

¿OSTENTA EL FIADOR LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA?

José María Martín Faba

*Estudiante del Máster de Acceso la Abogacía
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 27 de enero de 2016

1. Antecedentes

El día 28 de febrero de 2014 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Écija dictó auto por el que se despachaba ejecución frente a Don Dionisio (deudor hipotecario) y Doña Margarita (fiadora solidaria). La representación de esta última se opuso a la demanda ejecutiva, por lo que por Providencia de 22 de mayo de 2014 se convocó a las partes al acto de vista correspondiente el 29 de enero de 2015.

En el mencionado acto, la fiadora ratificó su escrito de alegación, en el que se fundamentaba como único motivo de oposición su falta de legitimación pasiva, basando dicha alegación en el hecho de que sólo intervino en el préstamo hipotecario como fiadora, infringiendo a su parecer el ejecutante el art. 685.1 LEC.¹

Por otra parte, sostenía la parte ejecutante (entidad de crédito) que: (i) sí tenía legitimación pasiva dado que es una fiadora solidaria y que al acudirse al procedimiento de ejecución hipotecaria no es frente a ella frente a la cual se ha despachado ejecución, sino frente al inmueble gravado con la garantía real, indicando a su vez, que a tenor de lo fijado en el art. 579 LEC² (en relación con el 685.5 LEC) se ha llamado a la fiadora al proceso para el caso de que los bienes no resulten suficientes para satisfacer el crédito

¹ El cual reza (en relación a la regulación especial del procedimiento de ejecución hipotecaria) que “(l)a demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”.

² “1. 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 despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”.

de la deudora hipotecaria, pero que la ejecución sólo se seguirá contra ella en caso de insuficiencia de los bienes de otros deudores; y (ii) que la falta de legitimación pasiva no es una causa de oposición de las que regula el art. 695 LEC.

La siguiente controversia permite sacar a la luz dos cuestiones de extraordinaria importancia en el procedimiento de ejecución hipotecaria, a saber:

(i) si cabe que la parte ejecutada (fiador solidario) alegue como motivo de oposición un defecto procesal (falta de legitimación pasiva), cuando tal defecto no está previsto como causa de oposición en el art. 695 LEC;

(ii) si el fiador puede ostentar legitimación pasiva en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Ambas cuestiones son tratadas y resultas por el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Écija núm. 11/2014, al que adicionaremos un análisis de la jurisprudencia menor, para dar una respuesta jurídica más precisa a los interrogantes que se plantean.

2. ¿Tiene verdaderamente el art. 695 de LEC carácter taxativo?

La primera cuestión no ha sido pacífica en la jurisprudencia menor.

2.1. AAPP que consideran que el art. 695 LEC tiene carácter taxativo y no pueden alegarse defectos procesales como motivo de oposición a la ejecución

Esta postura es refrendada por los AAAP de Castellón (Secc. 3ª) de 2 de diciembre de 2010³, de 8 de febrero de 2010⁴ y de 5 de marzo de 2010⁵; AP Jaén (Secc. 2ª) de 27 de septiembre de 2011⁶; AP de Valladolid, (Secc. 1ª) de 31 de enero de 2006⁷; AP de Girona, (Secc. 1ª) de 12 de mayo de 2009⁸, entre otras.

³ JUR 2011\40105.

⁴ JUR 2010\168732.

⁵ JUR 2010\221817.

⁶ PROV 2011, 66539.

⁷ JUR 2006\255578.

⁸ JUR 2009\401611.

Así, vienen afirmando las mencionadas resoluciones que la admisibilidad de los motivos de oposición formales en base al art. 559 LEC⁹ es más que discutible, argumentando que motivos formales como la nulidad radical de la ejecución (art. 559.3 LEC) deben ser rechazadas de plano, sin siquiera proceder a su examen, ya que este defecto no es un motivo de oposición recogido en el artículo 695 de la LEC y, por tanto, no cabe alegarlo en este proceso. Las resoluciones en este sentido atienden a que el régimen estricto y singular de la ejecución hipotecaria excluye la posibilidad de basar la oposición en motivos distintos a los taxativamente enumerados en el art. 695 LEC ya que la restricción de este precepto se refiere únicamente a la oposición por motivos de fondo, mientras que no cabe la invocación de cualquiera de los defectos formales a que se refiere el art. 559 LEC. Los mencionados autos recuerdan que el proceso aplicable es el regulado en el Capítulo V del Título IV del Libro III de la LEC. El epígrafe del capítulo que contiene los arts. 681 y ss. LEC reza “(d)e las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados”, lo que es bien expresivo de la singularidad de esta regulación, enmarcada en la ya peculiar disciplina de la ejecución, pero con notables particularidades en su concreto desarrollo. Con arreglo a ello, afirman las AAPP partidarias de esta posición, que no cabe la oposición por motivos distintos a los del art. 695 LEC ni, por lo tanto, que pueda la oposición ampararse en el art. 559 LEC. A mayor abundamiento, expresan las resoluciones que dicha incompatibilidad se evidenciaría a la vista del art. 698 LEC que remite al deudor, tercer poseedor u otro interesado al proceso declarativo correspondiente para hacer valer otros motivos de oposición. La conclusión inevitable es que no pueden hacerse valer motivos de oposición de carácter formal del art. 559 LEC y sí exclusivamente los del ya citado art. 695 LEC.

En idéntica dirección, la STC 69/1995 de 9 de mayo (RTC 1995, 69), al tratar la limitación de las causas de oposición en el artículo 132 LH¹⁰ ha establecido que el llamado “*procedimiento judicial sumario*” del artículo 131 LH es un proceso especial de ejecución dirigido a la realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición y que se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de defensa. Afirma igualmente el TC que se trata de un procedimiento que excluye la controversia entre las partes y reduce al máximo la intervención del deudor y de los demás interesados, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento fuera

⁹ Precepto que hace referencia a la “*sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales*” dentro de las disposiciones generales de la ejecución.

¹⁰ La regulación de la oposición del ejecutado al fondo de la ejecución que se contiene en el art. 695 LEC parte del anterior artículo 132 LH.

de los cuatro supuestos taxativamente señalados en el artículo 132 de la LH, remitiendo todas las demás reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados al correspondiente juicio declarativo. Es precisamente esta posibilidad que queda abierta a todos los interesados de acudir a la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos la que ha llevado a declarar al TC que la regulación legal de los artículos 131 y 132 LH “no vulnera el derecho a la defensa reconocido en el artículo 24.1 CE”.

Y en el mismo sentido, parte de la doctrina¹¹ considera que estas peculiaridades, en especial la limitación de las causas de oposición, responden a la protección reforzada de que se ha dotado a la hipoteca con la finalidad de favorecer la fluidez del crédito territorial, que se traduce en la configuración de un proceso abreviado de ejecución, caracterizado por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de la posibilidad de contenerla mediante excepciones, falta la controversia entre las partes y la reducción al máximo de la intervención tanto del deudor como de terceros. Todo ello al objeto de impedir la suspensión del procedimiento, de forma que las demás reclamaciones que puedan formular tanto el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda (vid. art. 698 LEC).

2.2. AAPP que consideran que el art. 695 LEC no tiene carácter taxativo y que pueden alegarse como motivos de oposición a la ejecución hipotecaria defectos procesales

Esta posición es mantenida por los AAAP de Barcelona (Sección 13ª), núm. 210/2012 de 20 diciembre¹², AP de Córdoba (Sección 1ª), núm. 36/2014 de 31 enero¹³, AP de Islas Baleares (Sección 5ª), núm. 148/2007 de 25 octubre¹⁴, AP de Cuenca (Sección 1ª), núm. 29/2012 de 17 abril¹⁵ (JUR 2012\211424); AP de Pontevedra (Sección 6ª), núm. 238/2011 de 28 de octubre¹⁶, AP de Barcelona (Sección 11ª), núm. 202/2011 de 6 de octubre¹⁷, entre otras.

¹¹ CORDÓN MORENO, F., *Comentario al art. 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución*, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo II), Aranzadi, Madrid, 2010, BIB 2011/5170, p.3.

¹² AC 2013\837.

¹³ JUR 2014\176036.

¹⁴ JUR 2008\68948.

¹⁵ JUR 2012\211424.

¹⁶ JUR 2011\398601.

Estas resoluciones tratan sobre la posibilidad de plantear oposición por defectos procesales en las ejecuciones hipotecarias, esto es, sobre si en este procedimiento, el fiador puede oponer motivos fundados en el art. 559 LEC, puesto que los mismos no tienen encaje en ninguno de los supuestos del art. 695 LEC.

Exponen los mencionados autos que la LEC sólo contempla los supuestos de oposición por motivos de fondo (previstos en el art. 695)¹⁸ y los supuestos especiales de suspensión de los arts. 696 (tercerías de dominio) y 697 (prejudicialidad penal), remitiendo el artículo 698 “*cualquier otra reclamación*” al juicio declarativo que corresponda. Así pues, consideran las AAPP partidarias de esta doctrina que las disposiciones generales que la LEC dedica a este tema (art. 559 LEC) son aplicables a toda ejecución, ya que: “*una cosa es que el acreedor hipotecario tenga un proceso seguro y ágil para la satisfacción de su derecho y otra afirmar que ni siquiera es preciso respetar las reglas de ese procedimiento, sobre todo las que aseguran la legítima defensa de los derechos de todos los afectados (...)*”.

Afirman igualmente las citadas resoluciones que cabe admitir que puedan plantearse motivos de oposición por razones formales o procesales, al tratarse de presupuestos de orden público del proceso de ejecución hipotecaria y, por ende, susceptibles de un control de oficio por el órgano jurisdiccional y también de denuncia por el ejecutado, aplicándose a tal fin por analogía el trámite previsto para la oposición por defectos procesales en la ejecución ordinaria (559 LEC). En este sentido afirman que “*(...) la causa que se invoca y que finalmente ha sido aceptada por la resolución apelada, no aparece en el art. 695 LEC que recoge los motivos de oposición, con lo que, en principio, la salida sería la del artículo 698.1 del mismo cuerpo, que remitiría al declarativo correspondiente, sin afectar en nada a la marcha de la ejecución hipotecaria. Ahora bien, como afirma alguna de estas resoluciones “en cualquier procedimiento cabe que se produzcan errores procesales o se estime que se han producido. Por otra parte, es claro que el auto de despacho de ejecución no es susceptible de recurso (artículo 551.4 aplicable por la remisión que hace el artículo 681.1), con lo que, si es el caso de algún problema en la demanda ejecutiva real o a juicio del deudor, a falta de recurso, se ha de permitir alguna respuesta para ese tipo de situaciones. Por lo tanto, no*

¹⁷ JUR 2011\415568.

¹⁸ Al establecer el precepto que en estos procedimientos “*sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas (...)*”.

hay que ver inconveniente alguno en que esa disconformidad por cuestiones procesales pueda articularse como otro motivo de oposición, en este caso, a falta de posibilidad de recurrir contra el auto inicial”.

Por último, afirman las AAPP que se inclinan por esta posición que, aunque la LEC nada expresa sobre este particular, y a pesar de la dicción taxativa del art. 695 LEC, no existe impedimento alguno en admitir la oposición por defectos procesales ya que el art. 579 LEC contiene reglas generales aplicables a todo proceso de ejecución y, por ende, también a la hipotecaria.

3. La legitimación pasiva del fiador en el procedimiento de ejecución hipotecaria

Como expone el AAP de Girona (Sección 1ª) núm. 23/2015 de 23 enero¹⁹, el reconocimiento o no del fiador como legitimado pasivo ha sido objeto de controversia entre las distintas AAPP, generando respuestas diversas en nuestros tribunales: desde negar toda legitimación pasiva a los fiadores en el mismo *ex art.* 685.1 LEC, hasta admitirla equiparándolos al deudor principal en el caso de fianza solidaria, pasando por admitir que pudiera proseguir la ejecución contra los fiadores una vez realizado el bien hipotecado y caso de seguir adeudándose parte del crédito o préstamo hipotecario afianzado, aunque exigiéndose en ocasiones que desde un principio ya se dirigiera la demanda contra los mismos, lo que en otros casos se ha rechazado por suponer una acumulación no permitida en razón de la especialidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.

3.1. AAPP que admiten la legitimación pasiva del fiador en el procedimiento de ejecución hipotecaria

Las AAPP²⁰ favorables a admitir al fiador solidario como legitimado pasivo del procedimiento de ejecución hipotecaria han venido a afirmar que aun cuando el art. 682 LEC establece que la ejecución se dirigirá exclusivamente contra los bienes hipotecados, señalando el art. 685 LEC que la demanda ejecutiva deberá

¹⁹ AC\2015\158.

²⁰ AAAP de Barcelona (Sección 19ª) de 14 de abril de 2010 (JUR 2010\242703) y de (Sección 16ª) de 8 de marzo de 2011 (JUR 2011\180416); AAP de Castellón (Sección 3ª) de 22 de enero de 2013 (JUR\2015\9873); AAP de Huelva (Sección 2ª) núm. 98/2012 de 28 noviembre (AC 2013\812); AAP de Ciudad Real (Sección 1ª) núm. 87/2010 de 9 septiembre (JUR 2010\343852).

dirigirse contra el deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor, nada impide el que también pueda dirigirse contra terceros que de alguna u otra forma deban responder en relación a la obligación garantizada con el bien hipotecado, como ocurre con los fiadores solidarios del deudor, tal como permite expresamente el art. 538 LEC. Esto sería así pues, por un lado, éstos pueden poner fin a la ejecución mediante el pago de la deuda garantizada y, por otro, cabe que ante la insuficiencia del bien hipotecado pueda continuarse la ejecución frente a otros bienes de estos terceros obligados (art. 579 LEC), en tanto que la existencia de esos fiadores supone una garantía de carácter personal que se suma a la garantía real hipotecaria. Declarando que al *“no existir una norma excluyente en el ámbito de las especialidades de la ejecución hipotecaria en relación a las disposiciones generales del procedimiento de ejecución, en este caso el art. 538 LEC, la conclusión no puede ser otra que la posibilidad de demandar a los fiadores en la ejecución hipotecaria”*.

Además consideran las AAPP prosélicas de esta opción, que ningún perjuicio se deriva para los fiadores de que se siga la ejecución contra un bien sobre el que no ostentan ningún derecho, sin que puedan ser objeto en este procedimiento de medida ejecutiva alguna tales fiadores.

3.2. AAPP que no admiten la legitimación pasiva del fiador en el procedimiento de ejecución hipotecaria

La posición mayoritaria²¹ considera que no cabe dirigir la acción hipotecaria frente al fiador solidario por carecer de legitimación pasiva. Como se afirma en alguna de estas resoluciones, es cierto que en momentos pasados estas mismas AAPP admitían la posibilidad de demandar a los fiadores solidarios²², pero debe tenerse asimismo presente, que ello se hizo en supuestos iniciados bajo la redacción del art. 579 LEC, antes de su reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Las resoluciones partidarias de esta doctrina recuerdan los términos en los que ha quedado redactado el artículo 579 LEC tras la indicada reforma, disponiendo en la actualidad que *“(c)uando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en*

²¹ AAP Girona (Sección 1ª), núm. 23/2015 de 23 enero (AC 2015\158); AAP Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª), núm. 45/2015 de 3 marzo (JUR 2015\143996); AAP de Almería (Sección 2ª), núm. 4/2015 de 12 marzo (JUR 2015\173993); AAP de Castellón (Sección 3ª) núm. 20/2014 de 30 Enero (JUR\2015\9873); AAP de Madrid (Sección 25ª) núm. 186/2013 de 13 septiembre (AC 2014\218); entre otras muchas.

²² Así, ha existido incluso controversia entre las misma Secciones de una Audiencia Provincial (V. Gr. Sección 1ª AP de Girona y Sección 3ª AP de Castellón).

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 despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución". Se introduce por tanto, como rememoran las AAPP favorables a esta corriente, que se pueda pedir el despacho de ejecución por la cantidad que falte y “*contra quienes proceda*”, si una vez subastados los bienes hipotecados o pignorados su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, cuando con anterioridad lo que se preveía para este supuesto era la posibilidad de poder pedir el embargo por la cantidad que falte y continuar la ejecución con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

Consideran las citadas AAPP, que se ha producido un cambio sustancial que las obliga a modificar el criterio seguido con anterioridad de forma que, de acuerdo a la redacción actual del precepto, en un mismo procedimiento pueden haber dos tipos de ejecución: (i) la hipotecaria que únicamente podrá dirigirse contra quienes se encuentren en alguno de los supuestos que menciona el artículo 685 de la LEC; y (ii) la ordinaria para el caso de que después de haber subastados los bienes hipotecados o pignorados su producto fuera insuficiente, momento en que sí que se podrá pedir el despacho de ejecución frente a los fiadores solidarios. Para estas resoluciones cuestión diferente sería el interés que estos últimos puedan tener en conocer la existencia del procedimiento hipotecario, supuesto en el que bastará con notificarles que se ha presentado la demanda de ejecución hipotecaria, como fija el nuevo art. 685.5 LEC introducido por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro, el cual reza que “*a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 579 será necesario, para que pueda despacharse ejecución por la cantidad que falte y contra quienes proceda, que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicial*”.

Para esta línea jurisprudencial, con la entrada en vigor de la Ley 37/2011 es más que dudoso el planteamiento de la acción hipotecaria frente a los fiadores solidarios, pues siendo cierto que, *prima facie*, se podían incardinar en el ámbito subjetivo de la pretensión de acuerdo con la expresión legal “*contra quienes proceda*”, también lo es que, el proceso de ejecución hipotecaria supone plantear una acción real frente al bien hipotecado, mientras que la pretensión de recobro del crédito por parte de los fiadores, exige de una acción personal y la espera del resultado de la subasta.

En palabras de las mencionadas resoluciones, “*no cabe despachar inicialmente ejecución frente a los fiadores porque ningún bien de su propiedad se puede embargar y ninguna medida de ejecución se puede adoptar frente a ellos y, de otro lado, el art. 555.4 de la LEC no permite la acumulación de una ejecución ordinaria a otra en que se persigan exclusivamente bienes hipotecados*”.

4. La decisión del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Écija

En el litigio del que trae causa este análisis, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Écija en Auto núm. 11/2014 declara:

- (i) La posibilidad de que el fiador alegue como motivo de oposición dentro de una ejecución hipotecaria cuestiones procesales, en este caso, falta de legitimación pasiva, siempre y cuando “*las mismas se refieran a los presupuestos esenciales del proceso*”;
- (ii) La falta de legitimación pasiva de la fiadora, ya que para el Juzgado no es cierto que la demanda se haya dirigido contra la fiadora para el caso de que el bien hipotecado no sea suficiente para cubrir el crédito que se ejecuta en el presente procedimiento y que únicamente se le haya dado conocimiento de la demanda por los efectos que la misma pudiera tener con respecto de ella (*ex art. 685.5 LEC*). Esto es así, puesto que en el suplico de la demanda no se indica que la ejecución se dirija contra ella sólo en el supuesto de que una vez realizado el bien hipotecado su producto no alcance a cubrir el crédito ejecutado, ni que únicamente se ponga en su conocimiento la existencia de un proceso por las consecuencias que para ella pudiera tener, sin que tampoco en el cuerpo de la demanda se haga salvedad alguna respecto a la fiadora. En consecuencia, entiende el Juzgado que no cabe despachar ejecución frente a la fiadora solidaria y estima la alegación de falta de legitimación pasiva.

5. Comentario

Como hemos podido examinar, las dos cuestiones objeto de este comentario, esto es, si es posible que el fiador alegue defectos procesales (falta de legitimación pasiva) en la oposición a la ejecución hipotecaria y si es admisible la legitimación pasiva del fiador en el referido procedimiento, han sido resueltas de forma diversa por las distintas AAPP.

En nuestra opinión y respecto a la primera de estas cuestiones, consideramos que la argumentación con mayor consistencia jurídica es la que entiende que el art. 695 LEC tiene carácter de lista cerrada y no permite que se aleguen defectos procesales como motivo de oposición a la ejecución hipotecaria, en este caso, que el fiador alegue su falta de legitimación pasiva. Esto es así por diversas razones. En primer lugar, si realizamos una interpretación literal (art. 3.1 CC) del art. 695 LEC el cual reza que “*sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: (...)*” parece que la palabra “*sólo*” denota que únicamente se admitirán los motivos de índole material que fija el mencionado precepto. En segundo lugar, efectuando una interpretación histórica (art. 3.1 CC) del mismo, parece que como expresó el TC al tratar la limitación de las causas de oposición contenidas en el art. 132 LH (precedente del art. 695 LEC), el proceso de ejecución es un proceso especial dirigido a la realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición y que se caracteriza por la disminución de las posibilidades de defensa, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento fuera de los cuatro supuestos taxativamente señalados, remitiendo todas las demás reclamaciones al correspondiente juicio declarativo (actual art. 698 LEC), sin que ello suponga indefensión. Por último y no menos importante, la Exposición de Motivos de la LEC manifiesta en relación al procedimiento de ejecución hipotecaria, que “*(e)n este punto, se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta. Aclarando que, “(e)l TC ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la CE e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable”*”, expresiones que clarifican el carácter circunscrito del art. 695 LEC.

Por otro lado, en relación a la posibilidad de que el fiador pueda ser considerado legitimado pasivo en el procedimiento de ejecución hipotecaria, nos decantamos por la posición que niega la legitimación de este en el procedimiento de ejecución. Y esto es así, porque realizando una interpretación literal del art. 685.1 LEC el cual manifiesta que “*(l)a 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*”, podemos colegir que el fiador no puede ser destinatario de la misma si no se encuentra en alguna de las tres situaciones anteriores. Pero es que además, la reforma operada por la Ley 37/2011, que modifica el art. 579 LEC, introduciendo que se pueda pedir el despacho de ejecución por la cantidad que falte y “*contra quienes proceda*”, sólo si una vez subastados los bienes hipotecados o pignorados su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, denota, que la ejecución hipotecaria sólo puede dirigirse contra los bienes hipotecados, ajenos al fiador. Asimismo, el art. 555.4 LEC no permite la acumulación de una ejecución ordinaria a otra en que se persigan exclusivamente bienes

hipotecados. Por último, parece que el nuevo art. 685.5 LEC introducido por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, camina por esta dirección, al establecer que *“a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 579 será necesario, para que pueda despacharse ejecución por la cantidad que falte y contra quienes proceda, que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicia”*, pudiéndose inferir de su lectura que se está desvinculando al fiador como legitimario pasivo de la acción hipotecaria, especificando que únicamente será necesario notificarle la demanda ejecutiva. En definitiva, no sería lógico despachar inicialmente ejecución frente a los fiadores porque ningún bien de su propiedad se puede embargar y ninguna medida de ejecución se puede adoptar frente a ellos.

Pero entonces, si entendemos (y la jurisprudencia mayoritaria) que el fiador solidario no está legitimado pasivamente en el procedimiento de ejecución hipotecaria, pero su vez, consideramos que no puede alegar como motivo de oposición la falta de legitimación pasiva (por tener el art. 695 LEC carácter taxativo) en caso de ser demandado, ¿cómo va a defender su derecho el ejecutado (fiador solidario)? La respuesta está en el AAP de Barcelona²³ que expresa que los supuestos contemplados en el art 559 LEC, en realidad, se refieren no tanto a meros defectos procesales sino que responden al debate sobre los propios presupuestos del proceso (legitimación activa y pasiva y ejecutividad del título), presupuestos cuya concurrencia, por tanto, ha de ser examinada y valorada de oficio y sin audiencia del ejecutado, con carácter previo al despacho de la ejecución y cuya falta determinaría su improcedencia. Por tanto, la falta de legitimación pasiva debía haber sido examinada de oficio por el Juzgador. Así, si el Juzgador apreciase la falta de legitimación pasiva del ejecutado (quedaría sin efecto frente a él) no surgirían problemas relativos a la transgresión del sentido literal e histórico del art. 695 LEC, al alegar la parte ejecutada motivos que no tienen cabida en el mencionado precepto.

En definitiva, ¿tendría algún efecto pernicioso para el fiador admitir su legitimación pasiva en el procedimiento de ejecución hipotecaria? No, ya que ningún perjuicio se deriva para los fiadores de que siga la ejecución contra un bien sobre el que no ostentan ningún derecho, sin que puedan ser objeto en este procedimiento de medida ejecutiva alguna. Además, de las resoluciones examinadas puede deducirse que el provecho más destacable que obtienen los fiadores cuando se estima su falta de legitimación pasiva es la condena en costas (art. 561 LEC en relación con el 394 LEC) de la parte ejecutante (acreedora).

²³ (Sección 13ª), núm. 210/2012 de 20 diciembre (AC 2013\837).