

ESTUDIOS

«RÉGIMEN DE COMUNICACIONES DE LA EXISTENCIA DEL PROCESO DE EJECUCIÓN Y SUBASTA DE BIENES INMUEBLES»

M.^a ÁNGELES PINEDA GUERRERO

Profesora del Instituto Andaluz de la Administración Pública

Oficial titular de la Administración de Justicia

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Comunicaciones al propietario-ejecutado.—3. Comunicaciones al titular inscrito, distinto del deudor.—4. Notificación a los titulares de las cargas y gravámenes: 4.1 Notificación a los acreedores anteriores. 4.2 Notificación a los acreedores posteriores: a) Acreedores posteriores hasta expedir la certificación de dominio y cargas. b) Acreedores posteriores a la expedición de la certificación de dominio y cargas. c) Intervención de los acreedores posteriores en general. d) Comunicación defectuosa o ausencia de ella a los acreedores posteriores. 4.3 Régimen de comunicaciones a los ocupantes.

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión que trataremos seguidamente reviste gran trascendencia en orden al logro de la tutela judicial efectiva en la fase de ejecución de los procesos civiles, pues la escrupulosa corrección en el desenvolvimiento de las distintas actuaciones que integran la ejecución inmobiliaria —sea hipotecaria o derivada de un título judicial—, particularmente las que consisten en el llamamiento⁽¹⁾ de los interesados a intervenir en la ejecución en los tér-

⁽¹⁾ Son reseñables, a este respecto, las directrices emanadas del TC (SSTC entre otras 167/1992, 103/1993, 316/1993, 317/1993, 334/1993, 108/1994, 108/1995 de fecha 4 de julio) referidas «a la trascendencia que para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva tienen los actos de comunicación procesal, con el fin de garantizar que todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por lo acordado en un procedimiento judicial, tengan la oportunidad de acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oídas y de ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de las citaciones y notificaciones procesales que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la ocasión de defenderse, por lo que la utilización de los edictos, al constituir un remedio último para los actos de comunicación procesal, de carácter supletorio y excepcional, requiere el agotamiento previo de los medios de comunicación ordinarios» (STC 108/1995).

minos en que les está permitido, es requisito *sine qua non* para dar cumplida satisfacción a cuantos legítimos intereses económicos y jurídicos entran en juego. Como veremos, van a ser titulares de los intereses que confluyen en toda ejecución, además de los más conocidos ejecutante y ejecutado, los acreedores anteriores y posteriores de este último y, entre los posteriores, distinguiendo los que preceden y los que subsiguen a la expedición de la certificación de cargas; el cónyuge no deudor o, en su caso, el cónyuge que lo sea por su mitad ganancial, y el último titular dominical si es persona distinta del ejecutado. También los meros ocupantes de la finca pueden ser titulares de derechos dignos de protección, introduciéndose por la nueva LEC «un régimen de audiencia y eventual desalojo de los ocupantes de los inmuebles enajenados en un proceso de ejecución», previsión inexistente en la antigua Ley de 1881.

Siendo este el tema central del presente artículo, no vamos a dirigir nuestra atención a la ejecución pignoraticia, ni a la ejecución provisional, y tampoco a esa loable alternativa a la subasta judicial consistente en la venta extrajudicial por persona o entidad especializada. Sólo vamos a tratar la ejecución forzosa cuando afecta a bienes inmuebles, en sus dos modalidades: la común o general y la hipotecaria.

2. COMUNICACIONES AL PROPIETARIO-EJECUTADO

Tales van a ser, en esencia, el requerimiento de pago cuando proceda, la notificación del despacho de la ejecución y del señalamiento de la subasta.

Con carácter previo a despachar ejecución, en las ejecuciones basadas en títulos extrajudiciales ha de mediar requerimiento de pago al deudor, comunicación que deberá practicarsele «*en el domicilio que figure en el título ejecutivo*» (v. art. 582) y, en el caso de la ejecución hipotecaria o prendaria, «*al deudor, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor en el domicilio vigente en el Registro de la Propiedad*» (686.1.º y 2.º); en tanto que para despachar ejecución en virtud de títulos judiciales o de origen arbitral no es preciso requerir de pago al ejecutado, como se desprende del artículo 580 de la LEC.

No obstante, si en el domicilio previsto en el título ejecutivo no es hallado el interesado, para las ejecuciones de títulos extrajudiciales no hipotecarios el artículo 582 permite, a petición del ejecutante, realizar el requerimiento «*en cualquier lugar en que, incluso de forma accidental, el ejecutado pudiera ser hallado*»; al contrario de lo que prevé el artículo 686 para las ejecuciones hipotecarias, que sólo permite requerir válidamente en el «*domicilio vigente en el Registro*» y, de no ser hallado en él el destinatario, «*al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallaren en la habitación del que hubiere de ser requerido y si no se encontrare a nadie en ella, al portero o al vecino más próximo que fuere habido*»⁽²⁾.

⁽²⁾ A este respecto, ha de hacerse notar que en las ejecuciones hipotecarias se mantiene la figura del «vecino más próximo» como persona indicada para practicar el requerimiento de pago, después de haber desaparecido de la relación de personas a las que, con carácter general, pueden practicarse comunicaciones en defecto del destinatario según el tenor del nuevo artículo 161 de la LEC, respecto de la LEC de 1881.

Aunque el tenor literal reproducido del artículo 686.2, párrafo segundo se refiere al requerimiento practicado «extrajudicialmente», resulta clara su aplicabilidad por analogía a los supuestos en que, no habiéndose practicado extrajudicialmente, se solicite su realización por el Juzgado.

Desatendido el requerimiento de pago, salvo en el caso de títulos de origen judicial o arbitral en que no se contempla por la Ley⁽³⁾, queda expedita la vía al despacho de la ejecución⁽⁴⁾, que abre un abanico de nuevos actos de comunicación con diversos interesados.

Sin perjuicio de que el auto despachando ejecución siempre se notifica al ejecutado⁽⁵⁾, haciéndole saber que en cualquier momento puede personarse en la ejecución, lo cierto es que el ejecutado —lo que ya era regla general con la regulación precedente— no suele personarse en las actuaciones⁽⁶⁾, salvo que, habiendo sido demandado en una fase declarativa previa, ya se encontrase personado, lo que no ocurre en las ejecuciones hipotecarias ni en las basadas en cualquier otro título extrajudicial.

Posteriormente, —si no se plantease oposición por el ejecutado o, suscitada, se resolviese en sentido favorable a proseguir la ejecución— una vez acordada la celebración de subasta mediante providencia o diligencia de ordenación, el artículo 667 de la LEC prevé que *«el señalamiento del lugar, día y hora para la subasta se notificará al ejecutado (...) en el domicilio que conste en el título ejecutivo»*, recogiéndose similar prescripción para la ejecución hipotecaria (art. 691.2.º: *«... en el domicilio que conste en el Registro»*). Pero tal notificación se prescribe únicamente respecto de los bienes inmuebles y muebles inscritos, puesto que la LEC de 2000, como su antecesora, no contempla la notificación del señalamiento para subasta a los propietarios de bienes muebles que no son susceptibles de inscripción registral (v. art. 667 para bienes inmuebles frente al art. 645 relativo a bienes muebles).

La forma de notificar al ejecutado ambas resoluciones (auto despachando ejecución y resolución señalando la fecha para subasta) dependerá de si se encuentra ya personado mediante Procurador —por haber sido parte demandada en una fase declarativa previa—, o por el contrario, no se encuentra personado, bien por estar rebelde o por tratarse de un proceso de ejecución hipotecaria o de otro título no judicial.

⁽³⁾ Aunque nada impide al ejecutante solicitar ni al tribunal acordar una nueva oportunidad de pago para el deudor antes de despachar la ejecución, que podría propiciarse con un requerimiento de pago que la Ley no exige, pero que tampoco proscribire.

⁽⁴⁾ Para abrir la vía al despacho de la ejecución deberá presentarse demanda ejecutiva contra el deudor, si bien apunta Luis M. Miralbell Guerin la conveniencia de demandar también, en caso de existir sociedad de gananciales, al cónyuge no deudor, *«pues, a pesar de que existe jurisprudencia que no lo ha considerado imprescindible (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983 y 17 de octubre de 1986), la mayor parte de la doctrina entiende que es necesario demandar al cónyuge no deudor, pues al ser copropietario de la finca hipotecada, tiene la condición de hipotecantes»*.

⁽⁵⁾ La Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 553, párrafo 2.º, extensivo a toda ejecución cualquiera que sea el título que el origine, dispone: *«el auto que despache ejecución, con copia de la demanda ejecutiva, será notificado al ejecutado, sin citación ni emplazamiento, para que en cualquier momento pueda personarse en la ejecución, entendiéndose con él, en tal caso, las ulteriores actuaciones»*.

⁽⁶⁾ Merece ser citada a este respecto la STS, Sala I.ª, núm. 478 de 26 de mayo de 1999, Ponente: Excmo. Sr. Almagro Nosete, dictada vigente la antigua LEC, dada su aplicabilidad y actualidad pese a la reforma, que refleja la desestimación de la indefensión alegada por el ejecutado que, pese a ser reiteradas veces informado de la existencia de la ejecución, se abstiene de personarse en la misma: *«En el caso de autos a la recurrente no se le privó de su derecho de ser sujeto en el juicio ejecutivo de referencia, pues por tres veces recibió comunicación directa de que se estaba tramitando, no sólo las que ya se dejan referidas (...), sino también la de fecha 30 de julio de 1.981, que tuvo lugar en su persona, si bien se negó a firmar, a fin de requerirla para que presentara los títulos de propiedad de las fincas embargadas»*.

Ante estos datos fácticos resulta evidente que si no se personó en el procedimiento es porque decidió no hacerlo y continuar en la situación de rebeldía, con todas sus consecuencias y así se presenta que ha sido la propia recurrente la que por sí y no de forma impuesta, no efectuó la contradicción procesal que la Ley le autorizaba. (...) El motivo tercero hace también denuncia de infracción del artículo 24.1 de la Constitución, para sostener y reiterar lo ya alegado de infracción del principio de tutela judicial efectiva, que, como queda suficientemente explicado, no se ha producido. (...) No puede aducirse que hubo marginación procesal para la ejecutada, cuando fue ella que se excluyó voluntariamente del juicio. En ninguna situación influyente y definitiva indefensión se incurrió, ya que incluso ningún impedimento consta se hubiera producido para poder haber acudido a la subasta».

Así, la notificación del *auto despachando ejecución* se hará en el primer caso al Procurador y en el segundo, en defecto de aquel, al litigante no personado⁽⁷⁾. Respecto del *señalamiento para subasta de bienes inmuebles*, aunque se notificará al Procurador cuando haya sido designado, respecto de esta resolución no será suficiente la notificación al profesional: también habrá de notificarse al propio litigante «en el domicilio que conste en el título ejecutivo» (como se deduce *ex* 667) o «en el domicilio que conste en el Registro» para la ejecución hipotecaria según el artículo 691.2⁽⁸⁾. La razón es que se da la circunstancia del apdo. 4.º del artículo 28 LEC consistente en que, aún existiendo Procurador designado para la práctica de todas las comunicaciones, la ley prescribe que esta comunicación en particular «se practique a los litigantes en persona».

Esta prescripción de notificación al propio ejecutado en la subasta de bienes inmuebles dimana de dichos artículos 667 y 691.2.º de la LEC, al determinar con exactitud en qué lugar ha de ser notificado el señalamiento para subasta: en «el domicilio que conste en el título ejecutivo» o «en el Registro», respectivamente⁽⁹⁾, habida cuenta de que en dicho domicilio, como es de perogrullo, no podemos notificar al Procurador sino a su cliente.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sec.1.ª, de 19 de febrero de 1999, ponente Ilmo. Sr. Maderuelo García, asienta un criterio plenamente vigente pese a la reforma procesal civil para los casos en que resulte negativa la comunicación en el domicilio designado: «*habiéndose fijado como domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones el de la vivienda hipotecada, dicho trámite fue a todas luces observado y si en el mismo no se halló al ejecutado no debe restar validez a tal requerimiento y notificación pues al actor no le cumplía otra cosa y siempre le quedó a D. M. la posibilidad de fijar otro domicilio, con sólo facilitarlo a la entidad Bancaria y recoger por escrito en documentos.*»

Finalidad de la notificación del auto despachando ejecución: El objetivo de esta notificación al ejecutado es informarle de la existencia del procedimiento (*ex* 553.2 LEC), con apertura simultánea de un plazo de diez días para formular oposición (según el art. 556.1 LEC recogido en sede de ejecución de títulos judiciales y arbitrales, y aplicable a la ejecución hipotecaria y pignoraticia a falta de precepto específico), dándole desde entonces intervención en las actuaciones de la ejecución en los términos que le permiten los distintos preceptos de la Ley ritualaria, a saber: previa personación mediante Abogado y Procurador puede intervenir en el avalúo de los bienes embargados en los términos del artículo 639.4 LEC y solicitar del tribunal, a su costa, que se dé publicidad a la subasta a través de los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza y valor de los bienes (art. 645).

De las consecuencias jurídicas de la infracción de la preceptiva notificación al deudor da cuenta la Audiencia Provincial de Baleares, sec. 4.ª, en Sentencia de 28 de septiembre de 2001,

⁽⁷⁾ La notificación del auto despachando ejecución se realizará conforme a lo previsto en el artículo 161 de la LEC, a fin de facilitar la práctica de actuaciones que se acuerdan en su parte dispositiva, tales como: el requerimiento de pago al deudor cuando proceda, el requerimiento para manifestación de bienes del artículo 589 o, en su caso, la práctica del embargo extendiendo diligencia acreditativa al tiempo de notificar el auto.

⁽⁸⁾ En los procesos de ejecución hipotecaria el «domicilio que consta en el Registro» es el mismo que el del artículo 667, es decir, «el que consta en el título ejecutivo», dado que tal título ejecutivo, que no es otro que la escritura pública constitutiva de hipoteca, se encuentra inscrita en el Registro, en la cual es obligatorio que el deudor deje designado un domicilio para notificaciones (v. art. 682.2.2.º LEC); por lo que a la postre ambos domicilios, el del artículo 667 y el del 691.2.º, coinciden.

⁽⁹⁾ La Ley Hipotecaria, en la derogada redacción de su artículo 131, regla 7.ª, «*in fine*», preveía la notificación al deudor del lugar, día y hora para el remate en la finca o fincas subastadas; mientras que la nueva LEC en su artículo 691.2.º prescribe que dicha notificación se hará al deudor en el domicilio que conste en el Registro. Tal domicilio, conforme al artículo 682.2.2.º LEC, será el designado «para la práctica de los requerimientos y notificaciones» en la escritura de hipoteca, y nada indica que haya de coincidir necesariamente con el de la finca hipotecada.

Pte: Ilmo. Sr. Artola Fernández: «Consecuentemente, se constata que se infringió la notificación en forma del procedimiento a la parte deudora, parte que, merced a la subrogación legal eran, ya desde antes de iniciarse el procedimiento de ejecución, los hoy actores, a quienes no se llegó a notificar la existencia del procedimiento en el domicilio pactado en la escritura, es decir, en la propia finca hipotecada, lo que constituye motivo de nulidad (del requerimiento de pago realizado y actuaciones posteriores)⁽¹⁰⁾ por haber generado evidente indefensión a los allí ejecutados, hoy actores, quienes han visto subastada una finca de 50 hectáreas de terreno por una deuda derivada de un préstamo de 100.000 pesetas y por un precio de adjudicación inferior a los 10.000.000 de pesetas».

Específicamente para la subasta hipotecaria, el artículo 693 de la LEC prevé la comunicación al deudor de que podrá hacer uso de la facultad que se le otorga *ex lege* para liberar la vivienda familiar, por una sola vez, mediante la consignación de las cantidades reclamadas en la demanda más los vencimientos del préstamo e intereses de demora que hubieran ido venciendo durante el curso del proceso judicial hasta la fecha del pago. En el auto despachando ejecución hipotecaria, que se notificará al ejecutado, vendrá expresada esta prevención dirigida al mismo.

Finalidad de la notificación del señalamiento para subasta: Tiene por objeto posibilitar al ejecutado para que «antes de la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor pueda liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas» (art. 670.7).

Pero si el ejecutado no puede evitar la subasta y liberar su/s finca/s, tras la celebración de aquella, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70 por 100 del avalúo (o del precio pactado en la escritura de hipoteca, en su caso), podrá el ejecutado⁽¹¹⁾, en el plazo de diez días, presentar tercero que la mejore ofreciendo cantidad que supere dicho 70 por 100 o, al menos, siendo inferior, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. En caso de que la mejor postura no supere siquiera el 50 por 100 del avalúo o del precio fijado en la escritura, según el caso, ni cubra la cantidad por la que se despachó ejecución más los intereses y costas presupuestados, el ejecutado personado será oído por el tribunal junto al ejecutante, para resolver sobre la procedencia de la aprobación del remate.

3. COMUNICACIONES AL TITULAR INSCRITO, DISTINTO DEL DEUDOR

El artículo 689 LEC dispone que si de la certificación registral resultase que el último titular dominical inscrito es distinto de la persona del deudor-ejecutado, si no ha sido requerido de pago notarial o judicialmente, deberá serle notificada la existencia del procedimiento en el domicilio indicado en el Registro, a fin de que «pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución en los términos del artículo 662 LEC o bien satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca».

⁽¹⁰⁾ La aclaración es nuestra.

⁽¹¹⁾ A tal fin, deberá ser notificada al ejecutado dicha postura, concediéndole el plazo de diez días referido, aunque dicho ejecutado no se encuentre personado en las actuaciones. La no cumplimentación de esta comunicación podría conllevar la nulidad a que alude la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1.ª, de 19-02-1999, Pte: Ilmo. Sr. Maderuelo García: «El tercer motivo se refiere a la imposibilidad para el ejecutado de ejercitar los derechos reconocidos de la regla 12 del artículo 131 LH –actualmente, artículo 670.4 LEC– al aprobarse el remate sin darle a él traslado del acta de la 3.ª (3.ª con la antigua Ley, ahora sólo existe una) subasta. Efectivamente este motivo podría dar lugar a la nulidad» de lo actuado.

En el artículo 689 se recoge la figura del tercer poseedor, que la jurisprudencia se encarga de delimitar y definir más puntualmente, tanto en sentido positivo como por exclusión respecto de quien no puede considerarse tal, como es el caso del titular de un derecho de arrendamiento. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sec. 1.ª, de 22 de abril de 2000, Pte: Iltmo.Sr. Rodríguez de Sanabria Mesa: «Ciertamente existe una polémica doctrinal en orden a la expresión tercer poseedor utilizada por dicho precepto, ya que ni el Código Civil ni la legislación hipotecaria contienen un precepto referente al concepto de tercer poseedor, al que sin embargo sí se refieren en diferentes preceptos en relación con el bien gravado con una hipoteca (arts. 126, 112 ó 134.1 de la Ley Hipotecaria), aludiendo a una relación de poder o posesión de éste tercero con el bien hipotecado, no obstante, no cualquier poseedor goza de las ventajas que la Ley Hipotecaria otorga al tercer poseedor. Según la doctrina tercer poseedor en nuestro ordenamiento jurídico es quien aparece como nuevo «dueño» o propietario de un bien o derecho real, con posterioridad a la constitución de una carga hipotecaria que lo grave, convirtiéndose en nuevo propietario pero perviviendo la carga hipotecaria antes constituida (art. 38 párrafo 4.º de la Ley Hipotecaria), teniendo también la consideración de tercer poseedor otros terceros adquirentes de derechos a los que se refiere el artículo 134 de la citada Ley y que serían los adquirentes de un derecho real de usufructo sobre una finca ya hipotecada; el adquirente del dominio útil del inmueble gravado, el adquirente del dominio directo del bien hipotecado o de la nuda propiedad hipotecada. Partiendo de lo expuesto, y pese a la dicción del concepto tercer poseedor, lo cierto es que éste, a efectos hipotecarios, es un tercer adquirente del derecho real gravado, o de cualquiera de los derechos a que se refiere el artículo 134.2 de la Ley Hipotecaria, no siendo necesaria la posesión inmediata del bien por él mismo. En base a lo expuesto, no puede ser considerado ni tiene el carácter de tercer poseedor al que se refiere y protege la legislación hipotecaria quien, como arrendatario, ocupa un inmueble gravado con una hipoteca, cuya ejecución se insta, por lo que ninguna notificación a los efectos previstos en las reglas 3.ª y 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria debe efectuársele al mismo, ya que los requerimientos a que se refieren las reglas citadas deben efectuarse al deudor o tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble».

En cuanto al requisito legal de la acreditación de su derecho por el tercer poseedor, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de noviembre de 1.990 establece: «no se olvide que la regla 3.ª del artículo 131 L.Hp. —hoy vigentes arts. 662 y 689 LEC⁽¹²⁾—, que dice infringida se refiere al tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiera acreditado al acreedor la adquisición de la finca. Faltando tal requisito, en modo alguno puede exigírsele al acreedor la realización de requerimientos a terceros poseedores cuya existencia desconoce, ya que el recurrente en ningún momento inscribió el derecho que alega ostentar (no de adquisición de la finca sino arrendaticios), ni comunicó al acreedor ser titular de derecho alguno sobre la finca».

Cabe preguntarse qué ocurriría si en la descrita posición jurídica de tercer poseedor se encontrasen unos cónyuges y, figurando ambos en el Registro de la Propiedad como titulares inscritos distintos del deudor, se notificase la existencia del procedimiento solamente a uno de ellos. En tal caso, si la ejecución continuase adelante con omisión de dicha notificación, ello no necesariamente sería causa de nulidad de actuaciones, como lo demuestra el pronunciamiento de la Sentencia del T.S. Sala I.ª, de 17 de abril de 2000, Ponente Excmo.Sr. Gullón Ballesteros, *expressis verbis*: «Fundamento de Derecho: SEGUNDO. (...)

(12) La aclaración es de la autora.

alega infracción de las reglas 4.^a y 5.^a del artículo 131 LH (el vigente art. 689 LEC 1/00 coincide sustancialmente con el contenido de dichos derogados preceptos de la L.H.)⁽¹³⁾, al no haberse requerido de pago ni notificado la existencia del procedimiento a la recurrente señora G. G., sino sólo a su esposo, en actuación judicial que estima nula en otro motivo del recurso.

El motivo se desestima porque los recurrentes son esposos, luego la presunción legal de convivencia (art. 69 C.civ.) hace completamente verosímil la declaración de la sentencia recurrida (f.j. 3.º) de que es llano que un hecho de tanta trascendencia como la existencia de dicho procedimiento judicial no pudo sino haber llegado a su conocimiento. Por otra parte, la defensa de los derechos de los recurrentes como terceros poseedores del inmueble ejecutado sumariamente tanto incumbía al esposo como a su consorte, a ambos les legitima el artículo 1.385 C.civ. para la defensa de los bienes comunes, luego la hipotética indefensión de que se quejan carece de fundamento.

(...) se acusan una serie de defectos en la notificación a la esposa a través del marido, sin apercibirse los recurrentes que cualquiera que fuesen tales defectos, lo cierto y evidente es que han de haber producido indefensión, concepto este último que no debe confundirse con infracción procesal, pues no todas generan aquélla, es decir, la imposibilidad de hacer valer judicialmente los derechos, contradecir o probar (a los efectos de prosperar el recurso de casación, añadimos nosotros).

Si la esposa es presumible que conociese la existencia del procedimiento, esto era ya suficiente para que pudiese ejercitar los derechos –muy reducidos– que le otorga al tercer poseedor de finca hipotecada el artículo 131 LH».

4. NOTIFICACIÓN A LOS TITULARES DE LAS CARGAS Y GRAVÁMENES

Siguiendo a Martínez de Santos⁽¹⁴⁾: «las comunicaciones judiciales se realizarán de oficio o, a instancia del ejecutante, a los titulares de créditos anteriores al del que se ejecuta, a los arrendatarios y a los ocupantes de hechos».

En cuanto a los titulares de las cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la traba o a la hipoteca, con la legislación anterior a la vigente LEC se notificaba la pendencia del proceso de ejecución hipotecaria por el propio órgano judicial (*vid.* art. 131, regla 5.^a, pfo. 2.º), mientras que para la ejecución ordinaria el artículo 1.490 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil preveía que tal comunicación correspondía hacerla al Registrador de la Propiedad.

Con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, ambos criterios se unifican y el artículo 659.1 encomienda definitivamente al Registrador en todos los casos –ejecución hipotecaria y común u ordinaria– la notificación a los acreedores posteriores de la existencia del proceso de ejecución.

Veamos ahora cuál es el actual régimen de comunicaciones a los titulares de las cargas y gravámenes, es decir, a los acreedores, tanto anteriores como posteriores; así como respecto a los ocupantes de hecho, si existieren:

⁽¹³⁾ La aclaración es de la autora.

⁽¹⁴⁾ «De la ejecución dineraria: especial referencia a la subasta». Estudios Jurídicos. Secretaríos Judiciales. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia. Madrid, 2000.

4.1 NOTIFICACIÓN A LOS ACREEDORES ANTERIORES

- En cuanto a los titulares de créditos anteriores, el tribunal no les notificará la existencia de la ejecución sencillamente porque no les afecta, puesto que *«las cargas y gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes»* y los postores que participen en la subasta están obligados *ex lege* a admitir la subsistencia de dichas cargas, presumiéndose por la ley que aceptan quedar subrogados en la responsabilidad derivada de las mismas, si resultasen rematantes.

No obstante, conforme al artículo 657.1.º de la LEC, el ejecutante podrá pedir al tribunal que dirija comunicación a los titulares de dichas cargas y derechos anteriores, para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía; a los efectos de que la valoración del inmueble para subasta se haga con deducción del valor real y actualización de las cargas que pesan sobre el mismo, a los efectos del artículo 666 de la LEC⁽¹⁵⁾, lo que es aplicable también a la ejecución hipotecaria.

Conforme al precitado artículo en su apartado 1.º: *«Los acreedores a quienes se reclame esta información deberán indicar con la mayor precisión si el crédito subsiste o se ha extinguido por cualquier causa y, en caso de subsistir, qué cantidad resta pendiente de pago, la fecha de vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones en que el pago deba efectuarse. Si el crédito estuviera vencido y no pagado, se informará también de los intereses moratorios vencidos y de la cantidad a que asciendan los intereses que se devenguen por cada día de retraso. (...)»*.

Por tanto, incumbe a los acreedores anteriores un deber de información precisa y veraz sobre la actualidad, subsistencia y extensión de sus créditos respectivos frente al deudor ejecutado. Información que constituye el requisito imprescindible para que el ejecutante conozca el valor exacto de la finca que va a aplicar mediante la subasta a la satisfacción de su crédito. Tal valor, fijado por el Secretario mediante las operaciones previstas en el artículo 666, constituirá el tipo de aquella.

4.2 NOTIFICACIÓN A LOS ACREEDORES POSTERIORES

a) *Acreedores posteriores hasta expedir la certificación de dominio y cargas*

El registrador ha de notificar la existencia de la ejecución a los titulares de derechos y acreedores que figuren en asientos posteriores a la anotación del embargo o a la inscripción de la hipoteca que se ejecuta, siempre que sus domicilios consten en el Registro (sino, por edicto). No obstante, el artículo 660, apdo. 2 LEC, establece: *«la ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que estas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución»*.

Ello parece estar en contradicción con el criterio de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sec. 6.ª, de 31 de enero de 2002, Pte: Iltmo. Sr. Prieto Lozano, que dice: *«al*

⁽¹⁵⁾ Tal previsión se contempla para paliar las inexactitudes derivadas de los asientos registrales, que sólo reflejan el valor o importe a que ascendían las cargas en la fecha en que fueron constituidas. Conocido el «quantum» real que representan esas cargas, el Secretario Judicial deberá tenerlo en cuenta para deducirlo del valor de tasación pericial o bien del precio pactado en la escritura de hipoteca, según el caso.

Si el ejecutante no hace uso de la facultad que le confiere dicho apdo. 1.º del artículo 657, el Secretario realizará la operación de deducción de cargas conforme a lo que resulte de la certificación del Registro (por tanto, sin exactitud y sin actualizar).

reputarse que el Órgano Judicial no cumplió adecuadamente el deber de diligencia que le incumbía en la realización de los actos de comunicación procesal lo que supuso que la actora se vio impedida para hacer uso de las facultades que en su condición de acreedora posterior le otorgaba la Ley Hipotecaria, la regla quinta de su artículo 131, lo que sin duda ha supuesto un perjuicio a su derecho e intereses, no cabe duda que la nulidad de actuaciones decretada por el juzgado *a quo*, y con el preciso y concreto alcance que se fija en el fallo de la sentencia apelada, es procedente por ajustada a derecho por lo que tal decisión debe de ser ratificada en esta alzada».

La finalidad es notificar a los titulares de las cargas y derechos posteriores la existencia del procedimiento (no el señalamiento para subasta, que es posterior y cuya notificación no se prescribe *ex lege*) para que puedan intervenir en el avalúo⁽¹⁶⁾ y demás actuaciones de la ejecución (como es la subasta, en su momento), pues su interés es que el bien con el que se garantiza su derecho, que se está ejecutando a instancia de un acreedor anterior, resulte suficiente para pagar al ejecutante y sobre un remanente bastante para aplicarlo al pago de su crédito. Así, el acreedor posterior, sin ser ejecutante, puede resultar satisfecho en algunos casos; de lo contrario se verá abocado a lo que es el destino natural de todos los créditos y cargas posteriores: su extinción, que se materializa con la cancelación de su inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad.

Se ha planteado una controversia acerca del contrato de arrendamiento en cuanto a si su destino ha de ser equiparable al de las demás cargas y créditos posteriores, habiéndose observado una inflexión en la línea seguida hasta 1989 por las Sentencias del Tribunal Supremo, que se describe por la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 5.ª, en Sentencia de 4 de julio de 2001, Pte: Iltmo. Sr. Novalvos Pérez: «para resolver las cuestiones suscitadas la sentencia impugnada refiere la antigua Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 2-12-1945, 22-5-1963, 31-10-1986, 23-12-1988, 9-6-19990 y 7-11-1989) establecía que si en virtud de las reglas 8 y 17 del artículo 131 de la L.H. deben cancelarse todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, no debe hacerse de mejor condición un mero derecho personal como el que confiere el contrato de arrendamiento, lo que comportaría su extinción por resolución del derecho del arrendador. Sin embargo, a partir de las sentencias de 9-6-1990, 23-2-1991, 6-5-1991, 6-6-1992 y 23-6-1992, el Tribunal Supremo ha cambiado de criterio y considera que la ejecución hipotecaria no extingue los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca si no se demuestra confabulación o fraude⁽¹⁷⁾».

⁽¹⁶⁾ A excepción de las ejecuciones hipotecarias o pignoraticias, en que el valor del bien a efectos de subasta viene reflejado en la escritura pública, en las demás ejecuciones, salvo acuerdo de las partes sobre su valor, es preciso designar perito tasador lo que determine. El artículo 639.4 LEC otorga a los acreedores posteriores y partes la facultad de «presentar alegaciones a dicha valoración, así como informes, suscritos por perito tasador» en los cinco días siguientes a la valoración presentada por el perito designado judicialmente; todo lo cual se tendrá en cuenta por el Juez para determinar la valoración definitiva a efectos de la ejecución.

⁽¹⁷⁾ En el mismo sentido, *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero. Además, la Audiencia Provincial de Alicante, sec. 6.ª, en Sentencia de 26 de febrero de 2002, Pte: Iltmo. Sr. Rives Seva, aludiendo a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo en este particular, asienta que: «Esta tesis constitucional fue refrendada posteriormente en la sentencia de fecha 24 de enero de 1995 que vino a decir que cuando el afectado por la ejecución es un tercero que posee la finca ejecutada y alega ostentar un título que no se ha extinguido con la ejecución hipotecaria, concretamente un derecho de arrendamiento, el desalojo o privación posesoria de éste no puede ordenarse en el propio cauce procesal especial pues esto colocaría al poseedor en una situación de indefensión y de ausencia de contradicción (...)», si bien esta doctrina ha sido posteriormente matizada, en sentido restrictivo, tanto por el T.C. como por el TS, al establecer, según continúa la referida Sentencia de la AP de Alicante que, «si bien el lanzamiento del arrendatario, en virtud de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que no ha sido parte, vulnera el derecho constitucional de defensa del artículo 24 de la Constitución Española sin que el derecho arrendaticio pueda verse perjudicado o extinguido por la realización de la hipoteca constituida con anterioridad sobre el inmueble arrendado, esto es así partiendo del presupuesto inexcusable de que realmente exista una relación arrendaticia lícita, celebrada de buena fe y con ausencia de ánimo defraudatorio o de perjuicio hacia el acreedor por parte del arrendador y arrendatario, ignorando estos la carga o gravamen pendiente sobre el bien

Siguiendo el hilo de lo expuesto *supra*, lo obtenido en la celebración de la subasta se destinará al pago del crédito del ejecutante y se depositará el exceso, si lo hubiere, a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados en el Registro⁽¹⁸⁾. Si estos no existieran, el remanente se entregará al ejecutado. Esto es lo que viene a establecer la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 7.^a, en Sentencia de 24 de mayo de 2001, Pte: Ilmo. Sr. Beneyto García-Robledo, explicando el destino del precio del remate y eventual remanente: «*Por tanto, con arreglo a la nueva normativa, y al nuevo artículo 692 (en las ejecuciones hipotecarias), el pago, pero del «precio del remate» a acreedores o titulares de derechos posteriores, «inscritos o anotados sobre el bien hipotecado», y, satisfechos esos acreedores posteriores, ha de entregarse el remanente al propietario del bien hipotecado, y ello en normativa coincidente con la de la regla 16 del artículo 131 LH ahora derogado ...*».

b) *Acreedores posteriores a la expedición de la certificación de dominio y cargas*

A los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas no se les realizará comunicación alguna, pero si lo solicitan tienen derecho a que se les dé intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten, para lo cual deberán acreditar ante el tribunal que tienen inscrito su derecho (art. 659.2.º LEC).

La razón por la que no se les efectúa comunicación alguna es que, en el momento de anotarse o inscribirse su derecho, necesariamente tuvieron conocimiento de la nota marginal del Registrador al margen de la finca, acreditativa de la existencia del procedimiento de ejecución del que dimanó la petición de certificación de dominio y cargas. Y es que, a tenor del artícu-

ejecutado, pero sin que tal doctrina sea de aplicación cuando la realidad del arriendo no esté acreditada o tiene carácter simulado».

⁽¹⁸⁾ La Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 12.^a, en Sentencia de 14-11-2001, Pte: Ilmo. Sr. Valdivieso Polaina, describe la andadura jurisprudencial de las distintas Audiencias respecto del procedimiento a seguir para la distribución del sobrante en su Fundamento de Derecho Cuarto: «*Bajo el imperio de la Ley de Enjuiciamiento de 1881 y del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no existía un procedimiento para distribuir el sobrante existente. Y, sin embargo, la regla 161 de dicho artículo 131 disponía que el sobrante debía entregarse a los acreedores posteriores (...). La cuestión es, por tanto, qué procedimiento había de seguirse y en particular, si ha de darse a las partes la oportunidad de entablar un proceso declarativo antes de dar cumplimiento a lo resuelto por el Juez de la ejecución. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere al tema en sus artículos 672 y 692, aunque lo regula de un modo un tanto fragmentario o incompleto.*

Los tribunales se han mostrado dubitativos respecto a esta cuestión y las soluciones no han sido uniformes, lo que es perfectamente explicable, dado el vacío normativo.

Así, el auto de la Audiencia de Madrid de 23 de abril de 1999 entendió correcto el proceder del Juzgado executor que, ante la petición del sobrante hecha por dos Juzgados, negó la remisión y defirió la solución del dilema a lo que pudiese resolverse en el proceso declarativo correspondiente, aunque indicó que también habría sido correcta la opción de decidir al respecto en un incidente dentro del propio procedimiento hipotecario. La Audiencia de Toledo, en su auto de 13 de julio de 1998 se muestra más expeditiva y señala que el reparto del sobrante ha de hacerse en el procedimiento de apremio o hipotecario, incluso sin necesidad de abrir incidente alguno cuando los posteriores son acreedores hipotecarios cuyo crédito y cuantía resultan sin más del Registro de la Propiedad. Por último, el auto de la Audiencia de Zaragoza de 18 de agosto de 1996, ya citado, se inclina por una solución ecléctica, consistente en que el Juez executor manifieste inicialmente su criterio y lo traslade a los acreedores interesados para que, si surge oposición a ese criterio, se defiera su resolución al juicio declarativo correspondiente.

Esta última es la solución que le parece más correcta a este Tribunal. Hay que tener en cuenta que la decisión sobre la distribución del sobrante puede implicar en muchos casos pronunciamientos sobre cuestiones que, por razones de hecho o de Derecho, revistan considerable complejidad.

(...) Cuando hay que distribuir un sobrante y hay varios acreedores, de lo que se trata es de determinar qué preferencia ha de establecerse entre los candidatos a cobrar o si ha de pagarse a todos a prorrata, es decir, se trata de algo muy parecido, por no decir idéntico, a lo que se ventila en una tercera de mejor derecho.

(...) Siendo así las cosas, lo ortodoxo es que la decisión de los tribunales respecto al destino del sobrante, adoptada en el curso del proceso de ejecución, no se cumpla hasta dar la oportunidad a las partes de entablar el proceso que corresponda para decidir sobre ello».

⁽¹⁹⁾ Es nota de la autora.

lo 656.2: «*el Registrador hará constar por nota marginal la expedición de la certificación de dominio y cargas, expresando la fecha y el procedimiento a que se refiera*».

c) *Intervención de los acreedores posteriores en general*

Como vemos, la intervención que pueden tener los titulares de derechos posteriores al gravamen que se ejecuta, sean anteriores o no a la expedición de la certificación de cargas, es la misma, como se ha dicho: intervenir si lo desean en el avalúo y en las demás actuaciones de la ejecución. Tal intervención, conforme al apdo. 3.º del artículo 659 LEC, podría concretarse en satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas reclamados por el ejecutante, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro, lo que producirá el efecto de subrogarles en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho. Tal subrogación deberá inscribirse al margen de la inscripción de la hipoteca, a cuyo fin se expedirá por el Juzgado mandamiento al Registro de la Propiedad.

Pero la intervención que se otorga a todo acreedor posterior está sujeta a un momento preclusivo con posterioridad al cual ya no habrá lugar a admitir su personación en el procedimiento. La Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, núm. 265, de 21 de marzo de 2000, Ponente Excmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez nos ilustra con un caso paradigmático: «*Que en el momento en que el Registrador de la Propiedad expidió la certificación a que se refiere el artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su regla 4.ª (actualmente prevista en el art. 688 LEC de 2000), o sea la relación de todas las cargas, hipotecas, gravámenes y derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes, no figuraba inscrito el crédito del Banco AAA. (Por lo que es un acreedor posterior a la expedición de dicha certificación y, en consecuencia, tal como continúa la meritada sentencia)⁽¹⁹⁾: Por ello el Banco, hoy recurrente, no tuvo que ser notificado de la existencia del procedimiento hipotecario.*

El Banco AAA intenta personarse en el procedimiento cuando ya se había pagado al ejecutante y el sobrante al deudor en cumplimiento de la regla 16.ª del tantas veces citado procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Las denegaciones a la personación en el citado procedimiento judicial sumario se fundan, tanto en su falta de legitimación, como en que por no existir sobrante, nada tenía que hacer allí. (...) el Banco de AAA solicitó su personación en el incidente de distribución del sobrante en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria cuando no existía tal sobrante, por su distribución entre el acreedor ejecutante y el propio deudor, careciendo, por ende, de sentido tal personación».

En el caso tratado por la Sentencia anterior, el acreedor posterior, que conocía la existencia de la ejecución porque al inscribir su derecho constaba en el Registro de la Propiedad la nota marginal de la expedición de la certificación de cargas, debió, en el momento mismo de decretarse a su instancia la ejecución contra la finca de autos, solicitar el inmediato embargo de sobrante de la ejecución anterior y su consecuente y pronta comunicación a las partes del procedimiento cuya ejecución estaba en marcha. Ello a fin de que, verificado el pago al ejecutante, el posible remanente no fuese devuelto al propietario ejecutado, sino a él en concepto de acreedor posterior del mismo deudor en otro procedimiento judicial.

⁽²⁰⁾ En su artículo «*La ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*», publica-

Si no existieran acreedores o titulares de derechos posteriores inscritos, podrá destinarse el remanente al acreedor, siguiendo a Miralbell Guerin⁽²⁰⁾, para «satisfacerse de aquella parte de la deuda que no hubiere quedado cubierta por el tope de la responsabilidad hipotecaria, sin necesidad de acudir a otro procedimiento», si bien con la necesaria excepción de aquellos supuestos en que el ejecutado esté incurso en un procedimiento judicial de concurso, quiebra o suspensión de pagos, en que ha de regir el principio de comunidad de pérdidas.

d) *Comunicación defectuosa o ausencia de ella a los acreedores posteriores*

Sin perjuicio de la previsión que, con carácter general, se recoge en el artículo 166 de la LEC para los actos de comunicación que adolezcan de algún defecto o irregularidad susceptible de causar indefensión, resulta clarificador traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sec. 6.^a, de 31 de enero de 2002, Pte: Iltmo. Sr. Prieto Lozano, que aborda la cuestión relativa a los efectos de la falta de llamamiento o notificación defectuosa a los terceros interesados en un proceso de ejecución, en su Fdto. de Derecho: «SEGUNDO. «dicha doctrina jurisprudencial no permite a cualquier tercero pedir la nulidad de un procedimiento de apremio en el que no haya sido parte (...) También en la STS de fecha 3 de mayo de 2000 al señalar que la nulidad de actuaciones no puede convertirse en una especie de acción popular que legitime a cualquier tercero para pretenderla para velar por la pureza del procedimiento judicial puesto que sólo tendrá legitimación, o lo que es igual, interés legítimo para promover tal especial proceso de nulidad del precedente de ejecución hipotecaria, el tercer poseedor, a lo que puede añadirse el acreedor posterior, cuyos derechos, los que le otorgaba la regla Quinta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, no sean respetados en tal especial proceso de ejecución y cuando una u otra condición consten en los libros registrales en el momento en que sea expedida la certificación de cargas, de forma que a través de tal certificación llegue cumplida noticia –al ejecutante y al Juzgado– de la existencia de tales terceros poseedores o posteriores acreedores».

4.3 RÉGIMEN DE COMUNICACIONES A LOS OCUPANTES

Fernández Vergara⁽²¹⁾ afirma que «el problema de los ocupantes se aborda por la nueva Ley procurando que se pueda tener noticia de su existencia en el proceso de ejecución, y así, al requerir al ejecutado para que haga manifestación de sus bienes, habrá de indicar si los inmuebles están ocupados y, en su caso, por quien y con qué título» (*vid.* art.661).

Brevemente y, siguiendo a Martínez de Santos⁽²²⁾, en cuanto a las comunicaciones judiciales a los ocupantes de hecho, «el Juzgado notificará a las personas que ocupen el bien embargado, distintas del ejecutado, la existencia de la ejecución para que presenten los títulos que justifique su situación», que deberán presentarlos en el plazo de diez días que prevé el apdo. 1.º del artículo 661.

«En el anuncio de la subasta se expresará, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble o que, por el contrario, se encuentra desocupado, si se acreditase cumplidamente esta circunstancia al tribunal de la ejecución» (art. 661.1 LEC).

do en la Revista Jurídica La Ley, núm. 5220, de 8 de enero de 2001.

⁽²¹⁾ «La Ejecución dineraria en la LEC 1/2000», Estudios Jurídicos. Secretarías Judiciales, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia. Madrid, 2000.

⁽²²⁾ Ver nota 15, *supra*.

El ejecutante podrá solicitar del tribunal que realice la declaración de que el ocupante u ocupantes que lo sean de mero hecho o sin título suficiente no tendrán derecho a permanecer en la finca una vez subastada, lo que dará lugar a que dichos ocupantes sean citados para la celebración de una vista *«en la que podrán alegar y probar lo que consideren oportuno respecto de su situación»* (art. 675.3). Verificada dicha declaración mediante auto, determinando si procede o no el lanzamiento de los ocupantes, se hará constar en los edictos.

Contra dicho auto no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que los ocupantes puedan acudir al proceso declarativo plenario que corresponda para reclamar el derecho del que se crean asistidos.

Si no se hubiese realizado previamente la declaración a la que nos hemos referido, una vez celebrada la subasta y adjudicado el inmueble, la legitimación para pedir el lanzamiento de los ocupantes de mero hecho o sin título suficiente corresponderá al adjudicatario de los bienes, y no al ejecutante; suscitándose al efecto un incidente similar al antes descrito, con celebración de vista y resolución mediante auto, sin ulterior recurso.