y por otro una pretensión contra el fiador en base a un contrato también de garantía y accesorio del principal.

Pero claro, el fiador tampoco es uno de los pasivamente legitimados por el artículo 685 de la LEC, de manera que la demanda hipotecaria no puede dirigirse contra él, lo cual es lógico al no ser parte en la obligación estrictamente hipotecaria, tan accesoria como la suya, sino en la principal. Ello salvo que consideremos la posibilidad de acumular las acciones hipotecaria y ordinaria de ejecución.

En la práctica se suele cometer el error, a mi juicio, de demandar tanto al deudor hipotecario como al fiador, sin pretender la acumulación de la acción hipotecaria y la ordinaria de ejecución. Si no se acumulan las acciones y se trata solo del ejercicio de la acción hipotecaria tal y como entiende la mayoría de la doctrina, esto es, dirigida exclusivamente contra la finca hipotecada, entonces los fiadores carecen de legitimación pasiva. Primero porque del artículo 685.1 de la LEC solo se refiere a quienes hayan tenido vinculación jurídica con la finca hipotecada y, por tanto, con el término *deudor* se refiere solo al deudor hipotecario, reforzando esta interpretación del término *deudor* del 685.1 con el 538.2.2.^º, que considera al fiador a quien *sin figurar como deudor en el título ejecutivo responda personalmente de la deuda (...) en virtud de afianzamiento*. Y segundo porque si con ese procedimiento se pretende solamente el apremio y realización de la finca hipotecada, el fiador no pinta nada, pues nada tiene que ver con dicha finca.

Considero que es un error en la práctica muy habitual el demandar a todos los deudores, tanto hipotecarios como no hipotecarios, hipotecantes no deudores y fiadores, pidiendo en el suplico de la demanda que se despache ejecución contra todos ellos y se subaste la finca hipotecada, y que el Juzgado despache ejecución efectivamente contra todos acordando que se tramite el procedimiento por los artículos 681 y siguientes exclusivamente, sin permitir el embargo de bienes distintos de la finca hipotecada. Porque en la práctica no se admite.

Si no se está acumulando las acciones no tiene sentido a mi juicio que se despache ejecución en un procedimiento estrictamente hipotecario contra quienes no tienen vinculación jurídica con la finca hipotecada. Si se pretende que los fiadores y el resto de obligados respondan simultáneamente a la finca hipotecada, el acreedor debería renunciar al procedimiento hipotecario y acudir a la ejecución ordinaria, o si no admitir la acumulación de acciones que aquí se propone.

Si no se permite la acumulación, ¿qué sentido tiene otorgar la garantía hipotecaria y a la vez garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la parte prestataria mediante la fianza?, ¿es consciente el acreedor que así lo hace que no va a poder pedir la ejecución contra todos ellos simultáneamente salvo que acuda al procedimiento de ejecución ordinario? Entonces, ¿por qué no constituir ambas garantías en escrituras separadas o pedir el acreedor dos copias ejecutivas

de la escritura en el momento de su otorgamiento?, de esta manera el acreedor podrá acudir al procedimiento hipotecario para la subasta de la finca hipotecada y simultáneamente a una ejecución ordinaria para el embargo de bienes distintos de la finca hipotecada, tanto del deudor principal como de los fiadores.

En definitiva, creo que cuando la LEC prevé unas especialidades para la ejecución de bienes hipotecados es para que el acreedor sume garantías a las que ya tenía, facilitándole el acceso a un procedimiento más ágil para el apremio y subasta de la finca hipotecada, y creo que cuando el artículo 682 dice que: *las normas del presente capítulo solo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda* se refiere a que la especialidad procedural regulada en los artículos 681 y siguientes de la LEC solo se aplica a la ejecución de los bienes hipotecados, no del resto, que deberán seguir los trámites ordinario de ejecución, sin que ello signifique que no puedan simultanearse ambas ejecuciones en un mismo proceso.

De no permitirse la acumulación de la pretensión contra el deudor principal y contra el fiador, que normalmente habrá renunciado al beneficio excusión y se habrá obligado solidariamente con el deudor principal, resulta que le estamos devolviendo su derecho de excusión de bienes, por lo menos hasta que se agote la ejecución de la finca hipotecada. Con ello convertimos también el régimen de solidaridad en la deuda en una ficción, pues una vez subastada la finca la ejecución contra el fiador ya no será por el principal inicial, sino descontado el valor de la adjudicación. Resulta paradójico que si el acreedor opta por la ejecución sumaria de la finca hipotecada deba renunciar a esa otra garantía que es la esfera patrimonial del fiador.

Es un caso similar al comentado en el apartado anterior, pero aquí el deudor no hipotecario lo es en virtud de una obligación accesoria, no principal. Cumple en la obligación una función de garantía, igual que la hipoteca, reforzada generalmente con la renuncia a los beneficios legalmente establecidos por el Código Civil para el fiador (art. 1830 y siguientes del CC). Ello no tiene a mi juicio ninguna consecuencia procesal, por lo que el tratamiento debe ser el mismo que el de deudor no hipotecario.

Vale igualmente lo dicho anteriormente, en el sentido de que siempre queda al acreedor la posibilidad de iniciar directamente una ejecución ordinaria contra todo y todos, o iniciar la ejecución hipotecaria de la finca y, separadamente, la ordinaria contra el fiador, con duplicidad de procedimientos y costas para satisfacer una misma pretensión material.

d) *Caso de deudor no hipotecario e hipotecante no deudor*

Surgen las mismas dudas que en los casos anteriores: ¿Hay que demandar al deudor principal en una demanda de procedimiento estrictamente hipotecario? Parece que el artículo 685 LEC sí que lo incluye dentro de los pasivamente legitimados. Además en este caso se da una particularidad que los anteriores no tienen, y es que el hipotecante no es deudor y no responde personalmente ni en todo ni en parte junto con el deudor principal. Pero sin embargo, si el procedimiento va únicamente destinado a la liquidación de la finca hipotecada, ¿qué papel desempeña el deudor no hipotecario en el procedimiento si la ejecución no se dirige contra su patrimonio? No tiene sentido a mi juicio que se despache ejecución contra él pero que, sin embargo, no se le puedan embargar bienes.

Repite lo dicho en los dos apartados anteriores: si no se pueden acumular las acciones y dirigir la ejecución hipotecaria y la ordinaria contra todos los bienes y todos los obligados simultáneamente, sería mejor iniciar procedimientos separados aprovechando tanto las ventajas del procedimiento hipotecario contra la finca hipotecada como el resto de esferas patrimoniales sin esperar a que la ejecución hipotecaria finalice.

e) *Caso de un deudor hipotecario con varias fincas*

Este supuesto es comúnmente aceptado en los juzgados de primera instancia, que admiten de forma generalizada las demandas contra dos fincas hipotecadas por un mismo deudor en garantía de una misma deuda y basadas en un mismo título.

El caso típico es el préstamo para la compra de un piso con plaza de garaje, en el que se otorga una escritura de préstamo con garantía hipotecaria sobre las dos fincas registrales: el piso y la plaza de garaje.

Sin embargo, parece que una interpretación rigurosa del artículo 555.4 de la LEC debería impedir dicha acumulación, pues solo permite la acumulación de procedimientos hipotecarios *cuando estos últimos se sigan para hacer efectiva otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes*. Y en este caso está claro que no se trata de los mismos bienes sino de fincas registrales distintas.

Sin embargo, parece claro que si el acreedor tuviera que iniciar dos procedimientos separados de ejecución hipotecaria, ello supondría una duplicidad innecesaria y antieconómica de los procedimientos. La otra solución sería que iniciara el acreedor una ejecución ordinaria contra todos los bienes del deudor, incluidos los hipotecados, pero entonces tendría que renunciar a la sumariedad procesal que se ha procurado en la escritura.

Este supuesto es muy importante tenerlo en cuenta, porque supone una acumulación de procedimientos que vulnera la literalidad del 555.4, sobre el

que pivota todo el impedimento de la acumulación objeto de estudio. Es decir, es un claro ejemplo de cómo en la práctica no faltan interpretaciones del marco jurídico aplicable al problema que planteamos en este estudio favorables a la acumulación. Entonces, si en unos casos como el planteado en este apartado se permite flexibilizar la interpretación de la norma, ¿por qué no se ha de permitir en otros? No olvidemos que el objetivo en uno y otro caso es el mismo: evitar dilaciones en la satisfacción de la pretensión acreedora y no multiplicar los gastos para el deudor.

3. EJERCICIO SEPARADO DE ACCIONES

Veamos a continuación qué opciones tiene el acreedor en caso de no permitirse la acumulación de acciones.

3.1. CASO DE ACCIONES INDEPENDIENTES Y SUCESIVAS

Lo que se hace habitualmente en la práctica procesal es interponer una demanda a la que se llama *de ejecución hipotecaria*, dirigida contra el deudor hipotecario, el no hipotecario, el hipotecante no deudor y el fiador, pidiendo se despache ejecución contra todos ellos, que se tramite el procedimiento por los artículos 681 y siguientes de la LEC, y que se saque la finca a subasta. El Juzgado de turno, por su parte, suele dictar un auto despachando ejecución contra todos los codemandados y ordena requerirles de pago a todos ellos y que se libre mandamiento al registro de la propiedad de la finca hipotecada, siguiéndose los trámites de los artículos 681 y siguientes de la LEC.

Una vez han sido todos los codemandados requeridos de pago y obtenida la certificación de cargas del registro, se subastará la finca y, en caso de que con su producto no se haya podido satisfacer la totalidad del derecho del acreedor, este solicitará que se continúe con la ejecución invocando el artículo 579 de la LEC, y esta continuará, embargándose entonces bienes distintos de la finca hipotecada.

Como he dicho antes, considero un error que se despache ejecución contra aquellos que no tienen vinculación jurídica con la finca hipotecada. Creo que se debería demandar solo al deudor hipotecario o al hipotecante no deudor, dejando al resto para el posterior procedimiento de ejecución ordinario. El no hacerlo así y seguir la ejecución contra todos solo consigue ralentizar la ejecución de la finca hipotecada, al tener que requerir de pago a una serie de codemandados a quienes ni siquiera se les va a poder embargoar bienes. Creo que es mejor que la ejecución hipotecaria se dirija contra el menor número de personas posibles (quienes tienen vinculación jurídica con la finca) para agilizar

el procedimiento, teniendo en cuenta además que más de la mitad del tiempo que dura una ejecución hipotecaria se destina a intentar requerir de pago a los codemandados, con lo que se ganaría mucho tiempo.

En la práctica la ejecución se dirige contra todos por pensar que el artículo 579 de la LEC, al decir que *la ejecución proseguirá* se está refiriendo a una misma ejecución y que si no has demandado a todos con la demanda inicial, luego ya no puedes hacerlo. Creo que esta interpretación no es correcta, porque bien se podría pedir el archivo y desglose de documentos e interponer nueva demanda de ejecución ordinaria. Además, si hasta que se subasta la finca hipotecada no se puede embargoar al resto de codemandados y por el resto de bienes, no se está despachando ejecución de hecho contra ellos. Y por el contrario, si realmente se les debe demandar por tratarse de un mismo procedimiento, entonces estamos admitiendo la posibilidad de acumular ambas acciones (personal y real) y se debería poder tratar embargo sobre sus bienes.

En mi opinión, lo correcto y óptimo sería demandar a los vinculados jurídicamente a la finca y pedir la subasta de la misma y, paralelamente si se quiere, requerir extrajudicialmente al resto de futuros codemandados para interrumpir la prescripción sin dilatar el procedimiento hipotecario.

Si el Juzgado no permite de hecho la ejecución contra el resto de codemandados y patrimonios obligados, no debería poner trabas a que se les demande una vez finalizada la subasta de la finca hipotecada.

3.2. CASO DE ACCIONES INDEPENDIENTES Y SIMULTÁNEAS

Otra opción, en caso de no aceptar la acumulación de las acciones, sería ejercitárlas por separado, es decir, iniciar un procedimiento hipotecario contra la finca hipotecada y simultáneamente una ejecución ordinaria contra todos los codemandados, sin incluir esta vez la finca hipotecada como objeto de ejecución. De la lectura de los artículos 71 y siguientes de la LEC no resulta que el acreedor que va a iniciar o ya ha iniciado un procedimiento hipotecario pierda por ello su derecho a perseguir el resto de bienes del deudor (24).

(24) Esta posibilidad ha sido reconocida en alguna sentencia, como la de la Audiencia Provincial de Málaga, de 13 de junio de 1994, que estableció que: «*La única cuestión a resolver en el recurso no es otra que determinar si el hecho de que por la hoy parte apelada se hayan utilizado de manera simultánea el procedimiento ejecutivo y el procedimiento del artículo 131 LH para el cobro del saldo resultante derivado de la póliza de crédito es merecedor del amparo judicial o si dicha conducta resulta abusiva al hacer soportar a la parte demandada una doble responsabilidad, no ya por la deuda original, sino por los gastos derivados de todo proceso, y en este sentido teniendo en cuenta que las partes demandadas en ambos procedimientos son distintas, al igual que lo son las responsabilidades origen de los procedimientos, la respuesta no puede ser otra que la alcanzada en la instancia, pues no es dable confundir el débito con la responsabilidad, siendo así que mientras el débito es*

¿Qué ocurrirá entonces si presenta una demanda hipotecaria y aparte una demanda de ejecución ordinaria? En este caso, se presentan a priori dos obstáculos: en primer lugar, la litispendencia y, en segundo, el requisito de que el título ejecutivo sea primera copia o segunda obtenida con consentimiento del deudor.

En cuanto al primero, la litispendencia, no creo que sea tal obstáculo. La excepción de litispendencia responde al objetivo de evitar pronunciamientos contradictorios, y en el caso de dos procedimientos ejecutivos, salvo cuestiones incidentales, no requieren de pronunciamiento alguno sobre cuestiones de fondo. Además, el objeto de uno y otro procedimiento sería distinto. En uno se perseguiría la finca hipotecada y en el otro el resto de bienes del deudor distintos de la finca hipotecada, y que por cuestiones formales debería seguirse en un procedimiento aparte y con unas normas distintas. Respecto al resto de codemandados, serán solo parte en uno de los procedimientos, por lo que ni siquiera podrían oponer la excepción de litispendencia.

Es más, entre los motivos de oposición a la demanda tasados en los artículos 557 de la LEC para la ejecución ordinaria y 695 para la ejecución hipotecaria no figura el que exista otro procedimiento de ejecución simultáneo. A mi entender bastaría con informar en un procedimiento de las cantidades que se vayan obteniendo en el otro, a efectos de que se considere reducido el principal por el que se ha despachado inicialmente la ejecución.

En cuanto al segundo obstáculo, el título ejecutivo, el demandante hipotecario necesitaría una copia de la matriz expedida con carácter ejecutivo e inscrita en el Registro de la Propiedad con la que iniciar el procedimiento hipotecario y otra copia, expedida también con carácter ejecutivo, con la que poder iniciar el procedimiento de ejecución ordinario contra todos los codemandados sin incluir la finca hipotecada como objeto de la ejecución.

A tal respecto, los artículos 17 y 18 de la Ley del Notariado y el artículo 222 y siguientes del Reglamento Notarial establecen que una vez otorgada la escritura, el Notario expedirá una primera copia para cada uno de los otorgantes y, a partir

siempre uno solo y único, no así la responsabilidad, que como sucede en toda garantía hipotecaria, se desdobra de manera que a la propia del deudor, y que no es otra que la ordinaria del artículo 1911 del Código Civil, se le añade otra que deriva no del principio general ya referido sino del propio derecho de hipoteca, no pudiendo afirmarse en consecuencia que los perjuicios que se alegan de la duplicidad de procedimientos traigan su causa de la actitud del hoy apelado sino que los mismos se derivan de un derecho de hipoteca pactado por un tercero para garantizar la deuda principal que, como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de diciembre de 1981, es el propio constituyente de la hipoteca el que ha consentido la posición que se deriva del negocio jurídico, no siendo posible en consecuencia exigir al actor que para el cobro de su crédito renuncie al ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico le confiere ni tampoco la acumulación de procedimientos, pues por un lado ello lo impide el artículo 135 LH, como así puso de relieve la STS de 16 de octubre de 1961, sino que, por otro lado, la acumulación de acciones es un derecho de la parte y no un deber, por todo lo cual procede confirmar la sentencia».

de ahí, las segundas o ulteriores copias de la matriz requerirán el consentimiento de todos los otorgantes o, en otro caso, mandamiento judicial con citación de los interesados. Además, no podrá el secretario judicial expedir testimonio de las escrituras.

En la práctica se suele hacer constar en las escrituras de préstamo hipotecario una cláusula por la que la parte deudora consiente que el acreedor pueda pedir segundas y ulteriores copias con carácter ejecutivo, al amparo del artículo 234 del Reglamento Notarial con relación al 233 (25).

Con esto se consigue superar el obstáculo mencionado, ya que la entidad prestataria podrá iniciar un procedimiento de ejecución hipotecario basado en la primera copia inscrita en el Registro de la Propiedad (requisito constitutivo de la hipoteca) y un procedimiento de ejecución ordinario con base en la segunda copia ejecutiva.

En la práctica, muchos Notarios expiden la segunda copia con eficacia ejecutiva en base a la cláusula incorporada en la escritura de préstamo hipotecario. Sin embargo, hay quienes no aceptan la validez de dicha cláusula y en consecuencia no expiden la segunda copia ejecutiva (26). Para evitar esta situación, lo más práctico sería que en el momento del otorgamiento y estando presentes todas las partes implicadas, el acreedor solicitará varias copias de la escritura todas ellas con eficacia ejecutiva, haciéndose constar el consentimiento de todos los afectados. Si no se ha hecho esto y solo se tiene una copia ejecutiva de la escritura, se pueden solicitar las correspondientes diligencias preliminares para que se requiera al Notario a través del Juzgado para la expedición de la segunda

(25) Hay una aparente contradicción entre los requisitos del título del 517.2.4.^º de la LEC y el 233 del RN para que lleve aparejada ejecución, ya que la LEC no exige que la copia diga que tiene carácter ejecutivo.

(26) En este sentido, la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.^a). Sentencia número 927/1998, de 1 de diciembre: «*Los otorgantes de la escritura han mostrado la conformidad con la expedición de segundas copias, no por comparecencia ante el Notario en cuyo poder se encuentra el protocolo, sino en otro documento auténtico, normalmente en la escritura matriz. Este último, es precisamente el supuesto ante el que nos encontramos, al haber pactado las partes (cláusula novena), que las segundas o posteriores copias de la escritura, "...podrán tener idénticos efectos ejecutivos que la primera, haciendo constar así por el Notario en el pie y nota su expedición, para lo cual las partes comparecientes otorgan su consentimiento expreso e irrevocable". Es por tanto, absolutamente correcta la conducta del señor Notario, que es ajeno a la carencia o no de efectos ejecutivos de la copia emitida conforme a lo convenido por las partes, al ser tal determinación de carácter jurisdiccional y corresponder, por ende, a los Tribunales, como consecuencia de la utilización del documento expedido de acuerdo con lo pactado por las partes, y responsables, por tanto, de las consecuencias de su uso carente de efectos ejecutivos, al no ajustarse a lo dispuesto en el artículo 1429.1.^º de la Ley Rituaria, según se estimó en el supuesto concreto, en la sentencia dictada en primera instancia, cuya revisión aquí no nos compete, aunque sí cabe dejar constancia, de la existencia de otra corriente doctrinal, que solo priva de fuerza ejecutiva a la copia, cuando se emite de acuerdo con el artículo 234 del Reglamento Notarial».*

copia con eficacia ejecutiva, con citación de la parte a quien deba perjudicar, de conformidad con el artículo 517.2.4.^o

Por lo tanto, contestando a la pregunta formulada al comenzar este apartado, si el acreedor hipotecario no puede acumular el procedimiento de ejecución ordinario y el hipotecario, sí podrá seguirlos por separado con las consecuencias que ello conlleva y casi todas en perjuicio del deudor o deudores, como la duplicidad de costas procesales o la subasta del inmueble hipotecado cuando se podrían haber embargado y subastado bienes menos perjudiciales para el deudor.

3.3. CASO DE UNA ÚNICA ACCIÓN DE EJECUCIÓN ORDINARIA

Ya hemos dicho que todo el planteamiento anterior de la acumulación tiene en realidad una respuesta: si el acreedor hipotecario quiere perseguir todos los bienes que están en el patrimonio del deudor de forma simultánea a la finca hipotecada, siempre puede acudir al procedimiento de ejecución ordinario renunciando, eso sí, al procedimiento sumario hipotecario.

Pero, ¿por qué tiene que renunciar a una garantía procesal que ha procurado obtener mediante el cumplimiento de los requisitos legales, es decir, la mención del tipo de subasta y el domicilio a efectos de notificaciones? ¿Por qué tiene el acreedor hipotecario que renunciar a esa garantía añadida? Es más, si se sigue el procedimiento de ejecución ordinario, lo único que se consigue es dar al ejecutado mayores motivos o causas de oposición, que generalmente serán utilizados con una única finalidad dilatoria, ya que el requerimiento de pago se hace igualmente, y no es necesario embargo la finca que ya está hipotecada. Es decir, el rango preferente del acreedor se lo da el derecho de hipoteca, sin que tenga necesidad de solicitar una anotación preventiva de embargo (27).

Realmente, si se han cumplido en la escritura todos los requisitos formales para ejecutar la finca hipotecada por la vía sumaria hipotecaria, ¿qué sentido tiene que el deudor tenga más motivos de oposición a la ejecución en la vía ordinaria que en la hipotecaria?

Y subrayo: ¿qué sentido tiene que la norma procesal otorgue al deudor más motivos materiales de oposición a la ejecución en la vía ordinaria que en la hipotecaria, si se han cumplido con todas las formalidades legalmente requeridas?

En cualquier caso, no cabe duda de la posibilidad de interponer una demanda de ejecución ordinaria en la que se pida el despacho de la ejecución contra todos los codemandados y su patrimonio, señalando como bien conocido la finca hipotecada y remarcando que se pide la ejecución de la hipoteca ya

(27) Véase nota 8.

inscrita, solicitando además que el registrador, al expedir la certificación de dominio y cargas, lo haga constar así mediante nota al margen de la inscripción de la hipoteca (28).

De hecho, esta opción se distingue principalmente de la ejecución estrictamente hipotecaria, en cuanto a la finca hipotecada, en el incremento de las causas de oposición a la demanda. Por lo demás, el requerimiento de pago al deudor se realizará exactamente igual que para la ejecución hipotecaria, no hará falta el avalúo de bienes del artículo 637 de la LEC siempre que se haya pactado su valor de tasación a efectos de subasta en la escritura de préstamo hipotecario, tampoco hará falta anotar ningún embargo ya que la hipoteca hace las veces de embargo convencional anticipado, como ya hemos comentado con anterioridad.

(28) En la práctica se han dado varios casos de acreedores hipotecarios que a pesar de gozar de la traba y el rango que les otorgaba la hipoteca, han anotado embargo sobre la misma por el mismo derecho de crédito ya garantizado, con consecuencias a veces como la que describe la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1.^a) número 25/2002, de 21 de enero: «*La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8821), citada por el propio recurrente, sentó interesante doctrina al respecto al decir, resumidamente, que para que los terceros que en principio no se deberían ver afectados por el embargo y su posterior ejecución —esto es, los anotantes intermedios entre la inscripción de la hipoteca y la anotación del embargo que se ejecuta—, vean cancelada su anotación tras la venta o adjudicación del inmueble, es preciso que desde el principio del procedimiento ejecutivo se advierta que se está haciendo valer la garantía hipotecaria preferente, es decir, el ejercicio simultaneo de ambas acciones real y personal, a fin de que esos acreedores anotantes puedan ser convenientemente instruidos de sus derechos y conozcan la verdadera preferencia del crédito del actor sobre el bien a ejecutar y, consiguientemente, las responsabilidades que seguirán pesando sobre el inmueble, lo que es igualmente importante que se haga público en los momentos pertinentes de la ejecución, pues de otro modo los postores pueden ser inducidos a error sobre el verdadero valor del inmueble y sobre las responsabilidades que habrán de subsistir, con el consiguiente perjuicio incluso del ejecutado, que vería disminuido el precio del remate por el descuento por los postores de créditos como subsistentes aunque en abstracto deberían ser cancelados, pero que de serlo producirían tales distorsiones en el precio. Por todo ello, la Dirección General entendió que para la cancelación de las anotaciones de embargo posteriores a la hipoteca pero anteriores al embargo ejecutado es preciso acreditar que el afectado y titular de esa anotación supo desde el inicio de la ejecución que en esta se estaba haciendo valer la hipoteca preferente a sus derechos y que por tanto comportaría la extinción de su anotación, y que de los autos y de la publicidad de la subasta resulte claramente que se estaba ejecutando la hipoteca. En definitiva, que no basta constatar que en el juicio ejecutivo se ha seguido la vía de apremio contra el bien hipotecado, sino que es preciso que conste y sea público que tal vía se siguió, además, como realización del derecho real de garantía y haciendo valer la preferencia propia de dicha hipoteca y no simplemente la que derivaría del embargo».*

También es interesante el Auto de 23 de noviembre de 1994 del TSJ de Valencia, que resuelve un recurso gubernativo en el que una entidad, con un crédito garantizado con hipoteca inició una ejecución ordinaria contra varios codemandados, anotando embargo sobre la finca ya hipotecada, resultando que entre la inscripción de hipoteca y el embargo letra E, había otras anotaciones. Al subastarse la finca e ir a inscribir el Banco el auto de adjudicación, el registrador lo hizo cancelando las inscripciones de embargo posteriores a la letra E, pero no las anteriores, pues no se puso de manifiesto la relación entre el embargo que dio lugar a la letra E con la hipoteca, por lo que los acreedores intermedios no fueron notificados.

Tiene la ventaja de poder dirigirse contra todos los codemandados y todo su patrimonio. Por eso también, por las pocas diferencias que tiene respecto al procedimiento hipotecario (el incremento de las causas de oposición, aunque puede ser una diferencia de mucho peso) es por lo que considero más lógico permitir la acumulación de ambas acciones que mantener la dualidad de procedimientos (29).

3.4. CASO PROPUESTO DE UNA ÚNICA EJECUCIÓN

Lo que vengo llamando acumulación de acciones es a mi juicio el ejercicio de una única acción de ejecución en base a un título ejecutivo. En la demanda se deberá pedir que se despache ejecución contra todos los codemandados señalando la finca hipotecada como bien conocido de uno o varios de los codemandados y pidiendo que la ejecución de la misma se tramite por las particularidades procedimentales reguladas en los artículos 681 y siguientes de la LEC. Contra el resto de bienes y codemandados, se señalarán los que sean conocidos o se solicitará el auxilio judicial para su averiguación, de acuerdo con el artículo 549 de la LEC.

La competencia judicial vendrá determinada por el artículo 545.3 de la LEC, ya que como hemos visto anteriormente su último párrafo establece una norma de competencia territorial *cuando la ejecución recaiga solo sobre bienes especialmente hipotecados*, por lo que no hay obstáculo a que el Juzgado competente sea distinto del Juzgado del lugar donde radica la finca hipotecada, supuesto que también contempla el artículo 684 para el caso de varias fincas que radiquen en distintos partidos.

(29) Hay que recordar que el origen del procedimiento sumario hipotecario fue crear un procedimiento distinto de la ejecución ordinaria para obtener una más rápida satisfacción del derecho del acreedor. Como bien recuerda ROCA SASTRE, 1941, pág. 440: «*El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria fue introducido por la Ley Hipotecaria de 1909 (...). La finalidad de su implantación en nuestro sistema fue favorecer la realización del crédito real inmobiliario, proporcionando a los acreedores un medio fácil de efectividad de los créditos hipotecarios. Antes de la reforma de 1909 los acreedores hipotecarios solo disponían del juicio ejecutivo de la ley procesal civil, aparte del declarativo ordinario. Pero este juicio ejecutivo, a pesar de sus trámites abreviados, es demasiado largo, antieconómico y complicado, sobretodo tratándose de hacer efectivo un derecho real de hipoteca, constatado en el registro con todas las seguridades que la inscripción proporciona.*

En el mismo sentido, la Exposición de Motivos de la LEC vigente dice en el apartado VIII que: «*Son conocidas las polémicas doctrinales y las distintas teorías y posiciones acogidas en la jurisprudencia y en los trabajos científicos. En esta Ley, la materia es regulada en diversos lugares, pero el exclusivo propósito de las nuevas reglas es resolver problemas reales, que la Ley de 1881 no resolvía ni facilitaba resolver. Se parte aquí de dos criterios inspiradores: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo.*

Tres Autos recientes, resultado de la puesta en práctica de mis argumentos favorables a la acumulación, uno de fecha 18 de noviembre de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Rubí; otro de 9 de marzo de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Vilanova i la Geltrú, y otro del Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Badalona, de fecha 24 de abril de 2009, recogen la postura argumentada en este trabajo, acordando la procedencia de dirigirse en un mismo proceso contra la finca hipotecada por los trámites de los artículos 681 y siguientes de la LEC y contra el resto del patrimonio de los deudores por los trámites del 517 y siguientes de la LEC.

En los tres casos, además de la ejecución de la finca hipotecada según las particularidades previstas en los artículos 681 y siguientes de la LEC, se ha podido tratar embargo simultáneo sobre otros bienes de los deudores code-mandados, acelerando con ello la recuperación de las cantidades reclamadas.

4. CONCLUSIONES

La práctica judicial debería admitir las demandas en las que el acreedor hipotecario solicite simultáneamente la ejecución de la finca hipotecada por los trámites de los artículos 681 y siguientes de la LEC y el embargo y realización de otros bienes del deudor y, en su caso, de los deudores no hipotecarios y fiadores, basándose en los siguientes motivos:

1. Que la LEC actual hace una regulación unitaria del procedimiento de ejecución, en la que la ejecución de bienes hipotecados supone una especialidad procedural al no requerir embargo del bien y quedar limitados los motivos de oposición.
2. Que el artículo 555 de la LEC se refiere a la acumulación de procedimientos y en este caso se trata de una acumulación inicial y que, además, ello evita la duplicidad de procedimientos para satisfacción de una misma pretensión, y con ello las costas procesales.
3. Que el artículo 682.1 de la LEC limita los trámites especiales de la ejecución sobre bienes hipotecados a estos mismos, aclarando que las especialidades procedimentales no se harán extensivas a la ejecución sobre el resto de bienes.
4. Que otros artículos de la LEC, como el 538 o el 545.3 hacen referencia a la concepción unitaria de la ejecución en la Ley vigente.

Todo ello, claro está, moderado por el principio de no embargar bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se despacha ejecución, recogido en el artículo 584 de la LEC.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAN DOMENECH, Frederic (2009): *La ejecución hipotecaria*, Editorial Bosch, Barcelona.
- BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José (2000): *Comentarios a la nueva LEC*. Editorial Atelier. Barcelona.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, Civitas.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José (2007): *El procedimiento de ejecución forzosa en la nueva LEC*, Civitas.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique (1997): *Los créditos hipotecarios*, Reus, Madrid.
- MARTÍN DIZ, Fernando (2000): *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, Editorial Comares.
- MONTERO AROCA, Juan (1997): «Acción hipotecaria y pretensión ejecutiva», en *Actualidad Civil*, núm. 45, diciembre de 1997.
- (2001): *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MONTERO AROCA, Juan, y FLORS MATÍES, José (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ROCA SASTRE, Ramón M. (1941): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo III, Editorial Bosch, Barcelona.
- (1979): *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º Editorial Bosch, Barcelona.

TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

<i>Tribunal, Sala y fecha</i>
Auto de 28 de abril de 1998 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª)
Resolución de la DGRN, de 10 de diciembre de 1997
SAP de Barcelona, de 14 de mayo de 2004
SAP de Burgos, de 22 de mayo de 2006
Audiencia Provincial de Málaga, de 13 de junio de 1994
Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª). Sentencia número 927/1998 de 1 de diciembre
Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1.ª) número 25/2002, de 21 de enero
Auto de 23 de noviembre de 1994 del TSJ de Valencia

RESUMEN

**EJECUCIÓN, HIPOTECA,
ACUMULACIÓN**

El actual procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados no es un procedimiento especial, sino un procedimiento de ejecución en el que hay unas particularidades para la ejecución de un bien concreto. Esta diferencia fundamental introducida por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, debería ser suficiente para permitir que la ejecución se siga contra todo el patrimonio deudor a través del procedimiento de ejecución único, si bien con las particularidades procedimentales previstas en la Ley para la ejecución del bien hipotecado, sin necesidad de tener que optar el acreedor como se viene entendiendo de forma generalizada por ejecutar primero el bien hipotecado a través del procedimiento hipotecario y luego el resto de bienes; o por ejecutarlos todos directamente pero renunciando a las ventajas procedimentales del procedimiento hipotecario.

ABSTRACT

**ENFORCEMENT, MORTGAGE,
ACCUMULATION**

The current enforcement proceeding on mortgaged property is not a particular procedure but an enforcement proceeding in which there are some peculiarities for the execution of a particular property. This fundamental difference introduced by 1/2000 7th January, Civil Procedure Act, should be sufficient to allow continuing the execution against all assets of the debtor through a single enforcement procedure, but with the specific procedural rules laid down in the Act for the enforcement of the mortgaged property without the creditor having to choose, as has been widely understood, by running first the mortgaged property through the mortgage enforcement proceeding and then the rest of goods; or by directly executing all but renouncing the specific procedural advantages of the mortgage enforcement process.

(Trabajo recibido el 9-2-2010 y aceptado para su publicación el 27-5-2011)