

PROBLEMÁTICA DE LAS SUBASTAS JUDICIALES Y PROPUESTAS PARA SU MEJORA

M.^a JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN
Doctora en Derecho Procesal

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos CARNICER DÍEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

LA subasta judicial es el mecanismo de enajenación forzosa predominante en nuestros días, pues aunque en la vigente LEC 1/2000 el legislador introdujo otros medios alternativos, como el convenio de realización y la venta por persona o entidad especializada con objeto de evitar la devaluación de los bienes del deudor en las ventas públicas, dichos mecanismos pronto confesaron su fracaso en la praxis, cayendo en un absoluto desuso en favor de la subasta judicial que, a pesar de sus múltiples deficiencias, conserva su protagonismo.

La Ley de Enjuiciamiento Civil dedica a las subastas judiciales las Secciones 5.^a y 6.^a del Capítulo IV del Título IV del Libro III (arts. 643 a 675). Dicha regulación se muestra insuficiente para solventar toda la riqueza de cuestiones que esta materia plantea en la práctica forense, lo que revierte en detrimento de los justiciables, especialmente de los más desfavorecidos y afectados por la crisis económica.

En el presente artículo se pretende dar respuesta a todos y cada uno de los múltiples problemas prácticos que suscitan las subastas judiciales, aportando soluciones útiles, así como propuestas *de lege ferenda*.

Palabras clave: subasta, embargo, hipoteca.

LEGAL PROBLEMS OF JUDICIAL AUCTION AND PROPOSALS FOR THEIR IMPROVEMENT

M.^a JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN
Doctora en Derecho Procesal

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos CARNICER DÍEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Abstract:

JUDICIAL auction is the predominant mechanism of forced sales today, for though in the current LEC 1/2000 the legislator introduced alternative means, as the agreement of completion and sale of specialized person or entity in order to prevent the devaluation of the debtor's assets at the auctions, these mechanisms soon confessed their failure in practice, falling into disuse in favor of judicial auction, despite its many shortcomings, it retains its prominence.

The Civil Procedure Act dedicates to judicial auctions Sections 5 and 6 of Chapter IV of Title IV of Book III (articles 643 to 675). This regulation is insufficient to solve all the richness this matter raises in forensic practice, which reverts to the detriment of litigants, especially the most disadvantaged and affected by the economic crisis.

This article is intended to respond to each and every one of the many practical problems raised by judicial auctions, providing useful solutions and proposals *de lege ferenda*.

Keywords: auction, garnishee, mortgage.

Sumario

- I. Accesibilidad de las subastas judiciales a todos los ciudadanos.
 - I.1. Pujas electrónicas.
 - I.2. Hipoteca del derecho de remate.
 - I.3. Consignación para pujar en la subasta por medio de aval bancario.
 - I.4. Consignación en metálico con cantidades recibidas de un tercero.
- II. Prohibiciones para intervenir en las subastas.
- III. Anuncio de la subasta.
 - III.1. Deficiencias legales relativas a la notificación de las subastas.
 - III.2. Insuficiente publicidad de las subastas.
 - III.3. Abono de los gastos de la subasta: peculiaridades cuando se ha interpuesto una tercería de mejor derecho.
- IV. Incidencias en la celebración de las subastas.
 - IV.1. Pago a plazos.
 - IV.2. Posturas por valor inferior al tipo mínimo: lapsus legales.
 - IV.3. Impago del precio por el mejor postor.
 - IV.4. Subasta desierta.
- V. Posturas en pliego cerrado: problemática acerca de cuándo se les da publicidad.
- VI. Cesión de remate.
 - VI.1. Cesión de una parte del bien a un cesionario reservándose la propiedad del resto el ejecutante.
 - VI.2. Nulidad de la subasta y efectos frente al cesionario de buena fe.
- VII. Subasta simultánea: solución legal anacrónica.
- VIII. Subastas en supuestos especiales.
 - VIII.1. Viviendas de protección oficial.
 - VIII.2. Subastas en procesos de división de cosa común.
- IX. Supuestos en que resulta posible que el reembargante de un bien inste la subasta con anterioridad al embargante.
- X. Terceros ocupantes: su derecho a permanecer en el inmueble tras la subasta.
 - X.1. Casos en que subsiste el derecho de uso otorgado en un proceso de crisis matrimonial.
 - X.2. Arrendatarios de viviendas subastadas por deudas del arrendador.
- XI. Propuestas de lege ferenda para mejorar la regulación de las subastas.

La subasta debe su nombre al Derecho Romano (*sub hasta*), lo que hace referencia a la lanza bajo la que se realizaban este tipo de ventas, pero a pesar de su origen remoto, su virtualidad se ha mantenido hasta nuestros días, pues aunque el legislador de la LEC 1/2000 introdujo *ex novo* otros mecanismos alternativos de enajenación forzosa (convenio de realización y venta por persona o entidad especializada), su escaso éxito no ha restado protagonismo a la subasta judicial que sigue ostentando una posición predominante como mecanismo de realización.

La proliferación de subastas judiciales, motivada sin duda por la situación de crisis que asola nuestra economía, ha puesto en evidencia las deficiencias de que adolece su normativa reguladora, lo que justifica un estudio detallado de las cuestiones problemáticas que en la praxis se plantean y un análisis crítico de la regulación existente en aras de aportar soluciones eficaces y propuestas *de lege ferenda*.

I. ACCESIBILIDAD DE LAS SUBASTAS JUDICIALES A TODOS LOS CIUDADANOS

En una primera aproximación pudiera parecer que las subastas judiciales se hallan tan solo al alcance de un determinado grupo de profesionales («subasteros»); no obstante, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) contiene una serie de previsiones normativas que pretenden acercar las subastas a todos los ciudadanos:

I.1. Pujas electrónicas

La reforma de la LEC por la Ley 13/2009 introdujo en el apartado segundo del artículo 649 de la LEC la posibilidad de poder realizar pujas electrónicas de existir medios técnicos que lo permitieran bajo la dirección del Secretario judicial.

Con dicha finalidad y con el objeto de lograr una mayor publicidad de las subastas y evitar posibles artimañas fraudulentas de los llamados *subasteros*, se ha creado recientemente un Portal de Subastas Judiciales por el Ministerio de Justicia (<https://subastas.mjusticia.es>) que proporciona un punto de acceso único a información pública sobre subastas judiciales y permite el seguimiento y la

participación, con total seguridad, en subastas judiciales a través de Internet, lo que no impide participar como postor personándose físicamente en la Unidad de Subastas (Servicio Común previsto en la nueva Oficina judicial).

La información del Portal de Subastas Judiciales es publicada y gestionada por aquellas Unidades de Subastas que se adhieran al sistema, actualmente se encuentra en funcionamiento en Murcia. Dicha información puede incluir fotografías, planos de situación, documentos sobre el estado de los bienes (existencia de cargas, situación posesoria, etc.) y otros datos relevantes. El Portal cuenta con la ventaja de que a efectos de los demás participantes y de los ciudadanos que sigan el desarrollo de la subasta, durante la celebración de la misma cada participante actúa de forma anónima.

Para participar como postor telemático el ciudadano necesita: acceder como usuario registrado en el Portal de Subastas Judiciales y obtener una acreditación de licitador por Internet para esa subasta para lo cual previamente deberá haber realizado la consignación pecuniaria exigida por los artículos 647.1.3.º y 669 de la LEC para participar como postor (el 20% del valor de tasación en caso de muebles no inscribibles y el 20% del valor de liquidación en caso de inmuebles o muebles inscribibles).

Tras obtener la acreditación, el ciudadano deberá indicar que desea empezar a pujar en la subasta, en cuyo caso si el Secretario judicial ha marcado el inicio de la participación de licitadores por Internet, quedará incorporado a la ronda de pujas que se esté celebrando y deberá realizar sus posturas en los turnos que le indique el sistema.

La subasta se celebra mediante sucesivas rondas en las que el turno de puja va pasando de postor en postor. A partir del momento en el que reciba el turno de puja, dispondrá de un tiempo máximo para realizar su postura. Los postores deberán realizar sus pujas ajustándose al importe de los tramos previamente establecidos para la subasta. A cada número de tramo le corresponde un importe concreto, de modo que para pujar el postor solo tiene que indicar dicho número.

El mejor postor resultará ganador y deberá ponerse en contacto con la Unidad de Subastas y, en su caso, realizar la consignación del importe de dicho remate. Los licitadores que no resulten ser el mejor postor pueden solicitar que se reserve la consignación que hubieren efectuado con objeto de que si el ganador no entregase en plazo el resto del precio, pueda aprobarse el remate a su favor.

I.2. Hipoteca del derecho de remate

Los artículos 670.6 de la LEC y 107.12 de la LH permiten la hipoteca del derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial, de manera que una vez satisfecho el precio de remate e inscrito el dominio a favor del rematante la hipoteca subsista, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados.

A estos efectos, se puede solicitar al Secretario judicial que expida inmediatamente testimonio del decreto de aprobación del remate, aun antes de haberse pagado el precio del bien adquirido en subasta, haciendo constar la finalidad para la que se expide, suspendiendo dicha solicitud el plazo de 20 días para pagar el precio de remate, que se reanuda una vez se entregue el testimonio al solicitante.

Constituida la hipoteca, se presentará la escritura y el testimonio del decreto de aprobación de remate en el Registro de la Propiedad, inscribiéndose la misma sobre el derecho de remate. Solo cuando se pague el resto del precio de la primera hipoteca sobre el derecho de remate se convertirá en inscripción de hipoteca sobre la finca adquirida en subasta ¹.

El problema, que la ley no resuelve, es que **el rematante que ha solicitado la hipoteca no utilice el dinero obtenido en el pago del resto del precio**, en cuyo caso la hipoteca no podrá recaer sobre los bienes subastados, perdiendo la entidad financiadora la garantía de su crédito, sin que tampoco resulte oportuno que la misma consigne el resto del precio para luego proceder ejecutivamente contra el bien, ya que si así fuera habría pagado dos veces su valor ².

En esta tesitura, y teniendo en cuenta las vicisitudes del decreto aprobando el remate (que se recurra, que se solicite la nulidad de actuaciones, que se deje quebrar la subasta, etc.) no siempre resultará fácil que una entidad financiera preste dinero en estas condiciones.

I.3. Consignación para pujar en la subasta por medio de aval bancario

Para poder pujar en una subasta judicial los licitadores, a excepción del ejecutante, deben presentar resguardo de haber depositado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones el 20 por 100 del valor de tasación si se trata de muebles no inscribibles o el 20 por 100 del valor de liquidación en caso de inmuebles o muebles inscribibles en registros públicos (arts. 647.1.3.º y 669 LEC), permitiéndose, asimismo, presentar aval bancario por dicho importe, lo que en contrapartida suscita el inconveniente de tener que ejecutar el aval en caso de que dicho licitador llegue a ser el mejor postor y no consigne la totalidad del precio, pues si quebrare la subasta perderá dicha cantidad.

Cada licitador debe realizar tantas consignaciones o presentar tantos avales como subastas en las que pretenda intervenir, habida cuenta de que cada bien tiene un valor, por lo que aunque pretenda participar en **varias subastas en un mismo Juzgado celebradas en igual fecha**, no puede consignar o presentar aval por el bien de mayor valor, ya que se correría el riesgo de que el licitador consiguiera ser mejor postor en todas las subastas, pudiendo quebrarlas sin perder más que un depósito.

¹ Cfr. MANZANARO SALINAS, J. «Cuestiones prácticas acerca de la ejecución forzosa». *Práctica de Tribunales*. Núm. 9. Octubre. 2004. Pág. 53 y ss.

² Cfr. PÉREZ ROJAS, J. «La hipoteca del derecho de remate. Comentario a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil». *Boletín de Legislación El Derecho*. Núm. 181. 21 de mayo de 2001. Pág. 1 y ss.

I.4. Consignación en metálico con cantidades recibidas de un tercero

El licitador puede realizar el depósito de la cantidad exigible para pujar con cantidades recibidas en todo o parte por un tercero, lo que facilita la intervención en las subastas de quienes no disponen de la liquidez suficiente para consignar al contado lo exigido legalmente.

En contrapartida, se otorga a dichos financiadores dos garantías legales: por un lado, si la persona a la que se ha prestado el dinero no resultare ser el mejor postor, la consignación se devolverá a aquellos directamente (art. 652.2 LEC) y, por otro lado, si resulta ser el mejor postor y no consigna el resto del precio en el plazo legalmente establecido (20 días para inmuebles o muebles inscribibles y 10 días para muebles no inscribibles) podrán solicitar que el decreto de aprobación de remate se dicte a su favor, consignando simultáneamente la diferencia entre lo depositado y el precio de remate en el mismo plazo concedido al rematante para efectuar el pago que se contará desde la expiración de este (art. 653.3 LEC).

Dicha previsión normativa no está exenta de problemas, pues encubre una auténtica cesión de remate, en principio tan solo permitida al ejecutante; además, se suscita la duda de si el tercero tendrá la carga de solicitar que el remate se apruebe a su favor sin necesidad de que el Juzgado le inste o si, por el contrario, será necesario conferirle un traslado previo para que se pronuncie al respecto. La literalidad del artículo 653.3 permite defender la primera postura (*«la persona designada para recibir la devolución del depósito podrá solicitar...»*), argumento que se corrobora porque el plazo para que pague el resto del precio de remate se computa desde el día que expiró el plazo para el rematante y no desde que se le realice comunicación alguna.

II. PROHIBICIONES PARA INTERVENIR EN LAS SUBASTAS

Aunque las subastas judiciales son públicas, cualquier persona con capacidad de obrar no puede intervenir en ellas, así, el artículo 1.459 del CC contiene una serie de prohibiciones, entre las que procede destacar las que afectan a los **Magistrados o Jueces, Fiscales, Secretarios y funcionarios judiciales** respecto de los bienes y derechos que estuvieren en litigio ante el Juzgado en cuya circunscripción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, y ello aunque por las reglas de reparto no les correspondiera conocer de dicho procedimiento concreto ³, ampliándose la prohibición al acto de adquirir por cesión, por lo que tampoco será válido que el ejecutante les ceda el remate ni tampoco que efectúen la compra por persona alguna intermedia.

³ Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. «Comentario al artículo 1.459». *Comentarios del Código Civil*. T. II. Ministerio de Justicia. Madrid. 1993. Pág. 906.

PEÑA LÓPEZ, F. «Comentario al artículo 1.459». *Comentarios al Código Civil*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. 3.ª ed. 2009. Pág. 1.709.

Dicha prohibición se extiende a los **peritos que hubieran tasado el bien y a los Abogados y Procuradores** respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de litigio cuando intervengan en el procedimiento por su profesión u oficio. A estos efectos, el Tribunal Supremo ha declarado que para que la prohibición de comprar bienes litigiosos pueda provocar la nulidad del negocio jurídico resulta indispensable no solo que las cosas y derechos sobre los que recaiga sean objeto de un proceso sino también que dichos profesionales intervinieran en el mismo al tiempo de la transmisión ⁴.

Aunque no se exceptiona expresamente por la ley, tampoco resulta posible que el **ejecutado** intervenga en la subasta de bienes de su propiedad, salvo en los procesos de ejecución de división de cosa común, no siendo tan siquiera factible que el ejecutante le ceda el remate, pues no tiene sentido que pretenda comprar lo que ya es suyo, pues el negocio de compraventa exige dos partes diferenciadas (comprador y vendedor), no siendo imaginable que concurren ambas circunstancias en una misma persona; además, si el ejecutado adquiriera el bien subastado podría dar lugar a un fraude de acreedores al conseguir la cancelación en el Registro no solo del gravamen que se ejecuta sino también de las cargas posteriores. De hecho, la imposibilidad de adquirir el bien subastado se corrobora porque cuando la mejor postura no alcance el 50 por 100 del avalúo (muebles no inscribibles) o el 70 por 100 del valor de liquidación (inmuebles o muebles inscribibles), los artículos 650.4 y 670.4 de la LEC no otorgan al ejecutado la facultad de adquirir el bien, sino únicamente de presentar a un tercero que mejore la postura ofreciendo una cantidad superior a dichos porcentajes o que, aun inferior, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.

En todo caso, el deudor podrá liberar el bien, pagando íntegramente en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al ejecutante lo que deba por principal, intereses y costas (arts. 650.5 y 670.7 LEC), de lo que se infiere que después de celebrado el acto de la subasta y antes de la aprobación del remate podrá ejercitar dicha facultad.

La misma prerrogativa ostenta el **tercer poseedor**, es decir, aquella persona que antes de la adjudicación o venta forzosa y después de la anotación preventiva de embargo o de la consignación registral del comienzo del procedimiento de apremio, adquiriere la propiedad de un inmueble embargado o solamente el usufructo o dominio útil, o bien la nuda propiedad o dominio directo (art. 662 LEC). En el caso de que dicho derecho lo hubiera adquirido en la realización forzosa de otro proceso de ejecución, su responsabilidad se limitará a las cantidades que para intereses y costas se hallen presupuestadas y que figuren en la anotación preventiva de embargo (art. 613.3 LEC), mientras que si hubiera adquirido el bien porque el deudor se lo hubiera enajenado de forma voluntaria, responderá de todo lo debido, por lo que para liberar el bien deberá pagar no solo el principal sino también el importe definitivo de intereses y costas aunque sea superior al que figure en el Registro ⁵.

⁴ SSTS de 28 de febrero de 2006 (RJ 2006/698), 6 de abril de 2006 (RJ 2006/5091) y 121/2010, de 16 de marzo.

⁵ Cfr. GÓMEZ GALLIGO. «La normalización del derecho hipotecario procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». *RCDI*. Núm. 659. Mayo-junio. 2000. Pág. 1.877.

VEGAS TORRES, J. «Comentario al artículo 613». *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Civitas. Madrid. 2001. Pág. 1.074.

FRANCO ARIAS, J. «Comentario al artículo 662». *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. III. Director LORCA NAVARRETE, A.M. Coordinador GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2000. Págs. 3.226 y ss.

FIDALGO IGLESIAS, M.V. «La ejecución ordinaria. Especial referencia al embargo y a la subasta de bienes». *Estudios Jurídicos*. I- 2003. Pág. 823.

El apartado tercero del artículo 613 de la LEC obedece a la Enmienda número 282 en el Senado del Grupo Parlamentario Popular, según la cual la limitación de la responsabilidad del tercer poseedor solo está justificada para favorecer la transmisión de los bienes embargados en otra ejecución que se hubiera seguido por un gravamen posterior, pues si dicha limitación se estableciera a favor de cualquier tercer poseedor se favorecería que el ejecutado vendiera por su cuenta los bienes embargados con posible perjuicio para el acreedor ⁶.

Pudiendo el tercer poseedor liberar el bien, en principio, no cobra sentido que participe como postor en la subasta y parte de la doctrina se pronuncia en este sentido ⁷; de todos modos, también es cierto que si interviniera en la misma como licitador, pudiera llegar a adquirir el bien por un precio menor del que tendría que pagar para liberarlo, por lo que otro sector doctrinal ⁸ le reconoce dicha facultad, considerando que si adquiriere el bien no se deberá acordar una nueva inscripción en el Registro a su nombre sino que se habrán de cancelar todas las cargas e inscripciones posteriores respetando la suya con la salvedad de los gravámenes posteriores que él mismo haya constituido en garantía de deudas propias que también se mantendrán para evitar el fraude de ley.

Finalmente, tampoco podrá intervenir en la subasta el **ejecutante** cuando no existieran otros licitadores (art. 647.2 LEC) ⁹, ya que tan solo se le permite mejorar las posturas que se hicieren, de manera que ni podrá pujar solo ni podrá abrir la subasta, sino que deberá atender a que otro postor se adelante, pudiendo a partir de entonces participar como cualquier otro licitador ¹⁰ aunque con la ventaja de no haber tenido que efectuar consignación alguna para pujar, todo ello sin perjuicio de la facultad de adjudicarse el bien en los supuestos legalmente previstos (arts. 650.3 y 4, 651, 670.3 y 4 y 671 LEC).

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la LEC*. Thomson- Civitas. Navarra. 2005. Pág. 220.

BERNABÉU PÉREZ, I.C. «El límite de responsabilidad del tercer poseedor. Especial referencia al apartado tercero del artículo 613». *Práctica de Tribunales*. Núm. 24. Febrero. 2006. Pág. 51 y en «La liberación del bien embargado por el tercer poseedor». *Práctica de Tribunales*. Núm. 45. Enero. 2008. Pág. 46.

⁶ AAP de Madrid, Sección 14.^ª, de 15 de marzo de 2005.

⁷ Cfr. VICENTE ROJO, J. *Subastas judiciales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Pág. 118.

MONDÉJAR PEÑA, I. *Las subastas judiciales forzosas*. Ed. Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 2008. Pág. 166.

⁸ Cfr. FRANCO ARIAS, J. *El procedimiento de apremio*. Ed. Bosch. 1987. Pág. 264.

RIVAS TORRALBA, R. «La ejecución ordinaria: requisitos y eficacia del embargo de inmuebles». *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Estudios de Derecho Judicial 31. Ed. CGPJ. Madrid. 2000. Pág. 121 y ss. Este autor considera que si se cancelaran todas las cargas posteriores al embargo que ha propiciado la subasta, incluso las que obedecieren a deudas del propio tercer poseedor, se obligaría a sus titulares a solicitar una nueva anotación con el peligro de que el propietario del inmueble se adelantare a la enajenación del mismo en fraude de sus acreedores.

⁹ La exigencia de que existan otros postores para que el ejecutante pueda pujar se introdujo en el texto definitivo de la LEC sin que apareciera ni en el Anteproyecto ni en el Proyecto.

¹⁰ Cfr. VICENTE ROJO, J. *Subastas judiciales*. *Op. cit.* Pág. 117. En opinión de este autor, la frase empleada por el legislador en el artículo 647.2 de la LEC «mejorar la postura» parece indicar que el ejecutante deberá esperar a que otro licitador ofrezca el primer precio en la subasta.

III. ANUNCIO DE LA SUBASTA

III.1. Deficiencias legales relativas a la notificación de las subastas

El señalamiento del día y hora para la subasta se realiza por el Secretario judicial por medio de diligencia de ordenación. Tan solo dos preceptos de la LEC se refieren a la notificación de dicha resolución: el artículo 667.2 y el 691.

El artículo 667 de la LEC, en sede de subasta de inmuebles embargados, establece que el señalamiento del lugar, día y hora para la subasta se comunicará al ejecutado con al menos 20 días de antelación en el domicilio que consta en el título ejecutivo; por su parte, el artículo 691.2, en sede de subasta de bienes hipotecados y pignorados, prescribe que el señalamiento de subasta se realizará en el domicilio que conste en el Registro o, en su caso, en la forma en que se haya practicado el requerimiento de pago, lo que supone que podrá notificarse directamente por edictos en el tablón de la Oficina judicial, dado que el artículo 686 (modificado por la Ley 13/2009) permite dicha forma de comunicación sin necesidad de averiguaciones previas del paradero del deudor cuando resulte negativa la notificación en el domicilio que figurare en el Registro.

A nuestro juicio, la parquedad de las antedichas previsiones legales justifica realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, resulta criticable que el legislador tan solo haya previsto en el artículo 667 la notificación al ejecutado y en el artículo 691.2 –con carácter todavía más restrictivo– la notificación al deudor, **olvidando al tercer poseedor**, siendo que puede ser el actual propietario del bien subastado¹¹ y, por ende, estar más interesado en conocer dicho evento que el propio deudor. Además, hubiera resultado conveniente contemplar expresamente la necesidad de comunicar la enajenación forzosa de bienes gananciales al **cónyuge del ejecutado**, pues aunque se prevé notificarle el embargo (arts. 541 LEC y 144.1 RH), desde este hasta la subasta puede transcurrir un considerable lapso de tiempo que justifica poner en su conocimiento dicha circunstancia.

En segundo lugar, aunque el artículo 667 de la LEC se refiere a que la notificación de la subasta de bienes embargados al ejecutado se realizará *en el domicilio que conste en el título ejecutivo*, entendemos que será válido el acto de comunicación **a través de su Procurador** si estuviere personado por medio de dicho profesional. De todos modos, no somos ajenos a que dicha opinión no resulta pacífica, pues parte de la doctrina¹² defiende la necesidad de notificación personal ex artículo 28.4 de la LEC, opinión que no compartimos dado que el artículo 667 **no establece expre-**

¹¹ Se considerará, asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo en que figure en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de embargo o el inicio del procedimiento de apremio hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo (art. 662.3 LEC).

¹² Cfr. PINEDA GUERRERO, M.A. «Régimen de comunicaciones de la existencia del proceso de ejecución y subasta de bienes inmuebles». *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 15 de enero de 2004. Núms. 1.956-57. Pág. 10. En opinión de esta autora, no será suficiente la notificación de la subasta al Procurador sino que tendrá que notificarse al propio litigante en el domicilio que conste en el título ejecutivo.

samente que la notificación se haga en su persona, al igual que se ha previsto en otros preceptos legales (v.gr. arts. 497.2 y 815.1.II); por lo que consideramos que se podrá practicar a través de su Procurador y, si no estuviere personado por medio de dicho profesional, por correo certificado con acuse de recibo, sin que sea necesaria su entrega personal.

En tercer lugar, el artículo 667 resulta impreciso al determinar que la notificación de la subasta se llevará a efecto «en el domicilio que conste en el título ejecutivo», pues con mejor redacción debería disponer que se realizará **en el domicilio que conste en las actuaciones**, máxime teniendo en cuenta que los títulos ejecutivos procesales difícilmente contendrán dicha información, más propia de los extraprocerales, y aun en estos últimos, el ejecutado ha podido comunicar el cambio de domicilio a lo largo del proceso.

En cuarto lugar, aunque la ley no lo prevea expresamente, debe entenderse que la falta de notificación de la subasta al ejecutado o la notificación irregular que le produzca indefensión será **causa de nulidad** (arts. 225.3.º LEC y 238.3.º LOPJ), salvo que este se haya dado por enterado y no haya denunciado dicha irregularidad, en cuyo caso la nulidad quedará subsanada (art. 166.2 LEC). No podrá prescindirse de dicho requisito aun cuando el ejecutado no estuviere personado, pues aunque bien es cierto que el artículo 497.1 de la LEC al regular el régimen de notificaciones al rebelde prevé que notificada la resolución que declare la rebeldía no se llevará a cabo ninguna otra notificación excepto la de la resolución que ponga fin al proceso, no se puede obviar que dicho precepto se encuentra en el Libro II de la LEC (juicios declarativos), por lo que no resulta aplicable al proceso de ejecución. En consecuencia, cuando no conste la correcta comunicación al ejecutado o cuando esta se haya practicado con menos de 20 días de antelación, la subasta debe ser suspendida.

De todos modos, no se debe asimilar la ausencia de comunicación con la no recepción de la misma por el ejecutado que no sea hallado, en cuyo caso procederá la notificación por medio de edictos.

Cuando se desconozca su domicilio podrá servir como notificación en forma el propio edicto sacando el bien a subasta en el que resultará oportuno incluir una cláusula haciendo constar dicha eventualidad, *id est*, que dicho edicto servirá de notificación en forma al ejecutado en caso de no ser hallado.

III.2. Insuficiente publicidad de las subastas

Conforme al artículo 645.1 de la LEC a toda subasta se dará publicidad por medio de edictos, que se fijarán en el sitio destacado, público y visible en la sede de la Oficina judicial donde se tramite el proceso de ejecución y lugares públicos de costumbre¹³, expresión que resulta redundante, pues lo que se acostumbra en la praxis es publicar los edictos tan solo en el tablón del Juzgado.

¹³ Cfr. ANDINO ASPE, L.F. «La realización forzosa de los bienes embargados en la nueva LEC. La liquidación de intereses». *Diario La Ley*. Núm. 5.598. 30 de julio de 2002. Ref. D-192. Tomo 5. Pág. 1.571 y ss. [La leydigital.es](http://www.leydigital.es). Este autor considera criticable que la LEC 1/2000 persiguiendo una mayor publicidad de las subastas no prevea al menos su publicidad en un Boletín Oficial.

En el caso de subastas simultáneas, el artículo 673 permite que cuando lo aconsejen las circunstancias, y a solicitud de cualquiera de las partes, el Secretario judicial encargado de la ejecución podrá acordar el anuncio y celebración de la subasta en la sede de la Oficina judicial ejecutora y en una o varias Oficinas judiciales de distintos partidos judiciales donde radiquen total o parcialmente los inmuebles subastados.

Resulta criticable que el texto legal continúe sin prever una **información centralizada de todas la subastas judiciales**, pues ya cuando la LEC 1/2000 se encontraba en su *iter* parlamentario se puso de manifiesto la conveniencia de la publicación de los anuncios de las subastas en lugares de información general como pudieran ser los Decanatos ¹⁴.

Habida cuenta de que el Ministerio de Justicia ha establecido un Portal en Internet de subastas para pujas telemáticas se podía aprovechar dicho Portal para publicar todas las que se convocaran en los órganos judiciales, creando de este modo un auténtico Portal en Internet de ventas públicas que acercaría el conocimiento de las subastas a los ciudadanos al propio tiempo que permitiría reducir la ingente cantidad de subastas que quedan desiertas.

En todo caso, el artículo 645.1.II de la LEC dispone que, a instancia del ejecutante o del ejecutado y si el Secretario judicial responsable de la ejecución lo juzga conveniente, se dará a la subasta la publicidad que resulte razonable, utilizando los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza y valor de los bienes que se pretende realizar, en cuyo caso se podrá publicar en periódicos oficiales o incluso en medios de comunicación privados. En este caso, el contenido de la publicidad se acomodará a la naturaleza del medio utilizado, procurando la mayor economía de costes (art. 646.2 LEC).

Algún autor ¹⁵ sostiene la procedencia de que también los **acreedores posteriores** puedan solicitar la adopción de dicha publicidad adicional en aras de conseguir la asistencia de mayores licitadores y, por ende, de un mejor precio que les permitiera percibir sobrante.

En todo caso, nada obsta para que el **tercerista de mejor derecho** pueda solicitar dicha publicidad adicional dado su interés en obtener los mayores beneficios, habida cuenta de que este puede inter-

Distinta opinión mantiene: ARANGÜENA FANEGO, C. «El procedimiento de apremio sobre bienes muebles en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil». *Diario La Ley*. 1999. Ref. D-150. T. 3. Laleydigital.es. Esta autora considera loable que la LEC 1/2000 haya prescindido de exigir la inserción de los edictos en los costosos e inútiles Boletines Oficiales.

¹⁴ Cfr. PUEBLA Povedano, A. «El procedimiento de apremio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios de Derecho Judicial. Escuela Judicial CGPJ, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*. Madrid. 2000. Pág. 371. Este autor pone de manifiesto que la LEC debería adoptar medidas para que los edictos se publicaran en revistas especializadas y adecuadas a la naturaleza de los bienes a vender e incluso centralizar dicha publicidad en publicaciones periódicas a escala nacional o autonómica o crear lugares centralizados de publicación a través de los Decanatos.

En similares términos: ARANGÜENA FANEGO, C. «El procedimiento de apremio sobre bienes muebles en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil». *Diario La Ley*. 1999. Ref. D-150. T. 3. Laleydigital.es

¹⁵ Cfr. VEGAS TORRES, J. *El reembargo*. Cuadernos de Derecho Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. Madrid. 2004. Págs. 261 y 262.

venir en la ejecución desde que se admita la demanda de tercería en caso de que su crédito conste en título ejecutivo o desde que se estime la misma si el crédito no ostentare dicho carácter (art. 616.2 LEC).

III.3. Abono de los gastos de la subasta: peculiaridades cuando se ha interpuesto una tercería de mejor derecho

Los gastos de publicidad adicional de la subasta deberán ser adelantados por la parte que los hubiera solicitado, sin perjuicio de que el ejecutante los pueda repercutir al ejecutado en la tasación de costas, sin que la ley establezca a este respecto excepción alguna, por lo que habiendo sido autorizada dicha publicidad por el Secretario judicial, en principio, su coste se podrá incluir en las costas aun cuando la subasta hubiera quedado desierta.

Cuando se hubiera interpuesto una tercería de mejor derecho invocando una preferencia general o especial sobre el bien subastado, **el tercerista vencedor deberá abonar las tres quintas partes de los gastos de la subasta al ejecutante** siempre que los mismos hubieran tenido lugar antes de dictarse sentencia estimatoria en la tercería o antes de notificarse la demanda de tercería al ejecutante si este se hubiere allanado a la misma sin oposición del ejecutado.

En este último caso, ha sido objeto de crítica ¹⁶ que solo se reembolsen al ejecutante las tres quintas partes de las costas del proceso de ejecución hasta la notificación de la demanda de tercería de mejor derecho, siendo que la decisión de allanarse o no a la misma no tiene por qué ser temeraria y si lo hubiera sido, bastaría con condenar en las costas de la tercería al ejecutante, lo que se explica por otro sector doctrinal ¹⁷ con el argumento de que dicha limitación temporal obedece a que a partir de ese momento si el ejecutante no desea incurrir en más costas puede omitir las actuaciones que las provocan, dejando que sea el tercerista quien las inste, por lo que si sigue actuando lo hace a conciencia del riesgo de que tales actuaciones no le beneficien a él principalmente.

En el caso de que la demanda de tercería fuere desestimada, surge la cuestión de si también el tercerista que hubiera intervenido en el proceso de ejecución y hubiese anticipado unos gastos para dar publicidad a la subasta podría a posteriori recuperar su importe. A estos efectos, parte de la doctrina ¹⁸ mantiene una respuesta positiva, considerando que cuando el tercerista ha anticipado algunas costas del proceso de ejecución por haber intervenido en el mismo deberá tener derecho a que el ejecutante le abone con carácter prioritario las tres quintas partes de las mismas, opinión doctrinal que cuenta con el escollo de su falta de previsión legal.

¹⁶ Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. «Comentario al artículo 619». *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Coordinadores FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.; RIFÁ SOLER, J.M.; VALLS GOMBAU, J.F. Iurgium editores atelier. Barcelona. 2000. Pág. 2.952.

¹⁷ Cfr. ORTELLS RAMOS, M. *Proceso Civil Práctico*. T. IV. 2002. Págs. 2-1.267.

¹⁸ Cfr. CACHÓN CADENAS, M.J. «Comentario a los artículos 616 y 620». *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Director: LORCA NAVARRETE, A.M. Coordinador: GUILARTE GUTIÉRREZ, V.T. III. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2000. Págs. 3.133 y 3.160.

En todo caso, después de que el tercerista se cobre su crédito, *el ejecutante* podrá reclamar el resto de las costas al ejecutado e incluso si quedara remanente tras cobrarse el ejecutante, *el tercerista* podrá reembolsarse del ejecutado el importe de las tres quintas partes de las costas de la ejecución que hubiera abonado ¹⁹. El problema en este caso será determinar –pues la ley no lo dice– cuál será el orden de prelación de dichas costas cuando existan otros acreedores que hayan inscrito o anotado sus derechos con posterioridad al crédito del ejecutante en el Registro de la Propiedad o terceros poseedores del bien embargado; si bien, a nuestro juicio, el tercerista tendrá preferencia sobre los mismos para cobrar del ejecutado las tres quintas partes de las costas adelantadas al ejecutante dado que son costas devengadas en la propia ejecución.

De todos modos, lo antedicho no será de aplicación cuando el proceso de ejecución haya concluido por desistimiento del ejecutante, en cuyo caso el ejecutado no estará obligado al pago de las costas de la ejecución (art. 396 LEC), ni el tercerista al adelanto de las tres quintas partes de las mismas, cargando con todas el ejecutante. A estos efectos, resulta loable la modificación del párrafo segundo del artículo 619 de la LEC por la Ley 13/2009, ya que con anterioridad cuando el ejecutante desistía de la ejecución y el crédito del tercerista constaba en título ejecutivo dicho párrafo remitía al anterior donde se regulaba el allanamiento del ejecutante a la tercería, de lo que se infería que había de dictarse auto mandando seguir adelante la ejecución para pagar en primer término al tercerista, previa satisfacción por este al ejecutante de las tres quintas partes de las costas de la ejecución; sin embargo, con la redacción actual dicha remisión ha desaparecido, previéndose para este caso que el Secretario judicial dicte decreto ordenando seguir adelante la ejecución para satisfacer en primer término al tercerista, a menos que su crédito no conste en título ejecutivo, en cuyo caso se dictará decreto de desistimiento del proceso de ejecución dando por finalizada esta, salvo que el ejecutado se mostrare de acuerdo en que prosiga para satisfacer el crédito del tercerista, supuesto difícil que acontezca en la práctica.

IV. INCIDENCIAS EN LA CELEBRACIÓN DE LAS SUBASTAS

IV.1. Pago a plazos

Aunque como regla general el mejor postor deberá abonar el precio del bien subastado en el plazo de 10 días en caso de muebles no inscribibles o en 20 días si se trata de inmuebles o muebles inscribibles, el apartado tercero de los artículos 650 y 670 de la LEC permite el pago a plazos, siempre que, ofreciendo cantidad superior al 70 por 100 del valor de liquidación o del 50 por 100 del valor de tasación, según sean bienes inscribibles o no, respectivamente, se ofrezcan garantías suficientes, bancarias o hipotecarias, del precio aplazado.

¹⁹ Cfr. CACHÓN CADENAS, M.J. «Comentario al artículo 619». *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Op. cit.* Pág. 3.148.

El texto legal no determina a favor de quién se aprobará el remate si, por un lado, se hubiere formulado una postura ofreciendo pagar a plazos y, por otro lado, se hubiere ofrecido otra de pago al contado pero de importe inferior. A nuestro juicio, en este caso deberá ponderarse qué resulta más ventajoso económicamente para el ejecutante y el ejecutado, para lo que habrá de tenerse en cuenta el periodo del aplazamiento y la diferencia entre lo ofrecido por ambos postores.

En todo caso, solo se aprobará el remate a favor de quien hubiere ofrecido la postura a plazos si el ejecutante no solicita en los 20 días siguientes la adjudicación del bien por el 70 por 100 del valor de salida (inmuebles o muebles inscribibles) o en el plazo de cinco días por el 50 por 100 del valor de tasación (muebles no inscribibles).

IV.2. Posturas por valor inferior al tipo mínimo: lapsus legales

Conforme al apartado cuarto de los artículos 650 y 670 de la LEC, cuando la mejor postura ofrecida en la subasta no supere el 50 por 100 del valor de tasación (muebles no inscribibles) o el 70 por 100 del valor de liquidación (inmuebles y muebles inscribibles) el ejecutado podrá presentar a un tercero, en el plazo de 10 días, para que mejore la postura ofreciendo cantidad superior a dichos porcentajes o que, aun inferior, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.

De lo que dichos preceptos dicen y de lo que silencian se pueden extraer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, resulta reprochable que en ninguna de las reformas de la LEC se haya enmendado la **«errata» de que adolece el párrafo cuarto del artículo 670 y que arrastra en lo sucesivo a lo largo de dicho párrafo y del artículo 671**, pues el legislador indebidamente se refiere al valor de tasación de los inmuebles o muebles inscribibles objeto de subasta en vez de a su valor de liquidación como correctamente procedería. El legislador confunde impropiamente ambos valores sin reparar en que el valor de liquidación es el que se tiene en cuenta para sacar a subasta dicho tipo de bienes, pues es el resultado de restar del valor de tasación las cargas anteriores en la cuantía en que subsistan, habida cuenta de que estas no se cancelan tras la enajenación forzosa.

No resulta coherente que habiendo pujado el mejor postor una cantidad inferior al 70 por 100 del valor de liquidación o valor de salida, al no alcanzar su postura el tipo mínimo exigido para aprobar el remate, el apartado cuarto del artículo 670 ofrezca al ejecutado la facultad de presentar un tercero que adquiera el bien por una cantidad superior al 70 por 100 del *valor de tasación* –en lugar del 70% del *valor de liquidación*– debiendo entenderse como un lapsus legal que debe ser objeto de interpretación correctora.

El legislador, con más acierto, tiene en cuenta el valor de liquidación en el artículo 669 para fijar la cantidad que deben consignar los postores para pujar, estableciendo que dicho importe será

«del 20 por 100 del valor que se haya dado a los bienes con arreglo a lo establecido en el artículo 666 de esta ley» e igualmente se refiere al valor de liquidación del bien mediante la expresión «valor por el que el bien hubiere salido a subasta» en los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 670; no obstante, inexplicablemente, en el apartado cuarto de dicho precepto, al igual que en el artículo 671, el legislador comete una «errata» –no enmendada en ulteriores reformas normativas– y tiene en cuenta como valor del inmueble el de tasación y no el de liquidación como correctamente procedería.

En segundo lugar, no se alcanza a comprender por qué el legislador requiere **mayores exigencias para adquirir el bien al tercero presentado por el ejecutado que a los demás postores**, exigiendo que su postura sea por una cantidad superior, *no simplemente igual*, al 50 por 100 del valor de tasación en caso de muebles no inscribibles o al 70 por 100 en caso de inmuebles o muebles inscribibles; no obstante, también se admiten posturas por la cantidad debida por todos los conceptos aun cuando esta fuere inferior a dichos importes.

En tercer lugar, el legislador debería precisar que en caso de que el tercero presentado por el ejecutado adquiriere el bien **por la cantidad debida por todos los conceptos, dicha cantidad había de ser en todo caso superior a la mejor postura ofrecida en la subasta** (al igual que con más acierto se establece en el apartado segundo del art. 670.4 LEC cuando se da traslado al ejecutante para que se pueda adjudicar el bien²⁰), ya que al no realizarse dicha matización, en algunas resoluciones²¹ se considera indiferente que su postura sea inferior a la ofrecida por el mejor postor, entendiéndose que el legislador pretende mediante la disyunción o alternativa que introduce el artículo 670.4 de la LEC (*permitir al tercero ofrecer cantidad superior al 70% del valor de tasación o que, aun inferior, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante*) que el inmueble no salga del ámbito del ejecutado, soslayando con ello cualquier intervención de mejores postores, incluso por cantidad ligeramente superior.

En cuarto lugar, a nuestro juicio, hubiera sido deseable que en el caso de que el inmueble objeto de subasta fuera propiedad de un **tercer poseedor**, el apartado cuarto del artículo 670 concediera también a este la opción de poder presentar a un tercero que mejorara la postura.

En quinto lugar, resulta criticable que el apartado primero del artículo 670.4 de la LEC **no precise si se debe conferir dicho traslado por 10 días al ejecutado solo cuando esté personado o en todo caso**. Parte de la doctrina²² considera que el ejecutado tiene que encontrarse personado; si bien, por nuestra parte, no compartimos esta tesis, pues si bien la ignorancia de las leyes no excusa de su

²⁰ El apartado segundo del artículo 670.4 (reformado por el *RD-Ley 8/2011, de 1 de julio*) reza en los siguientes términos: «Transcurrido el indicado plazo sin que el ejecutado realice lo previsto en el párrafo anterior (presentar a un tercero que adquiera el bien), el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, *siempre que esta cantidad sea superior al 60 por 100 de su valor de tasación y a la mejor postura*».

²¹ AAAP de Alicante, Sección 1.ª, de 12 de enero de 2007; Zamora, Sección 1.ª, de 18 de mayo de 2009.

²² Cfr. BOLÓS FARIÑAS, C. e IGLESIAS MEJUTO, J. *Practicum de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Cedecs Barcelona. 2002. Pág. XXVII-1.056. Para estos autores el ejecutado no comparecido en autos ya ha tenido conocimiento del lugar, día y hora de celebración de la subasta, de modo que si pudiendo comparecer a la misma no lo hizo, el Juzgado no está en la obligación de notificarle el resultado y, por tanto, de comunicarle la posibilidad que tiene de presentar tercero que mejore la postura.

cumplimiento, el no conocer los derechos concretos que el ordenamiento jurídico contempla, puede privar a los justiciables de importantes garantías, por lo que entendemos que en caso de que ningún postor haya ofrecido al menos el 50 por 100 del valor de tasación si se trata de un mueble no inscribible o el 70 por 100 del valor de liquidación si es un inmueble o mueble inscribible²³, el Secretario deberá notificar al ejecutado dicha eventualidad por correo certificado con acuse de recibo (y si resultare infructuosa dicha notificación reiterarla por entrega personal si se conociere su domicilio) en aras de que en los 10 días siguientes a la notificación pueda presentar a un tercero que mejore la postura. No obstante, si el ejecutado se hallare en paradero desconocido bastará con que dicha notificación se efectúe por edictos en el tablón de anuncios, sin que proceda ninguna publicidad adicional.

En sexto lugar, el apartado cuarto del artículo 670.1 **no establece el plazo de que dispone el tercero presentado por el ejecutado que adquiera el bien para consignar el precio**, pues del tenor legal se infiere que el plazo de 10 días mencionado en dicho precepto tan solo se concede para que el ejecutado pueda ejercitar la facultad de presentar a un tercero que adquiera el bien, por lo que en principio estimamos que a este se le deberá conceder para pagar el plazo general, es decir, 10 días si se trata de muebles no susceptibles de inscripción registral o 20 días en caso de inmuebles o muebles inscribibles desde que fuera requerido con dicho objeto²⁴, sin que se pueda entender, pues la ley no lo exige, que deba realizar con carácter previo la consignación que se requiere para pujar en las subastas, entre otros motivos porque no se va a celebrar subasta alguna.

En séptimo lugar, el legislador no ha reparado en que **los ejecutados dueños del bien subastado pueden ser varios**, y que, por tanto, pueden presentar a más de un tercero que se encuentre dispuesto a adquirir el bien objeto de subasta. En esta tesitura, cabe adoptar dos opciones o bien que se apruebe el remate a favor del tercero que ha ofrecido el mejor precio o bien que se celebre una subastilla entre los terceros presentados en aras de conceder a todos la posibilidad de mejorar la postura presentada por el otro²⁵.

En todo caso, cuando transcurra el plazo de 10 días concedido al efecto sin que el ejecutado presente un tercero que adquiera el bien, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación por:

En similares términos:

Acuerdo de unificación de criterios de la Junta de Secretarios Judiciales de Primera Instancia de Valencia. Abril 2009. MARTÍNEZ DE SANTOS, A. «La subasta». *Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil*. Ed. La Ley Madrid. 2010. LA LEY 13641/2010.

²³ Ha sido puesto de manifiesto por la doctrina el desacierto legal de fijar un distinto porcentaje para la aprobación del remate dependiendo de que el bien fuera mueble o inmueble, pues existen bienes muebles de gran valor (cfr. TÉLLEZ LAPEIRA, A. «Materiales para una urgente y necesaria reforma en la regulación de la subasta en la LEC». *Revista Jurídica La Ley*. T. 3. 2004. Pág. 1.647).

²⁴ AAP de Alicante, Sección 6.ª, de 7 de marzo de 2006. Cfr. RIVES SEVA, J.M. «Mejora de postura por tercero presentado por el ejecutado: plazo de ejercicio». *Práctica de Tribunales*. Núm. 38. Mayo. 2007. Pág. 57.

²⁵ AAP de Girona, Sección 1.ª, de 16 de octubre de 2009 (SP/AUTRJ/489850). En esta resolución se considera que lo más ajustado a los principios constitucionales es convocar a los terceros presentados por los dos ejecutantes a una comparencia a fin de que mejoren la postura del otro como si de una subastilla se tratara, adjudicando el bien al que realice la mejor postura.

- El 50 por 100 del valor de tasación o por la cantidad debida por todos los conceptos sin que esta cantidad pueda bajar del 30 por 100 del valor de tasación en caso de muebles no inscribibles (arts. 650.4 y 651 LEC reformado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal).
- El 70 por 100 o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura en caso de inmuebles que no sean la vivienda habitual y muebles inscribibles (disp. adic. 6.ª LEC incluida por la Ley 37/2011).
- El 70 por 100 del *valor de tasación* o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 60 por 100 del valor de tasación y a la mejor postura en caso de vivienda habitual del deudor (art. 670.4 reformado por el RD-Ley 8/2011, de 1 de julio, y matizado por la disp. adic. 6.ª LEC incluida por la Ley 37/2011).

Dicha opción legal no resulta muy acertada, pues **el ejecutante ya tuvo la opción de participar en la subasta y mejorar lo ofrecido por el mejor postor**, por lo que algún autor ²⁶ considera que sería deseable que antes de adjudicar el bien al ejecutante se permitiera al que ha resultado mejor postor en la subasta mejorar la cantidad.

De todos modos, cuando el ejecutante no se adjudique el bien, se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 30 por 100 del valor de tasación en caso de muebles no inscribibles o el 50 por 100 del *valor de tasación* (*rectius*, valor de liquidación) si se trata de inmuebles o muebles inscribibles o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el Secretario judicial responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate por decreto recurrible en revisión a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Cuando el Secretario judicial deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto para la subasta desierta en los términos que serán objeto de nuestro análisis *infra*.

IV.3. Impago del precio por el mejor postor

Si la mejor postura fuera igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta en caso de inmuebles o muebles inscribibles o igual o superior al 50 por 100 del valor de tasación en caso de muebles no inscribibles, la reforma de la LEC por la Ley 13/2009 concedió al Secretario judicial responsable de la ejecución la competencia de aprobar el remate mediante decreto, el mismo día o al siguiente de la subasta, previsión normativa que resulta acertada y cohe-

²⁶ Cfr. DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, R. *Ejecución forzosa en el proceso civil*. Ed. Comares. Granada. 2004. Pág. 367.

rente con que también sea el Secretario quien presida la subasta, ya que con la regulación anterior resultaba criticable que el Juez tuviera que aprobar un acto en que no había intervenido, hallándose vinculado por la mejor postura publicada por el Secretario ²⁷.

El rematante deberá consignar en el plazo de 20 días (en caso de inmuebles o muebles inscribibles) o en el plazo de 10 días (si se trata de muebles no inscribibles) la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado, salvo que la consignación para poder intervenir en la subasta la haya efectuado por aval, en cuyo caso deberá consignar todo el precio.

En la modificación de la LEC por la Ley 13/2009 se introdujo un nuevo apartado en los artículos 650 y 670 de la LEC en el que se estableció que tras el decreto de aprobación del remate y después de consignado, cuando procediera, la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate, se debía dictar otra resolución denominada «decreto de adjudicación» en el que se había de expresar, en su caso, la consignación del precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria ²⁸. No se alcanza a comprender por qué el legislador en el apartado sexto del artículo 650, relativo a muebles *no inscribibles*, hace mención de que el decreto de adjudicación debe contener también las circunstancias necesarias *para su inscripción*. No nos resta sino pensar que se ha venido a copiar lo dispuesto en el apartado octavo del artículo 670 (que regula este mismo caso para bienes inscribibles) sin reparar en la diferencia entre ambos supuestos.

Procede preguntarse si el plazo para abonar el precio se podrá **prorrogar hasta el día siguiente a las 15 horas** conforme a lo previsto como regla general en el artículo 135 de la LEC o si dicha prórroga solo opera para la presentación de escritos pero no para la realización de consignaciones. El Tribunal Supremo ha defendido la primera tesis en el Auto de 28 de abril de 2007 (rec. 17/2007) ²⁹ en que desestima una demanda por error judicial por este motivo.

Asimismo, podríamos plantearnos si pudiera admitirse la consignación del precio **fuera de plazo**, lo que a nuestro juicio solo pudiera ser aceptable en la praxis si resultare conveniente a los fines de la ejecución y fuere favorable tanto para el ejecutante como para el ejecutado siempre que no se perjudicare a terceros.

Si fuera el ejecutante quien hiciese la mejor postura, no se alcanza a comprender por qué si lo subastado es un mueble no inscribible, aprobado el remate el Secretario judicial **tan solo procede a la liquidación de lo debido por principal e intereses pero no de las costas**, debiendo el ejecutante consignar

²⁷ Cfr. PUEBLA Povedano, A. «El procedimiento de apremio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios de Derecho Judicial. Escuela Judicial CGPJ, Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles de España*. Madrid. 2000. Pág. 375.
ANDINO ASPE, L.F. «La realización forzosa de los bienes embargados en la nueva LEC. La liquidación de intereses». *Diario la Ley*. Núm. 5.598. 30 de julio de 2002. Ref. D-192. T. 5. Pág. 1.571 y ss. Laleydigital.es

²⁸ Cfr. MARTÍNEZ DE SANTOS, A. «La subasta». *Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil*. Ed. La Ley. Madrid. 2010. LA LEY 13641/2010. Este autor considera excesivo, al menos tratándose de bienes muebles, el dictado de dos decretos, uno de aprobación del remate y otro de adjudicación.

²⁹ SP/AUTRJ/145615.

la diferencia, si la hubiere, en el plazo de 10 días, a resultas de la liquidación de costas (art. 650.2); pues, a nuestro juicio, hubiera resultado más acertado que, al igual que cuando se aprueba el remate de un inmueble o mueble inscribible, el Secretario proceda a la liquidación de lo que se deba no solo por principal e intereses sino también por costas, consignando, en su caso, el ejecutante la diferencia (art. 670.2).

Cuando el rematante **no consignare el precio** en el plazo señalado podrá efectuarse dicha consignación por los otros postores en orden de sus respectivas posturas siempre que hubieran solicitado expresamente la no devolución de la cantidad depositada para pujar. Esta facultad también la ostentará el propio ejecutante aunque no lo haya solicitado previamente, pues como no habrá tenido que consignar cantidad alguna para intervenir en la subasta, tampoco habrá podido solicitar su no devolución a estos efectos.

Procede preguntarse si en caso de que el mejor postor no pague el precio, será posible aprobar el remate a favor de otro licitador que habiendo solicitado que no se le devuelva el depósito, hubiera ofrecido en la subasta una postura inferior al tipo mínimo, es decir que no alcanzare el 70 por 100 del valor de liquidación en caso de inmuebles o muebles inscribibles o el 50 por 100 del valor de tasación si se trata de muebles. A nuestro juicio, en estos casos se habrá de seguir la misma tramitación analizada en el epígrafe anterior para cuando la mejor postura no alcanza el tipo mínimo (arts. 650.4 y 670.4 LEC).

Constituye una novedad introducida por la Ley 13/2009 que la **devolución de los depósitos** a los postores que no ejerciten la antedicha facultad se realice nada más terminar el acto de subasta, ya que con la anterior regulación dicha entrega se demoraba indebidamente hasta que se aprobaba el remate, y aunque bien es cierto que dicha aprobación se produce en el mismo día o al siguiente, la elevada cuantía de dichas consignaciones hace conveniente su inmediata devolución (art. 652.1 LEC), ya que su importe puede precisar el postor para intervenir en otras subastas que se celebren a continuación, especialmente si es un profesional de las ventas judiciales.

En el supuesto de que ni el rematante ni ninguno de los postores que hubieran solicitado el mantenimiento de sus depósitos consigne el resto del precio, perderán lo consignado para pujar o se ejecutará el aval prestado y la subasta caerá en **quiebra**, procediéndose a la celebración de una nueva subasta, salvo que con los depósitos constituidos por aquellos rematantes se pueda satisfacer el capital e intereses del crédito del ejecutante y las costas.

Cuando el rematante hubiera realizado el **depósito con cantidades recibidas en todo o en parte por otra persona** (lo que deberá haber hecho constar en el resguardo de ingreso), en caso de no consignar el resto del precio, dicha persona podrá solicitar que el decreto de aprobación del remate se dicte a su favor, consignando la diferencia entre lo depositado y el precio del remate, para lo que dispondrá del mismo plazo concedido al rematante para efectuar el pago, que se contará desde la expiración de este (art. 653.3). Procede preguntarse si su derecho será preferente al de otros postores, que hubieran solicitado la no devolución de su consignación con el ánimo de adquirir el bien, lo que merece una respuesta positiva habida cuenta de que adquirirá el bien por idéntico importe que hubiera ofrecido el mejor postor a quien en su día prestó el dinero para efectuar el depósito para pujar,

siendo que cualquier otro licitador que deseara quedarse con el bien lo adquiriría por la cantidad que hubiera ofrecido en la subasta que obviamente será inferior.

La quiebra de la subasta no solo tiene consecuencias civiles sino también **penales**, habida cuenta de que de conformidad con el artículo 262 del CP se sanciona con una pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como con inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años a quienes solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en una subasta pública, los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio, los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación. En estos casos se comete el delito con la mera solicitud, proposición o intento aunque no se consiga el propósito.

IV.4. Subasta desierta

Cuando en el acto de la subasta no hubiere ningún postor o solo comparezca el ejecutante, podrá este pedir la adjudicación del bien por:

- El 30 por 100 del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos (sin que esta cantidad pueda bajar del 30% del valor de tasación) en caso de muebles no inscribibles, según el artículo 651 de la LEC modificado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.
- El 50 por 100 al menos del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos si es un inmueble distinto de la vivienda habitual, según lo establecido en la disposición adicional 6.ª de la LEC añadida por la Ley 37/2011.
- El 60 por 100 o más del valor de tasación si se trata de la vivienda habitual del deudor, conforme al artículo 671 de la LEC, modificado por el Real Decreto-Ley 8/2011 y matizado por la disposición adicional 6.ª de la LEC.

Cuando el acreedor en el plazo de 20 días no ejercitara dicha facultad, el ejecutado podrá solicitar el alzamiento del embargo, pero mientras este no realice dicha solicitud, pudiere pensarse que el ejecutante conserva la facultad de adjudicarse el bien, pues los artículos 651 y 671 de la LEC no conceden un plazo preclusivo de 20 días al ejecutante para solicitar la adjudicación sino que permiten al ejecutado interesar el alzamiento de la traba cuando en dicho plazo el ejecutante no hubiera pedido la adjudicación, lo que no es ni mucho menos lo mismo. De todos modos, no somos ajenos a que esta opinión no resulta pacífica³⁰ e incluso hay quien opina que el alzamiento del embargo deberá producirse de oficio aunque el ejecutado no lo solicite³¹, lo que no se cohonestaría con la literalidad legal.

³⁰ AAP de Granada, Sección 3.ª, de 12 de febrero de 2007 (SP/AUTRJ/119770). En esta resolución en un caso en que el ejecutante pidió la adjudicación del bien transcurrido el plazo de 20 días desde la subasta desierta, se consideró procedente levantar el embargo a instancias del ejecutado, aun cuando este solicitó dicho alzamiento después de interesar el ejecutante la adjudicación.

³¹ Cfr. MARTÍNEZ DE SANTOS, A. «La subasta». *Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil*. Ed. La Ley Madrid. 2010. LA LEY 13641/2010.

En todo caso, aun cuando el ejecutado solicitare, transcurrido el antedicho plazo de 20 días, el alzamiento del embargo nada obsta para que el ejecutante vuelva a solicitar una nueva traba e incluso en el futuro otra subasta en el caso de que hubieren cambiado las circunstancias.

La misma prerrogativa ostentará el ejecutante en el supuesto de que no se apruebe el remate en los supuestos contemplados en el apartado cuarto *in fine* de los artículos 650 y 670 de la LEC, *id est*, cuando el mejor postor no haya ofrecido cantidad que supere el 30 por 100 del valor de tasación (muebles no inscribibles) o el 50 por 100 (inmuebles o muebles inscribibles) y el Secretario judicial, previa audiencia de las partes, no haya considerado oportuno aprobar el remate.

De lege ferenda, sería oportuno que no solo el ejecutado, sino también los **acreedores que tuvieran inscrito su derecho con posterioridad al gravamen que se ejecuta**, tuvieran la posibilidad de solicitar el alzamiento del embargo sobre el bien cuando no se lograra vender en pública subasta ni tampoco se lo adjudicase el ejecutante en el plazo de 20 días³², pues en otro caso se les aboca al más absoluto fracaso si pretendieren la enajenación forzosa de dicho bien reembargado.

Por lo demás, estimamos que la posibilidad de adjudicarse el bien la ostentará el **tercerista de mejor derecho**, incluso con carácter previo al ejecutante, en el caso de que se haya estimado la tercería, aunque en el supuesto de que todavía se encontrara en tramitación, se le debería conceder la prerrogativa de adjudicarse el bien si el ejecutante no hiciera uso de dicha facultad, sin perjuicio de que si la tercería fuere desestimada debiera abonar al ejecutante el importe de dicha adjudicación.

En la ejecución hipotecaria se reivindica por ciertos grupos sociales la instauración en nuestro ordenamiento jurídico de la denominada **dación en pago**, es decir, que el ejecutante se adjudique el bien hipotecado en pago de todo el importe de su crédito, lo que se opone a la actual redacción del artículo 579 de la LEC que en el caso de que subastados los bienes hipotecados o pignoralos, su producto fuera insuficiente para cubrir la deuda, permite al ejecutante pedir el embargo por la cantidad que falte, prosiguiendo el procedimiento con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. Lo cierto es que a pesar de que el paradigmático Auto de 17 de diciembre de 2010 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Navarra (rec. 74/2010)³³ se pronunció a favor de la dación en pago, la doctrina de dicha resolución judicial pronto fue rectificada por la Sección 3.ª de la misma Audiencia en Auto de fecha 28 de enero de 2011 (rec. 92/2010).

³² Cfr. VEGAS TORRES, J. *El embargo*. Op. cit. Pág. 265.

³³ Cfr. VERDÚ VILELA, J.A., «¿Dación en pago y cancelación de hipoteca? Comentario de urgencia al Auto núm. 111/2010, de 17 de diciembre de 2010, dictado por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Navarra». *Diario La Ley*, Núm. 7.557, Sección Tribuna, 28 de enero de 2011, año XXXII. LA LEY 1673/2011.

MARTÍN PASTOR, J. «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010, de 17 de diciembre)». *Diario La Ley*, Núm. 7.590, Sección Doctrina, 16 Mar. 2011, Año XXXII, Editorial La Ley. LA LEY 2677/2011.

PÉREZ GARCÍA, M.J. «La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)». *Diario La Ley*, Núm. 7.590, Sección Doctrina, 16 Mar. 2011, Año XXXII, Editorial La Ley.

V. POSTURAS EN PLIEGO CERRADO: PROBLEMÁTICA ACERCA DE CUÁNDO SE LES DA PUBLICIDAD

La posibilidad de formular posturas por escrito es otro de los mecanismos legalmente previstos para hacer accesibles las subastas judiciales a los ciudadanos que no tienen la experiencia ni la picardía de los profesionales que con asiduidad concurren a las mismas. Dicha facultad, actualmente prevista en el artículo 648, no fue establecida *ex novo* por la LEC 1/2000 sino que ya se contemplaba en la pretérita ley rituarial en donde había sido introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

Las posturas por escrito se pueden presentar acompañadas de un escrito o incluso se pueden entregar en la Secretaría del Juzgado previa realización de una comparecencia. En ambos casos, el licitador deberá identificarse, acreditar su capacidad de obrar y manifestar que no le afecta prohibición alguna que le impida pujar ex artículo 1.459 del CC; asimismo, deberá presentar resguardo de que ha depositado en metálico en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones el 20 por 100 del valor de tasación si se trata de muebles no inscribibles o el 20 por 100 del valor de liquidación si fueren inmuebles o muebles susceptibles de inscripción registral o aportar justificante de la constitución de aval bancario por dicho importe. En su caso, podrá hacer constar su voluntad de que su consignación quede depositada tras la subasta ad cautelam de que el mejor postor no consigne el resto del precio y en aras de poder adquirir el bien evitando la quiebra de la subasta.

El ejecutante también podrá formular su postura por escrito, en cuyo caso podrá hacer constar su intención de ceder el remate, quedando su postura sin efecto si no concurre nadie a la subasta, pues el ejecutante únicamente puede pujar si lo hicieren otros licitadores.

El escrito o la comparecencia del postor manifestando que presenta postura en pliego cerrado se unirá a los autos, de manera que pueda ser conocido por los demás postores, debiéndose acordar la notificación de la diligencia de ordenación que acuerde dicha unión a las partes personadas, mientras que el pliego cerrado se guardará bajo la custodia del Secretario judicial sin abrirse hasta el comienzo de la subasta, pudiendo contener una única postura o posturas sucesivas en orden ascendente.

Resulta criticable que el legislador no haya dado respuesta a la cuestión relativa al **momento de hacer públicas las posturas** contenidas en pliego cerrado, dilatándose así un debate existente con la pretérita LEC. A este respecto, parte de la doctrina³⁴ defiende que el pliego cerrado deberá ser

³⁴ Cf. SANZ LLORENTE, F.J. «La postura por escrito en pliego cerrado en las subastas judiciales». *Diario La Ley*. D-311. T. 5. Laleydigital.es

ARANGÜENA FANEGO, C. «El procedimiento de apremio sobre bienes muebles en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil». *Diario La Ley*. 1999. Ref. D-150. T. 3. Laleydigital.es. Esta autora considera que el tenor del artículo 648 de la LEC da pie a pensar que el legislador pretende en primer lugar la publicación de las posturas por escrito en línea con la finalidad de agilizar la licitación y de intentar conseguir la obtención de una mayor cantidad de dinero, puesto que al publicarse la postura escrita en primer lugar puede inclinar a los demás postores a mejorarla. No obstante, considera que la redacción del precepto también serviría para acoger la tesis de que las posturas por escrito han de hacerse públicas en atención a las demás posturas sucesivas.

CORDÓN MORENO, F. «Comentario al artículo 648». *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Coordinadores CORDÓN MORENO, F.; ARMENTA DEU, T.; MUERZA ESPARZA, J.J.; TAPIA FERNÁNDEZ, I. Vol. II. Ed. Aranzadi. 2001. Pág. 434. y en

hecho público al inicio de la subasta antes de las pujas orales, pues así se fija desde el principio el precio de salida, ya que supondría una pérdida de tiempo admitir posturas inferiores. Sin embargo, otro sector doctrinal³⁵ estima que las posturas por escrito deben publicarse al final de la misma, pues así se conseguirá que sus pujas sean más elevadas.

Por nuestra parte, suscribimos las opiniones doctrinales³⁶ que predicán que las pujas por escrito deberán abrirse a medida que se desarrolle la venta pública, actuando el Secretario judicial como si del propio postor se tratara, leyendo las pujas por escrito en el momento conveniente, pudiéndose alegar en pro de esta tesis que el artículo 648 establece que las posturas por escrito «*se harán públicas con las demás*».

A nuestro juicio, la postura por escrito podrá ser **mejorada** por los otros postores, pues aunque fuera leída al final de la subasta no puede considerarse una postura de cierre, ya que ello impediría obtener el mejor precio posible en la subasta.

La puja por escrito ha de considerarse irrevocable, aunque puede ser mejorada por el propio postor que la hubiera realizado ora por encontrarse personalmente en la subasta ora por vía electrónica, posibilidad que se establece *ex novo* en el artículo 649.2 de la LEC. De todos modos, en el Portal de Subastas judiciales dependiente del Ministerio de Justicia no se permite realizar posturas «en sobre cerrado» por vía telemática, sin perjuicio de poder realizarlas personándose en el Servicio Común de la Unidad de Subastas.

El proceso de ejecución. Aranzadi A Thomson Company. Pamplona. 2002. Pág. 335. Este autor considera que las posturas en pliego cerrado se deben hacer públicas al principio del acto de la subasta, pues así se anima a los demás postores a mejorarlas.

CASERO LINARES, L *Los procesos civiles*. Director GARBERÍ LLOBREGAT, J. Ed. Bosch. Barcelona. 2010. Pág. 2.825.

³⁵ Cfr. SERRANO AMADO, R. «Posturas por escrito en la subasta de bienes muebles (art. 648 LEC)». *Justicia*. 3-4. 2007. Pág. 209. En opinión de este autor nada mejor que advertir al inicio de la subasta de la existencia de posturas por escrito, pero sin dar a conocer la cifra de las ofertas que encierran hasta que los licitadores presentes den por cerradas sus correspondientes posturas.

ORTEGO PÉREZ, F. «Reflexiones sobre la cuestionable eficacia de la ejecución dineraria». *Diario La Ley*. Núm. 6.995. 23 de julio de 2008. Pág. 4. Este autor opina que parece razonable entender que al inicio de la subasta únicamente baste con anunciar la existencia de posturas por escrito, procediendo la apertura del sobre cerrado cuando, a juicio del Secretario, ya no se superase presencialmente la mejor oferta.

ÍÑIGUEZ ORTEGA, P. «La subasta judicial y la nueva Ley Ritual». *Pórtico Legal. com*. En opinión de esta autora, resulta procedente leer la postura por escrito al final de la subasta por dos motivos: en primer lugar, porque los postores presentes normalmente pujarán más que si no tuvieran la amenaza de la puja por escrito, ya que no la pueden mejorar y, en segundo lugar, porque abriendo la puja al final se garantizarán mejor los intereses de los postores que presentan sus posturas por escrito, al no permitirse a los subasteros profesionales mejorar su postura.

³⁶ En este sentido: cfr. TORNÉ Y GARCIA, J.M. «La postura por escrito en pliego cerrado en las subastas». *RJC*. Núm. 1. 1990/41. Pág. 204.

ORTEGA CIFUENTES, J.A. «Problemática de los pliegos cerrados en las subastas judiciales». *Revista General de Derecho*. Núm. 632. 1997/442. Pág. 5.339.

MORAL MORO, M.J. *La subasta judicial de bienes inmuebles*. Ed. J. Bosch editor. Barcelona. 2000. Pág. 310.

PUEBLA POVEDANO, A. «El procedimiento de apremio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios de Derecho Judicial. Escuela Judicial CGPJ, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España*. Madrid. 2000. Pág. 373.

MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J. *Tratado del Proceso de ejecución civil*. T. I. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Pág. 1.824.

En el caso de que **dos posturas por escrito sean iguales** y que no se mejoren por ninguna presencial o que una postura por escrito y otra presencial sean idénticas, posibilidad que es más difícil que ocurra (pues el postor que se encuentre presente siempre podrá ofrecer algo más para adquirir el bien), parte de la doctrina³⁷ entiende que, merced a la analogía con lo previsto en el artículo 673 de la LEC para los supuestos de subasta simultánea, se deberá citar a los postores con pujas iguales a una licitación dirimente ante el Secretario; si bien, a nuestro juicio, ningún inconveniente habría en permitir que dichos postores presentaren sus posturas en pliegos cerrados. En todo caso, también hay quien entiende que si dos posturas por escrito coinciden en su cuantía, se debe otorgar preferencia a la que se registró con anterioridad en el Juzgado³⁸.

VI. CESIÓN DE REMATE

La cesión de remate es un «contrato por persona a designar» (*per personam nominandam*), conforme al cual el que adquiere un bien (sea mueble o inmueble) en una subasta o se lo adjudica en pago efectúa una designación o *electio* a favor de otra persona. desapareciendo de la relación jurídica como si nunca hubiera intervenido en la misma y con efectos *ex tunc*, por lo que no se producen dos enajenaciones consecutivas del bien sino una sola.

El apartado tercero del artículo 647 de la LEC tan solo concede al ejecutante la posibilidad de realizar postura reservándose el derecho a ceder el remate o adjudicarse los bienes con esta misma facultad. No obstante, *de lege ferenda* la doctrina³⁹ defiende la procedencia de que no solo el ejecutante sino también los **acreedores posteriores** al gravamen que se ejecuta tuvieren esta misma facultad dado que su interés en obtener el mejor precio posible puede ser el mismo, sino mayor, que el propio ejecutante.

De los términos legales se infiere que la voluntad de ceder el remate la deberá expresar el ejecutante en el acto de la subasta o al adjudicarse el bien en los casos en que el texto legal le concede dicha facultad (arts. 650.3 y 4, 651, 670.3 y 4, 671 LEC), lo que evitará que el Secretario judicial pueda adelantarse dictando decreto de aprobación de remate a favor del actor, habida cuenta de que después de dicha resolución ya no cabe ceder el remate, sin perjuicio de poder celebrar una compraventa ordinaria que, a diferencia de la cesión del remate, necesitará escritura pública para acceder al Registro.

De todos modos, el anuncio de la intención de ceder el remate por parte del ejecutante tampoco se puede considerar vinculante, por lo que será **renunciable**, bastando con una renuncia tácita, que se materializará en la no realización de la cesión⁴⁰.

³⁷ Con la anterior LEC mantenían esta postura:

FRANCO ARIAS, J. *El procedimiento de apremio*. Ed. Bosch. Barcelona. 1987. Pág. 167.

MORAL MORO, M.J. *La subasta judicial de bienes inmuebles*. *Op. cit.* Pág. 311.

³⁸ Cfr. SERRANO AMADO, R. «Posturas por escrito en la subasta de bienes muebles (art. 648 LEC)». *Op. cit.* Pág. 209.

³⁹ Cfr. VEGAS TORRES, J. *El reembargo*. *Op. cit.* Pág. 262.

⁴⁰ STS de 30 de abril de 1987 (RJ 1987/2877).

MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J. Cfr. MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J. *Tratado del Proceso de ejecución civil*. T. I. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Pág. 1.817.

El legislador pretende que dicha operación no reporte ganancia alguna al ejecutante, de manera que este no podrá exigir al cesionario una cantidad superior al precio de remate. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el Secretario judicial responsable de la ejecución con asistencia del cesionario que previa o simultáneamente procede al pago del precio que deberá tener constancia documental ⁴¹, sin que sea posible otro medio alternativo ni siquiera ante Notario ⁴² ni tampoco ante otro Secretario judicial distinto del responsable de la ejecución aunque el mismo hubiera realizado una subasta simultánea ex artículo 673 de la LEC por hallarse el bien total o parcialmente en varios partidos judiciales.

VI.1. Cesión de una parte del bien a un cesionario reservándose la propiedad del resto el ejecutante

El texto legal resulta demasiado parco respecto del contenido de la cesión de remate y de sus distintas posibilidades; si bien, a falta de disposición en contrario, consideramos posible que el ejecutante pueda ceder una parte alícuota del bien, reservándose el resto o incluso que pueda ceder el remate a varias personas por el mismo o distintos porcentajes. En este caso, se deberán hacer constar los distintos cesionarios en el decreto de aprobación del remate y en el de adjudicación, sin que la legislación registral suponga un óbice a dicha posibilidad, pues resulta indiferente que el título de acceso al Registro contenga una propiedad plena o dividida en cuotas, por lo que no ocasionando perjuicio a tercero, opera con toda virtualidad el principio de autonomía de la voluntad contemplado en el artículo 1.255 del CC ⁴³.

VI.2. Nulidad de la subasta y efectos frente al cesionario de buena fe

En el supuesto de que la subasta sea declarada nula por haberse vulnerado normas esenciales del procedimiento causantes de indefensión (arts. 225.3.º y 562.2 LEC y 238.3.º LOPJ), procede preguntarse si cuando el ejecutante hubiere cedido el remate a un tercero, afectará a dicho cesionario dicha nulidad.

Bien es cierto que si el rematante o adjudicatario después de inscribir el bien adquirido en subasta a su nombre lo enajenare a título oneroso a un tercero de buena fe, este se encontrará protegido por el artículo 34 de la LH, ya que para que dicho precepto pueda aplicarse debe ser válido el acto adqui-

⁴¹ En la reforma del artículo 647 de la LEC por la LEC 13/2009, de 3 de noviembre, se ha establecido expresamente que el pago del precio por el cesionario habrá de tener constancia documental.

⁴² RDGRN de 28 de octubre de 1993 (RJ 1993/8027).

⁴³ AAP de Alicante, Sección 6.ª, de 22 de octubre de 2007.

Cfr. RIVES SEVA, J.M. «La adjudicación de los bienes al acreedor ejecutante y el alcance de la cesión de los mismos a terceros». *Práctica de Tribunales*. Núm. 35. Febrero 2007. Pág. 48 y en «La adjudicación de los bienes al acreedor ejecutante y el alcance de la cesión de los mismos a terceros». *Práctica de Tribunales*. Núm. 47. Marzo 2008. Pág. 37 y en «La adjudicación de los bienes al acreedor ejecutante y el alcance de la cesión de los mismos a terceros (conclusión)». *Práctica de Tribunales*. Núm. 48. Abril. 2008. Pág. 63.

sitivo del tercero protegido con independencia de que se anule o resuelva el derecho del otorgante, en virtud de causas que no consten en el Registro ⁴⁴, pero no se puede aplicar esta misma doctrina a los casos de cesión de remate, ya que el artículo 34 de la LH protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior no del propio ⁴⁵ y en estos supuestos no se producen dos enajenaciones consecutivas sino una sola ⁴⁶ no siendo de aplicación dicho precepto sino el artículo 33 de la LH, el cual establece que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos conforme a las leyes.

No se puede argüir en contra que la adquisición del cesionario de remate es independiente y autónoma respecto de la del ejecutante, ya que la adjudicación del remate para cederlo a un tercero se configura como una cesión de contrato que, en realidad, supone la transferencia de un sujeto a otro de los elementos activos y pasivos derivados del mismo, siendo objeto de cesión el conjunto de efectos contractuales considerados como un tótom, por lo que, tratándose de un negocio unitario aunque se produzca sustitución de parte, la nulidad o ineficacia del mismo alcanza a todos los sujetos.

VII. SUBASTA SIMULTÁNEA: SOLUCIÓN LEGAL ANACRÓNICA

Conforme a lo previsto en el artículo 673 de la LEC cuando lo aconsejen las circunstancias, y a solicitud de cualquiera de las partes, el Secretario judicial encargado de la ejecución podrá ordenar que se anuncie y celebre subasta en forma simultánea en la sede de la Oficina judicial ejecutora y, mediante exhorto, en una o varias Oficinas judiciales de distintos partidos judiciales, donde radiquen, total o parcialmente, los bienes inmuebles subastados. El citado artículo 673 tan solo se refiere a la posibilidad de celebrar esta doble subasta en caso de inmuebles; sin embargo, ningún inconveniente existiría en que pudieren celebrarse subastas simultáneas por ejemplo, cuando diversos muebles embarcados en una misma ejecución y depositados en distintos partidos judiciales formen un solo lote.

Del tenor de la ley se infiere que la solicitud por parte del ejecutante o del ejecutado **no presenta carácter vinculante** para el Secretario judicial, el cual acordará la subasta simultánea cuando *lo aconsejen las circunstancias*, sin que tampoco se pueda entender que la decisión se pueda adoptar de oficio, lo que se deduce de la conjunción copulativa empleada («cuando lo aconsejen las circunstancias, y a solicitud de cualquiera de las partes»).

No obstante, con base en una interpretación extensiva del término *partes*, consideramos que también el **tercer poseedor** del bien objeto de subasta, podrá realizar dicha petición, pues aunque no lo disponga expresamente el artículo 673 de la LEC, dicha intelección se infiere de una interpretación sistemática de los artículos 538.3 y 662.1 de la LEC y lo propio puede predicarse del **terceris-**

⁴⁴ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, A. *La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Aspectos civiles y registrales*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Págs. 143 y 144.

⁴⁵ STS de 6 de febrero de 2005 (RJ 2005, 916).

⁴⁶ SSTS de 23 de septiembre de 2004 (RAJ 5579), 8 de febrero de 2005 (RAJ 916). Véase asimismo: DIÉGUEZ OLIVA, R. «La cesión de remate en las ventas judiciales y la figura del negocio para quien corresponda. Comentario a la STS de 8 de febrero de 2005 (RJ 2005, 916)». *RdP*. Núm. 17. 2006-2. Pág. 171 y ss.

ta de mejor derecho si intervinere en la ejecución, facultad que el párrafo segundo del artículo 616 de la LEC le concede desde que se admita la demanda de tercería si su crédito constare en título ejecutivo o desde que se estimare la misma si su crédito no reuniera tal carácter.

La reforma de la LEC por la Ley 13/2009 concedió al Secretario judicial la competencia para señalar subastas simultáneas que antes ostentaba el Juez; no obstante, a nuestro juicio, la reforma de este precepto ha sido insuficiente, ya que debería haber adaptado el artículo 673 a los tiempos actuales, previendo en lugar de subastas simultáneas celebradas en distintos órganos judiciales, la posibilidad de que se celebrara una única subasta en el Juzgado en que se tramitara el proceso de ejecución y si el inmueble radicare total o parcialmente en otro partido que desde allí pudieran intervenir postores por medio de videoconferencia. De todos modos, cuando se generalice la posibilidad de realizar pujas electrónicas resultarán totalmente innecesarias las subastas simultáneas.

Resulta criticable la solución anacrónica que se dispensa en el artículo 673 para las subastas simultáneas, pues los postores que acuden a un Juzgado no pueden conocer las pujas que se están ofreciendo en el otro, lo que les impide mejorarlas⁴⁷, tan solo si finalmente hubiera postores que ofrecieran idénticas posturas en las distintas sedes en que se estuviera celebrando la subasta, el precepto prevé el enojoso trámite de citar personalmente a los postores que hubiesen realizado idéntica postura para que comparezcan ante el Secretario responsable de la ejecución a celebrar licitación dirimente entre ellos, cuando dicho empate no hubiese podido salvarse mediante comunicación telefónica, o de cualquier otra clase.

VIII. SUBASTAS EN SUPUESTOS ESPECIALES

VIII.1. Viviendas de protección oficial

Ab initio, procede reseñar que las viviendas de protección oficial pueden ser hipotecadas o embargadas y en estos casos el incumplimiento del deudor puede ocasionar su venta en pública subasta⁴⁸, pues la prohibición de disponer afecta al titular de la vivienda pero no a un órgano judicial que sustancie un proceso de ejecución, el cual deberá compatibilizar las disposiciones específicas de las viviendas de protección oficial con el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1.911 CC).

Además, la enajenación forzosa podrá realizarse incluso por precio superior al tasado, lo que no ocasionará la nulidad de la venta pública habida cuenta de que tampoco las ventas voluntarias

⁴⁷ Cfr. FLORES PRADA, I. *El procedimiento de apremio en la ejecución civil*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. Pág. 195.

⁴⁸ AAAP Guadalajara, Sección 1.ª, de 20 de noviembre de 2002, recurso 243/2002 (SP/AUTRJ/53322); Vizcaya, Sección 4.ª, de 26 diciembre de 2006, recurso 473/2005 (LA LEY 228160/2006); SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 18 de octubre de 2006, recurso 301/2006. Núm. de Sentencia: 340/2006 (LA LEY 160139/2006).

de estas viviendas cuando contravienen los precios máximos son declaradas nulas por la jurisprudencia⁴⁹, ya que si bien el artículo 6.3 del CC establece que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, en dicho precepto se previene la salvedad de que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención que es lo que precisamente ocurre con las viviendas de protección oficial en que las propias normas administrativas contemplan las sanciones administrativas y pérdida de los correspondientes beneficios⁵⁰, de lo que se infiere que el perito tasador en el proceso de ejecución no deberá atender para realizar el avalúo a las limitaciones legales sino que podrá fijar un precio de mercado.

En todo caso, es preciso tener en cuenta que la Administración pública promotora de la vivienda ostenta un derecho de tanteo y retracto; si bien, en tanto el precio puede ser muy superior al tasado no siempre el ejercicio de dichos derechos puede resultar rentable⁵¹. De todos modos, si la normativa autonómica establece que el retracto se ejercerá por el precio máximo de venta reglamentariamente establecido, la Comunidad Autónoma promotora de dicha vivienda solo queda obligada a satisfacer dicho precio, aun cuando el de adjudicación en subasta fuese superior⁵².

En principio, solo pueden resultar adjudicatarios los licitadores que reúnan los requisitos establecidos para su compra, debiendo hacerse constar en el anuncio de la subasta dicha exigencia.

VIII.2. Subastas en procesos de división de cosa común

En caso de que en un proceso de división de cosa común se imponga la venta del bien en pública subasta por resultar imposible su división física o material, no se estará ejecutando una sentencia de condena, sino declarativa de la existencia de la comunidad al propio tiempo que constitutiva de su disolución. Bien es cierto que las sentencias meramente declarativas o constitutivas no son ejecutables pero pueden necesitar, como en este caso, actuaciones complementarias para lograr su efectividad.

En estos supuestos la ejecución interesa a todas las partes y ambas pueden instarla con independencia de quien haya ostentado la posición de demandante y de demandado en el proceso declarativo, dado que incluso el que actúe como ejecutado puede tener mayor participación en el bien que el ejecutante, por lo que no resulta coherente que se exima solo a este de consignar el 20 por 100 del

⁴⁹ SSTs de 15 de marzo de 1996, 27 de marzo de 2000, 6 de noviembre de 2000, 16 de julio de 2006.

⁵⁰ Cfr. DELGADO CORDERO, A.M. «Apuntes sobre la ineficacia del contrato de compraventa de viviendas de protección oficial con precio superior al legalmente permitido. Comentario a la STS de 19 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9771)». *RdP*. Núm. 11. 2003-2. Pág. 160 y ss.

⁵¹ Cfr. GARCÍA-TREVIJANO RODRÍGUEZ, L y GÓMEZ GARCÍA, I. «La realización judicial de viviendas protegidas: ¿un portillo abierto en su régimen de protección?». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. Núm. 8. Sección Actualidad. Quincena del 30 de abril al 14 de mayo de 2009. Ref. 1133/2009. T. I. Ed. La Ley. Pág. 1.133 y ss.

⁵² Cfr. Boletín de Información y Coordinación mayo 2002-mayo 2007 del Servicio Jurídico de la AEAT, Abogacía del Estado, págs. 285 a 312.

ZEJALBO MARTÍN, J. «Valor y precio en VPO». *El Consultor Inmobiliario*, Núm. 107, Sección Actualidad profesional, Diciembre 2009. LA LEY 20302/2009.

valor de liquidación del inmueble para participar en la subasta, pues, si así fuere, nos podríamos encontrar con una verdadera carrera por parte de los comuneros por instar con anterioridad la ejecución en aras de conseguir los privilegios que la LEC brinda al ejecutante.

En esta tesitura, y en tanto que en estos procesos no existe propiamente deudor o acreedor ni ejecutante o ejecutado en los términos que prevé el artículo 538 de la LEC, se debe otorgar a ambas partes idéntico tratamiento procesal, ya que ambos condueños se encuentran sujetos al fallo de la sentencia y la ejecución aprovecha a ambos por igual. Resulta desacertado atribuir al que insta la subasta la consideración de ejecutante aunque formalmente pueda serlo, ya que dicho estatus depende del hecho aleatorio de haber instado antes la ejecución que el contrario⁵³.

No obstante, aun partiendo de dicha premisa, no resulta pacífico si se ha de eximir a todos los comuneros de consignar para participar en la subasta o si, por el contrario, se ha de exigir también al ejecutante la consignación⁵⁴.

A nuestro juicio, **resulta más oportuno que todos los comuneros deban consignar para participar en la subasta**, en aras de evitar situaciones fraudulentas, pues en otro caso al no perder depósito alguno, podrían intentar quebrar la subasta en connivencia con un tercero que hubiera ofrecido una puja inmediatamente inferior⁵⁵. Asimismo, en pro del principio de igualdad, entendemos que se debe conceder a todos los cotitulares del inmueble los mismos derechos procesales⁵⁶, sin que ninguno pueda ostentar una posición predominante, pues, si así fuere, se pudiera dar el caso de que por quedar la subasta desierta el que actuara como ejecutante podría pedir la adjudicación del inmueble por el 60 por 100 de su valor en perjuicio del otro.

La potestad de adjudicarse el bien ha de concederse a ambas partes y para el caso de que no hagan uso de dicha facultad, solo cabría la celebración de una nueva subasta en la forma señalada para la primera, pues no existe embargo que pueda levantarse⁵⁷.

⁵³ AAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 15 de abril de 2009 (SP/AUTRJ/464179).

⁵⁴ Cfr. VV.AA. Encuesta Jurídica: «En la subasta de la ejecución de la división de la cosa común ¿deberá consignar el ejecutado el 30% o se le aplicará la misma exención que al ejecutante?» (SP/DOCTR/4261). MARTÍNEZ DE SANTOS, A. «La subasta». *Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil*. Ed. La Ley. Madrid. 2010. LA LEY 13641/2010. En opinión de este autor, ninguno de los cotitulares de la cosa común deberá pujar para participar en la subasta.

⁵⁵ Cfr. BERNABÉU PÉREZ, I.C. «La ausencia de regulación legal en la subasta de la división de la cosa común». *Práctica de Tribunales*. Núm. 26. Abril. 2006. Pág. 50 y en «El argumento finalista para que el ejecutante de una cosa común consigne para participar en la subasta». *Práctica de Tribunales*. Núm. 26. Abril. 2006. Págs. 51 y ss. Este autor opina que sería ilógico que el ejecutante no tuviera que consignar para participar como postor en la subasta y, por el contrario, tuviera que hacerlo el ejecutado cuando aquel puede tener un porcentaje en el condominio muy inferior a este.

⁵⁶ AAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 15 de abril de 2009 (SP/AUTRJ/464175). En esta resolución se entiende que como consecuencia de la doble cualidad de ejecutantes y ejecutados, acreedores y deudores de los cotitulares de la cosa común subastada todos podrán pujar o mejorar las posturas y ejercer todas y cada una de las facultades que les otorgan los artículos 670 y 671 de la LEC, en otro caso, procederá declarar la nulidad de actuaciones.

⁵⁷ AAAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 14 de mayo de 2009 (SP/AUTRJ/464213); Barcelona, Sección 14.ª, de 28 de enero de 2010 (SP/AUTRJ/502440).

No obstante, ninguno podrá adjudicarse el bien por la cantidad que se deba por todos los conceptos, cuando ninguna postura sea de al menos el 70 por 100 del valor de liquidación, puesto que no existe deuda alguna que motive el proceso de ejecución⁵⁸.

En cuanto al **régimen de imposición de costas** previsto en el artículo 539.2 de la LEC para el proceso de ejecución, no resulta adecuado en la división de cosa común⁵⁹, pues el principio que inspira dicho precepto es imponer las costas al ejecutado que no dé cumplimiento a los pronunciamientos de una sentencia de condena, pero en este caso la subasta no obedece a la actitud obstructiva del que impropiamente ostenta en la ejecución la posición de ejecutado⁶⁰, por lo que procede entender que los gastos que las actividades ejecutivas ocasionen *deberán ser sufragados por todos los litigantes en proporción a su cuota en la comunidad*, sin perjuicio de que cada parte abone los honorarios y derechos de su propio Abogado y Procurador que en este proceso resultarán preceptivos. Dicha tesis resulta avalada por el artículo 1.064 del CC, aplicable por expresa remisión del artículo 406 codicilar, del que se infiere que los gastos de partición hechos en interés común deben ser soportados por todos los comuneros.

No se trata de una ejecución dineraria, sino de una ejecución impropia de hacer que beneficia a ambas partes⁶¹, por lo que los gastos de la subasta, como propios de una compraventa en que no se ha llegado a ningún acuerdo, deben ser sufragados en proporción a la cuota que a cada uno le corresponda en la comunidad⁶² aunque también se encuentra alguna resolución en contra, que impone las costas al ejecutado⁶³.

IX. SUPUESTOS EN QUE RESULTA POSIBLE QUE EL REEMBARGANTE DE UN BIEN INSTE LA SUBASTA CON ANTERIORIDAD AL EMBARGANTE

En caso de que un bien sea objeto de sucesivos embargos, procede preguntarse si el reembargante podrá sacarlo a pública subasta antes que el embargante.

⁵⁸ AAAP de Madrid, Sección 13.ª, de 2 de junio de 2009 (SP/AUTRJ/459604); Barcelona, Sección 14.ª, de 28 de enero de 2010 (SP/AUTRJ/502440).

⁵⁹ VV.AA. Encuesta Jurídica: «División de cosa común: A) quién debe hacer frente a las costas en ejecución? B) ¿cuál debe ser la base de la minutación?». *Sepin Net Revista*. Núm. 74. Marzo. 2007. Págs. 4 y ss. En relación a quién debe hacer frente a las costas, cinco de los encuestados considera que por mitad o en relación a sus cuotas y tres que no hay costas o que deben ser sufragadas por el ejecutado solo si se opone. En cuanto a la cuantía, cuatro consideran que vendrá determinada por la cuota reclamada o por el valor de adjudicación y uno que se fijará conforme al valor del bien.

⁶⁰ SAP de Madrid, Sección 12.ª, de 29 de septiembre de 2009 (SP/SENT/487391).

⁶¹ AAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 2 de julio de 2009 (SP/AUTRJ/481087).

⁶² SSAP de Cantabria, Sección 4.ª, de 5 de marzo de 2002; Cáceres, Sección 1.ª, de 23 de junio de 2009 (SP/SENT/466046).

⁶³ SAP de Cantabria, Sección 3.ª, de 6 de marzo de 2004 (SP/SENT/160286). Según esta resolución, procede la imposición de costas al ejecutado, pues aunque es cierto que la sentencia dictada aboca a la venta en pública subasta de la finca como medio divisorio, no lo es menos que la división de la cosa común puede también hacerse por otros medios extrajudiciales (art. 402 CC), por lo que lo razonable es que quien con su acción perpetúa el statu quo cargue con las costas de la obli-gada ejecución.

La respuesta a esta cuestión depende en parte de que el bien sea o no susceptible de inscripción registral, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 610.2.II de la LEC para que el reembargante pueda solicitar la realización forzosa de los bienes reembargados, sin necesidad de alzamiento del embargo o embargos anteriores, es necesario que «*los derechos de los embargantes anteriores no hayan de verse afectados por aquella realización*», por lo que aun cuando dicho precepto no menciona expresamente el carácter inscribible del bien, implícitamente lo está considerando, ya que el respeto al derecho del embargante anterior solo puede atenderse debidamente a través de la publicidad registral ⁶⁴.

Cuando el bien no conste inscrito en un registro público y el primer embargante haya adoptado medidas de garantía sobre el bien embargado, como un depósito, el reembargante en principio se encuentra compelido a adoptar una actitud pasiva a la espera de que el acreedor que embargó el bien en primer lugar proceda a su venta forzosa ⁶⁵, habida cuenta de que solo cuando los embargos se han anotado preventivamente se puede asegurar el respeto a los derechos del primer embargante en caso de realización del bien. De todos modos, esta solución cuenta con el escollo de que el primer embargante demore la enajenación forzosa, por lo que **debe aceptarse que el reembargante pueda solicitar en primer lugar la realización forzosa del bien mueble** y que el importe obtenido se destine primeramente a satisfacer al embargante anterior, percibiendo aquel, en su caso, el sobrante ⁶⁶. No obstante, si no se hubieran adoptado medidas de garantía, en tanto que el reembargante desconocerá la existencia del anterior embargo sobre el mueble, podrá sacarlo a subasta, lo que supondrá que el embargo no garantizado trabado en primer lugar quedará sin efecto.

En el supuesto de que el bien embargado fuere un inmueble o un mueble inscrito en un registro público, **el reembargante podrá sacarlo a pública subasta con anterioridad al embargante**, en cuyo caso el rematante o adjudicatario adquirirá un bien gravado con un embargo anterior, convirtiéndose en un tercer poseedor de bienes embargados (art. 662 LEC), dado que las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes al crédito del actor subsisten, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate (art 668.3.º LEC). De todos modos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 666.2 de la LEC si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede el determinado para el bien, el Secretario judicial dejará en suspenso la ejecución sobre ese bien, por lo que en principio no se podrá sacar a subasta por el reembargante.

⁶⁴ Cfr. VEGAS TORRES, J. *El reembolso*. Op. cit. Pág. 153 y ss.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. *Eficacia del embargo y su alcance frente a terceros*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006. Págs. 29, 150 y 151.

⁶⁵ Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. *Eficacia del embargo y su alcance frente a terceros*. Op. cit. Pág. 50.

⁶⁶ Cfr. MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil. Conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. 9.ª edición. Ed. Tirant lo blanch. Valencia 2000. Pág. 135.

CACHÓN CADENAS, M.J. *El embargo*. Ed. Librería Bosch. Barcelona. 1991. Pág. 606.

CORDÓN MORENO, F. *El proceso de ejecución*. Ed. Aranzadi A Thomson Company. Pamplona. 2002. Pág. 235. Este autor defiende que el reembargante de un mueble no susceptible de inscripción registral podrá sacarlo antes que el embargante a pública subasta aunque solo en el caso de que el tribunal entienda que con la realización del bien no se perjudicará el derecho de los embargantes anteriores (por ejemplo, porque el valor del bien cubra notoriamente el importe de todos los créditos).

DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, R. *Ejecución forzosa en el proceso civil*. Ed. Comares. Granada. 2004. Pág. 271. En opinión de este autor, el reembargante de un bien mueble podrá sacarlo a subasta aun cuando su valor sea insuficiente para satisfacer su crédito y el del embargante siempre que lo obtenido se destine en primer lugar a pagar a este.

El artículo 666 fue objeto de reforma por la Ley 13/2009, pues con anterioridad en estos casos se acordaba por el tribunal el alzamiento del embargo. Tras la modificación legislativa, con mucho mejor criterio, si las cargas igualan o exceden el valor del bien el embargo solo quedará en suspenso, lo que avala la interpretación correctora que se venía realizando con la antigua regulación en que se entendía que solo se debía levantar el embargo en aquellos casos en que se pudiera constatar con absoluta certeza que el bien no solo carecía en ese momento de valor en el mercado sino que tampoco lo podría tener en el futuro ⁶⁷.

Por lo demás, tampoco será posible que el reembargante se adelante a instar la subasta de un inmueble cuando se hubiera constituido una **administración para pago** a favor de un embargante anterior, pues dicha administración supone la entrega al acreedor del bien para cobrarse con sus rendimientos del principal, intereses y costas.

X. TERCEROS OCUPANTES: SU DERECHO A PERMANECER EN EL INMUEBLE TRAS LA SUBASTA

Conforme a lo previsto en los artículos 646.2 y 661.1 *in fine* de la LEC, en los edictos de la subasta se ha de hacer constar, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble, lo que supone informar a los postores acerca de si el mismo se encuentra ocupado por terceros distintos del ejecutado. El problema es que en la práctica forense resulta habitual el desconocimiento de dicha situación, lo que obedece a que la LEC no contempla mecanismos eficaces a través de los cuales se pueda conocer si el inmueble objeto de subasta se encuentra ocupado o desocupado, ya que el artículo 661 se limita a disponer que dicho conocimiento se adquirirá «*por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo*», sin especificar a qué otros modos se refiere.

En nuestra opinión, sería oportuno que con anterioridad a la subasta se previera legalmente la necesidad de practicar las diligencias oportunas para conocer quién ocupa el inmueble. Dichas diligencias podrían consistir en la personación de la Comisión Judicial o del Servicio Común en el inmueble objeto de subasta, pues aunque bien es cierto que el ejecutado en el requerimiento de manifestación de bienes ha podido comunicar su situación posesoria, no siempre sus manifestaciones son veraces y tampoco una información engañosa puede perjudicar a los terceros ocupantes. Por ello, no resulta oportuno que simplemente se haga constar en los edictos que *según manifestaciones del ejecutado el piso se encuentra desocupado* u otras expresiones similares, ya que ocasiona incertidumbre e inseguridad entre los postores, por lo que dicha información debe ser fidedigna y constatada por el Juzgado.

Conocida la ocupación del inmueble por terceras personas distintas del ejecutado, de conformidad con el artículo 661.1 de la LEC se les notificará la existencia de la ejecución para que, en el plazo de 10 días, presenten al tribunal los títulos de posesión.

⁶⁷ Cfr. FRANCO ARIAS, J. «Comentario al artículo 666». *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. III. *Op. cit.* Pág. 3.337.

Procede entender que **dicha notificación no se practicará respecto de los parientes o allegados del ejecutado que habiten con este el inmueble**, y en este sentido sería oportuno que el mentado precepto matizara dicho extremo, empleando una fórmula similar al artículo 704.2 de la LEC que, en sede de ejecución de condena a entregar un bien inmueble, matiza la necesidad de notificar la existencia de la ejecución únicamente a *terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización del inmueble*.

Asimismo, entendemos que **resulta innecesario requerir los títulos de posesión al ocupante cuando este fuere un tercer poseedor** (es decir, una persona que haya adquirido el bien tras la anotación preventiva de embargo o la inscripción de la hipoteca), pues su título ya figurará en la certificación de cargas y conforme a lo previsto en el artículo 538.3 de la LEC se asimila al ejecutado, pues es propietario⁶⁸ de un bien afecto a la obligación por la que se procede, por lo que enajenado el inmueble en modo alguno tendrá derecho a seguir ocupándolo.

En el caso de que los ocupantes no presentaren en el plazo de 10 días los títulos que legitimen su situación posesoria, no por ello se presume su falta de derecho a seguir ocupando el inmueble tras la subasta. En estos casos, ora no hayan presentado titulación alguna ora se considere insuficiente, el ejecutante podrá solicitar con anterioridad a la venta pública la celebración de una vista, en la que tras la práctica de prueba, el Juez resolverá lo procedente, por auto irrecurrible, acordando en todo caso el lanzamiento si el tercer ocupante no compareciere sin justa causa a la vista, empleando a este respecto el artículo 675.3 de la LEC una fórmula similar a la del artículo 440.3.II de la LEC para el juicio verbal de desahucio en que si el arrendatario no comparece a la vista se declara el desahucio sin más trámites.

Cuando el ejecutante no efectuare dicha petición, el artículo 675 otorga idéntica facultad al adjudicatario o rematante de la subasta en el plazo de un año de su adquisición, lo que a nuestro juicio se puede hacer extensivo al cesionario de remate, siguiéndose a este respecto el mismo trámite antedicho⁶⁹.

⁶⁸ También puede ser titular del usufructo o dominio útil del inmueble, o de la nuda propiedad o dominio directo si dichos derechos los hubiera adquirido después de la anotación preventiva de embargo o constancia registral del inicio del procedimiento de apremio (art. 662.2 LEC).

⁶⁹ Los artículos 661.2 y 675.3 de la LEC permiten sustanciar en el seno del proceso de ejecución un incidente para resolver sobre el derecho de los terceros ocupantes del inmueble a seguir ocupando el mismo tras la subasta. Dichos preceptos obedecen a un llamamiento del TC a nuestro legislador procesal. El TC tiene una dilatada jurisprudencia en materia de terceros ocupantes de inmuebles subastados, resultando paradigmática su Sentencia 6/1992, de 16 de enero, en la que otorgó el amparo a una arrendataria desalojada de un inmueble subastado, imponiendo al rematante la carga de instar un juicio declarativo ordinario con objeto de conseguir el desalojo del ocupante, y ello con independencia de que el contrato de arrendamiento se hubiera concertado con posterioridad a la hipoteca. El TC hizo un llamamiento al legislador en la citada sentencia para que introdujera un párrafo en el entonces artículo 132 de LH que permitiera la comparecencia, con igualdad de armas procesales, del arrendatario de la finca hipotecada. Ulteriormente, el citado Tribunal perfiló su doctrina y en el Auto 309/1994, de 14 de noviembre, denegó el amparo en un supuesto en que el arrendamiento posterior a la hipoteca fue considerado fraudulento por su excesiva duración—15 años—y por el importe antieconómico del alquiler. De todos modos, poco tiempo después en la STC 21/1995, de 24 de enero, reprodujo casi literalmente lo establecido en la Sentencia de 16 de enero de 1992. Afortunadamente, en la Sentencia 69/1995, de 9 de mayo, matizó su postura, afirmando que la doctrina de la STC 6/1992 de remitir en todo caso al rematante a un juicio declarativo para desalojar al tercer ocupante del inmueble, no podía ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor u ocupante afectado por la ejecución, por lo que

Resulta criticable que en caso de que ocupen el inmueble terceros con derecho a seguir poseyéndolo tras la subasta no se prevea la posibilidad de deducir dicha «carga» del valor de tasación a efectos de hallar el valor de liquidación, pues el artículo 666 de la LEC tan solo prevé el descuento del importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas; sin embargo, no resulta habitual que ciertos títulos de posesión, como los contratos de arrendamiento, consten inscritos y aunque así fuera resultaría harto difícil su valoración a los efectos de tenerlos en cuenta en la liquidación de cargas, lo que obedece a que legalmente no se conceden las pautas adecuadas.

X.1. Casos en que subsiste el derecho de uso otorgado en un proceso de crisis matrimonial

Con independencia de la naturaleza jurídica que se atribuya al derecho de uso de la vivienda familiar –cuestión discutida por la doctrina⁷⁰– en todo caso, y dado su carácter inalienable y personalísimo, se ha de considerar inembargable⁷¹, pues resultaría incoherente que un tercero pudiera adquirir en pública subasta un derecho cuyo único objeto es amparar al cónyuge más necesitado de protección tras una situación de crisis matrimonial.

De todos modos, la vivienda sobre la que recae el derecho de uso puede ser objeto de embargo y de enajenación forzosa en un proceso de ejecución dirigido contra su titular, en cuyo caso, cuando la vivienda pertenezca pro indiviso a ambos cónyuges, únicamente podrá embargarse y subastarse la

denegó el amparo a una usufructuaria cuyo derecho estaba inscrito con posterioridad a la hipoteca. El TC tampoco otorgó el amparo requerido en las SSTC 158/1997, de 2 de octubre; 174/1997, de 27 de octubre, 223/1997; de 4 de diciembre; 227/1997, de 15 de diciembre, y 42/1998, de 14 de febrero. No obstante, en estas sentencias nuestro Alto Tribunal –sin duda insatisfecho de que se resolviera el problema del desalojo de los terceros ocupantes de los inmuebles subastados en un juicio declarativo– apuntó la posibilidad de que fuera en el propio proceso de ejecución donde los ocupantes pudieran exhibir su título posesorio con objeto de que el Juez lo valorara a los solos efectos de su desalojo a consecuencia de la ejecución. Dicha sugerencia tuvo eco en nuestro legislador, consagrándose finalmente en los artículos 661 y 675 de la LEC.

⁷⁰ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales». *AC*. 1986- I. Pág. 1.333. ISAAC AGUILAR, A. «Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conyugal». *RCDI*. 1986. Pág. 1.732. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. «Protección legal de la vivienda familiar». *RCDI*. 1988. Pág. 1.612. LUCINI CASALES, A. «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado». Núm. 596. 1990. Pág. 100. GALVÁN ARIAS, J.R. «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial». *RJC*. 1992. Pág. 149 y ss. GARCÍA-MAURIÑO, S. y CARPIO FIESTAS, V. «Atribución de uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*». *AC*. 1994-1 Pág. 80 y ss. RODRÍGUEZ CHACÓN, R. «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar». *RDF*. Ed Lex Nova. Núm. 2. Enero. 1999. Pág. 27. MONDÉJAR PEÑA, M.I. «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10439)». *RdP*. Ed. Aranzadi. Núm. 8. 2002-1. Pág. 442. VV.AA. *Manual Jurídico de la familia*. La Ley. Madrid. 2003. Pág. V-106. CAMPUZANO TOMÉ, H. «Comentario a la STS de 22 de abril de 2004». *CCJC*. Núm. 67. Enero-abril. 2005. Pág. 176. MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. «El uso de la vivienda familiar atribuido al no titular en sentencia de nulidad, separación o divorcio como derecho personal». *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*. Ed. La Ley. 2006. LALEY 13399/2009.

⁷¹ A tenor de lo establecido en el artículo 525 del CC, «*los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título*», lo que también se puede aplicar al derecho de uso adjudicado a un cónyuge y a los hijos en un proceso de crisis matrimonial (cfr. ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Procesal Civil*. Thomson Aranzadi. 7.^a edición. Navarra. 2007. Pág. 777).

parte de vivienda que pertenezca al ejecutado⁷². En este supuesto, el otro cónyuge ostentará un derecho de retracto dada su condición de comunero, lo que conllevará la extinción del derecho de uso por confusión si adquiriese la vivienda.

En otro caso, es decir, si enajenada la vivienda en subasta la adquiriera un tercero, **procede preguntarse si el derecho de uso atribuido al excónyuge e hijos del ejecutado subsistirá tras la enajenación forzosa.**

En principio, y a pesar del carácter tuitivo del derecho de uso, no deja de ser una carga que grava el inmueble, por lo que deberá aplicarse la regla general que predicen los artículos 668.3.º y 674.2 de la LEC, de manera que si no figura en el Registro o si consta con posterioridad a la anotación preventiva de embargo deberá extinguirse (arts. 71 LH y 175.2.ª RH)⁷³, no siendo oponible a terceros de buena fe que hayan confiado en la exactitud del Registro⁷⁴. No obstante, el Tribunal Supremo⁷⁵ ha entendido procedente denegar al rematante en la subasta la posibilidad de ampararse en la presunción de exactitud registral, declarando subsistente el derecho de uso cuando –constando en el anuncio de la subasta la vivienda como libre de cargas– resultare probada su falta de buena fe y su conocimiento extrajudicial del derecho de uso adjudicado al cónyuge del ejecutado, ya que la buena fe no puede derivarse exclusivamente de la confianza en el Registro, sino que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales del sujeto que la alega.

Cuando el rematante o adjudicatario deba soportar el derecho de uso otorgado al excónyuge del ejecutado, no por ello quedará desprotegido, ya que dicho derecho presenta carácter temporal⁷⁶, extinguiéndose por la desaparición de las causas que motivaron su atribución judicial a uno de los

⁷² Resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 144.5 del RH para la práctica de la anotación preventiva de embargo de la vivienda familiar tanto pertenezca a un solo cónyuge como a ambos pro indiviso, por lo que si en el Registro figura el carácter familiar de la vivienda será necesario notificar al otro consorte el embargo de la parte de vivienda perteneciente al ejecutado, a menos que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene tal carácter (Cfr. MONDEJAR PEÑA, M.I. «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000». *Op. cit.* Pág. 445).

⁷³ La constancia registral del derecho de uso resulta posible al amparo de lo previsto en la legislación procesal en los artículos 727.6.º y 755.2 de la LEC y en la normativa registral en los artículos 2.2.º de la LH y 7 del RH (que permiten el acceso al Registro de la Propiedad de los títulos con trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifiquen alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles).

⁷⁴ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales». *AC.* 1986-I. Pág. 1.335.

CAMPUZANO TOMÉ, H. «Comentario a la STS de 22 de abril de 2004». *CCJC.* Núm. 67. Enero-abril. 2005. Pág. 181.

⁷⁵ STS de 4 de diciembre de 2000 (RAJ 10430), véase: CORTADA CORTIJO, N. «Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000. Anotación de embargo. Derecho de uso de la vivienda familiar. Mala fe del adquirente de esta en subasta judicial». *CCJC.* Abril-septiembre. Núm. 56. 2001. Pág. 609 y ss. MONDEJAR PEÑA, M.I. «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000». *Op. cit.* Pág. 440 y ss.

⁷⁶ En el caso de figurar inscrito el derecho de uso en el Registro, el asiento registral deberá indicar este carácter temporal, contingente y transitorio (Cfr. RUIZ RICO, J.A. «Asiento registral para constatar la atribución o determinación del uso de la vivienda familiar en nulidad, separación, divorcio en las distintas fases del procedimiento». *BCRE.* Agosto. Núm. 18. 1996. Pág. 1.762).

cónyuges⁷⁷ o por su reconciliación. Además, si la vivienda perteneciera a ambos cónyuges y solo se hubiera enajenado la parte de vivienda que pertenece al deudor, el rematante en la subasta podrá ejercitar la *actio communi dividundo*, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de uso en la nueva subasta derivada de dicho procedimiento⁷⁸.

X.2. Arrendatarios de viviendas subastadas por deudas del arrendador

La cuestión relativa a si se extinguen los contratos de arrendamiento por la enajenación forzosa del inmueble, tan solo se contempla expresamente respecto de los arrendamientos de vivienda en el artículo 13 de la LAU, de 24 de noviembre de 1994; si bien, su regulación adolece de defectos e imperfecciones que van a ser objeto de nuestro estudio a continuación.

El artículo 13 de la LAU dispone que si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por unas determinadas causas⁷⁹, entre las que se encuentran, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial⁸⁰, el arrendatario tiene derecho, en todo caso, a continuar el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años desde el contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario. En contratos de duración determinada superior a cinco años, si transcurridos los cinco primeros años, el derecho del arrendador quedara resuelto por las mismas causas, quedará extinguido el arrendamiento, salvo que el contrato haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso continuará el arrendador por la duración pactada.

⁷⁷ A estos efectos, se pueden considerar causas de extinción: la privación por decisión judicial de la guarda y custodia de los hijos o cuando dichos hijos dejen de estar en su compañía (aunque si existen varios hijos no afectará que alguno llegue a la mayoría de edad o se independice), la defunción del usuario, el contraer segundas nupcias o convivir maritalmente con otra persona (si el derecho de uso no se le atribuyó por tener los hijos en su compañía o si así se pactó expresamente en el convenio regulador), la falta de uso de la vivienda sin motivo razonable, su destrucción o expropiación, la renuncia del usuario, la desaparición de las causas que justificaron la atribución judicial o el cambio de fortuna de los cónyuges que den lugar a que el inicialmente beneficiario no sea el más necesitado de protección, etc. (Cf. ALBALADEJO, M. «Comentario al artículo 96». *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. EDESA. Madrid. 1982. Pág. 410. RODRÍGUEZ CHACÓN, R. «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar». *RDF*. Ed Lex Nova. Núm. 2. Enero. 1999. Pág. 34 y ss. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales». *Op. cit.* Pág. 1.338. FÉLIX BALLESTA, M.A. «Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio». *RJC*. 1985. Pág. 197. LUCINI CASALES, A. «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado». *RCDI*. Núm. 596. 1990. Pág. 114).

⁷⁸ SSTs de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10684), 20 de mayo de 1993 (RJ 1993/3807), 17 de julio de 1994 (RJ 1994/6439), 16 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9144).

⁷⁹ Las causas previstas en el artículo 13.1 de la LAU por las que puede llegar a resolverse el contrato de arrendamiento son: el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra. Respecto a las distintas opiniones esgrimidas por la doctrina acerca de si el artículo 13.1 enumera un *numerus clausus* de supuestos de resolución del derecho del arrendador o tan solo una lista ejemplificativa: cfr. GIRÁLDEZ BLANCO, J. «Oponibilidad del arrendamiento: los artículos 13, 14 y 29 de la LAU». *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales VIII: La Ley de Arrendamientos Urbanos. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Madrid. 1998. Pág. 224 y ss.

⁸⁰ Estimamos criticable que el artículo 13 establezca como un supuesto de resolución del derecho del arrendador «la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial», olvidando que un proceso de ejecución también puede tener su origen en otros títulos ejecutivos.

La regulación legal resulta imperfecta por varios motivos:

En primer lugar, el artículo 13 de la LAU —a diferencia de los Proyectos que le precedieron⁸¹— **concede el mismo tratamiento a los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo que a los anteriores siempre que no hubieren alcanzado cinco años desde que se concertaron**, lo que no resulta justo. La razón de dicha opción legal pudiera encontrarse en que el legislador de la LAU prefirió proteger a ultranza al arrendatario, siguiendo la tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo que respecto de los arrendamientos sometidos al Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964 venía propugnando el mantenimiento tras la subasta de los arrendamientos posteriores a la hipoteca sometidos a prórroga forzosa⁸². La verdad es que no se alcanza a comprender por qué la realización forzosa comporta la extinción de auténticos derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo y, por el contrario, no extingue los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad si son inferiores a cinco años⁸³. Además, el artículo 13.1 de la LAU se muestra categórico al respecto disponiendo que «*en todo caso*» continuará el arrendamiento de vivienda tras la enajenación forzosa hasta que se cumplan cinco años desde que se estipuló o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario; siendo que al menos **debería exceptuarse los supuestos en que el arrendamiento fuere fraudulento o simulado**⁸⁴.

En segundo lugar, **resulta criticable que transcurridos los cinco primeros años del contrato, el legislador tan solo proteja al arrendatario cuando su contrato haya accedido al Registro con anterioridad a la hipoteca o al embargo**, siendo que la tónica general es que los arrendamientos carezcan de publicidad registral. Además, no resulta adecuado que se otorgue la misma protección a los arrendamientos anteriores al embargo inscritos en el Registro de la Propiedad que a los posteriores a la traba pero que hayan accedido al Registro con anterioridad a la anotación preventiva de embargo, ya que en ambos casos a tenor de lo previsto en el artículo 13 de la LAU subsistirán por la duración pactada; no obstante, de conformidad con el artículo 587 de la LEC, el embargo existe desde que se acuerda con independencia de la adopción de medidas de garantía, por lo que al igual que no puede interponer una tercería de dominio el propietario del bien que lo ha adquirido tras el embargo pero antes de su anotación preventiva, se debería atender para proteger la posesión del

⁸¹ En el Proyecto de LAU de 1992, así como en el de 1994 se hablaba de arrendamientos otorgados por propietarios de finca hipotecada o que hubiera sido objeto de anotación registral de demanda o embargo, de lo que se deducía que la norma no comprendía los contratos de arrendamiento estipulados con anterioridad a la hipoteca o al embargo.

⁸² SSTs de 23 de febrero de 1991 (RJ 1991/1591), 6 de mayo de 1991 (RJ 1991/3566), 23 de junio de 1992 (RJ 1992/5467), 9 de mayo de 1996 (RJ 1996/3784) y 14 de junio de 1997 (RJ 1997/4658).

⁸³ RDGRN de 24 de febrero de 2000 (BOE 23 de marzo de 2000/RJ 2000/1048).

⁸⁴ Para probar dichas conductas fraudulentas hay que tener en cuenta ciertos factores como la cuantía o la propia existencia de una renta real, así como la fecha del arrendamiento, pues, aun siendo posterior a la hipoteca o al embargo, no es lo mismo que se estipule antes de su ejecución que una vez iniciado el procedimiento o incluso celebrada la subasta y pendiente todavía la posesión judicial (cfr. NUÑO DE LA ROSA AMORES, A.P. «Incidencias en ejecución de arrendamientos urbanos y otros problemas procesales». *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales VIII: La Ley de Arrendamientos Urbanos. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Madrid. 1998. Pág. 264).

arrendatario a si el contrato de arrendamiento ha sido concertado con anterioridad o posterioridad al embargo con independencia de su anotación preventiva ⁸⁵.

Finalmente, **resulta reprobable que la LAU, de 24 de noviembre de 1994, no prevea si los arrendamientos para uso distinto a vivienda se extinguen a consecuencia de la enajenación forzosa del inmueble** en una ejecución dirigida contra el arrendador, lo que origina inseguridad jurídica.

Bien es cierto que podría entenderse que resulta aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 13 de la LAU para los arrendamientos de vivienda ⁸⁶, pero dicha interpretación no resulta convincente dado que la tónica general de la LAU es dispensar mayor protección a los arrendamientos de vivienda.

Asimismo, también se defiende la aplicación por analogía del artículo 1.571 del CC ⁸⁷, el cual establece la extinción de los arrendamientos sometidos al CC a consecuencia de la resolución del derecho del arrendador, salvo pacto en contrario o lo dispuesto en la LH, pero dicha interpretación tampoco cuenta con argumentos de peso que la sostengan.

Además, se puede considerar aplicable lo que establece el artículo 29 de la LAU para las ventas no judiciales el cual dispone que «*El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*», pero dicha interpretación suscita el inconveniente de que un contrato de arrendamiento de un local de negocios de más de cinco años aunque no conste inscrito en el Registro puede subsistir tras la venta forzosa, mientras que un arrendamiento de vivienda en estas mismas circunstancias se extinguirá, lo que supone otorgar mayor protección a los arrendamientos para uso distinto de vivienda, pues el adquirente de la finca arrendada se subroga en los derechos y obligaciones del arrendador por el plazo pactado a menos que dicho adquirente sea de buena fe, es decir, desconozca el arrendamiento preexistente, lo que en una enajenación forzosa no tendrá lugar cuando el rematante conozca por el anuncio de la subasta la situación posesoria del inmueble.

La diversidad de interpretaciones posibles ⁸⁸ es un claro exponente de una cuestión no pacífica cuya resolución legal resulta imperante.

⁸⁵ Este problema difícilmente se planteará en los supuestos de fincas hipotecadas, pues la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo, ya que dicha carga tan solo cobra existencia desde el momento en que consta registralmente.

⁸⁶ En contra: cfr. SERRA I CAMÚS, M. «Finalización del arrendamiento urbano al extinguirse el derecho del usufructuario arrendador». *RJC*. T. III. 2003. Pág. 801. Este autor considera que el artículo 13 de la LAU no es aplicable a los arrendamientos para uso distinto de vivienda, porque al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.3 del mismo texto legal, tales arriendos se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título III de la LAU y, supletoriamente, por lo dispuesto en el CC.

⁸⁷ De esta opinión se muestra partidario: UCEDA OJEDA, J. «Comentario al artículo 661». *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Coordinadores FERNÁNDEZ- BALLESTEROS, M.A.; RIFÀ SOLER, J.M.; VALLS GOMBÁU, J.F. Iurgium Editores atelier. Barcelona. 2000. Pág. 3.047.

⁸⁸ Sobre este particular: cfr. FRANCO ARIAS, J. «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles». *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*. Ed. CGPJ Madrid. 1997. Pág. 106 y ss. y en «Problemática derivada de la posesión en la subasta judicial». *Justicia*. Núm. 1-2. 1998. Pág. 27.

XI. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA PARA MEJORAR LA REGULACIÓN DE LAS SUBASTAS

PRIMERA. Consideramos digno de crítica que ni la LEC ni la LH resuelvan el problema que surge cuando el rematante que ha constituido una hipoteca sobre el derecho de remate, ulteriormente no utilice el dinero que le ha sido prestado en el pago del precio del bien subastado, dado que el acreedor se quedará sin garantías de su crédito, lo que puede dificultar que las entidades bancarias otorguen préstamos en estas condiciones, por lo que se deberían prever ciertas garantías legales.

SEGUNDA. Se debería conceder una mayor publicidad a las subastas judiciales porque con la regulación actual en la mayoría de las ocasiones su publicación queda reducida al tablón de anuncios del Juzgado, lo que provoca que tan solo concurren a las mismas profesionales de las ventas judiciales («subasteros»), por lo que sería oportuno aprovechar el Portal de Subastas Judiciales creado por el Ministerio de Justicia para publicar todas las subastas judiciales y no solo aquellas en las que se puedan efectuar pujas electrónicas.

TERCERA. Se debería enmendar «la errata» contenida en el apartado cuarto del artículo 670 y en el artículo 671 de la LEC en que el legislador confunde impropiaamente el valor de liquidación con el valor de tasación, siendo que en las subastas de inmuebles o muebles inscribibles lo que debe tenerse en cuenta es el valor de liquidación del bien, *id est*, el de tasación menos los gravámenes anteriores subsistentes, no alcanzándose a comprender por qué en dichos preceptos el legislador se refiere al valor de tasación, pues el valor real del bien o valor líquido se halla descontándole las cargas que figuren en el Registro con anterioridad, de conformidad con el artículo 666 de la LEC.

CUARTA. Se debería establecer una cantidad mínima entre una y otra puja en aras de evitar que se puedan ir mejorando por cantidades de un euro o menos demorando en exceso el acto de la subasta. En la praxis algunos Secretarios Judiciales fijan una cantidad mínima de mejora entre una postura y la siguiente, lo que no siempre cuenta con el agrado de los licitadores debido a su falta de previsión legal.

QUINTA. Sería conveniente la grabación de las subastas, al igual que se graban los juicios y las vistas, pues pudiere ser útil a la hora de resolver el recurso contra el decreto aprobando el remate o una posible nulidad de actuaciones por hechos ocurridos en el propio acto de la subasta.

SEXTA. Se debería eliminar –por ser una solución anacrónica– la posibilidad de celebrar subastas simultáneas en Juzgados de distintos partidos judiciales (art. 673 LEC) con el riesgo de posturas iguales y con el trabajo añadido de tener que celebrar a posteriori una subasta dirimente. En su lugar, cuando los inmuebles objeto de subasta radicaren total o parcialmente en distintos partidos judiciales, se debería prever la posible asistencia de postores por medio de videoconferencia o por otros medios técnicos.

SÉPTIMA. Resultaría conveniente que el legislador en vez de denominar a la Sección 5.ª del Capítulo IV del Título IV del Libro III de la LEC «De la subasta de los bienes muebles» y a la Sec-

ción 6.^a del mismo Capítulo «De la subasta de bienes inmuebles», denominara a la Sección 5.^a *Subasta de bienes no inscribibles* y a la Sección 6.^a *Subasta de bienes inscribibles en registros públicos*, pues con la regulación actual resulta engañoso el epígrafe de la Sección 6.^a, ya que el artículo 655 que lo inicia prevé que también se aplica a los muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar a los inmuebles.

OCTAVA. Resulta reprobable que el legislador tan solo haya previsto notificar la fecha de la subasta al ejecutado, pues sería deseable su notificación al tercer poseedor –en tanto propietario actual del bien– así como al cónyuge del ejecutado si se subastaren bienes gananciales, pues aunque el artículo 541 de la LEC prevé notificar a este el embargo, desde el mismo hasta la subasta puede transcurrir un considerable lapso de tiempo que justifica poner en su conocimiento dicha circunstancia.

NOVENA. Sería oportuno que si el ejecutado hubiere incumplido el deber de comunicar su actual domicilio se estableciera la posibilidad de notificarle la subasta de bienes embargados directamente por edictos, pues así se viene realizando en las subastas de bienes hipotecados (art. 691.2 en relación con el art. 686.3 LEC). Asimismo, sería aconsejable que el artículo 667 de la LEC en vez de establecer que la notificación de la subasta se llevará a efecto «*en el domicilio que conste en el título ejecutivo*», dispusiera que se practicara *en el domicilio que conste en las actuaciones*, habida cuenta de que los títulos ejecutivos judiciales difícilmente contienen dicha información, más propia de los no judiciales, y aun en estos el ejecutado ha podido cambiar de domicilio a lo largo del proceso.

DÉCIMA. Cuando el ejecutante adquiera el bien subastado en pago de su crédito y este fuere un mueble no inscribible, carece de razón de ser que no se tasen las costas con carácter previo a reclamar, en su caso, al ejecutante el pago de la diferencia entre el valor por el que ha adquirido el bien y lo debido. A estos efectos, resultaría más adecuado que en el artículo 650.2 de la LEC se estableciera una previsión similar a la contenida para los inmuebles o muebles inscribibles en el artículo 670.2 de la LEC en que el Secretario Judicial procede a la liquidación no solo de lo debido por principal e intereses sino también de las costas y solo si el importe conjunto de estos conceptos es inferior al valor por el que el ejecutante ha adquirido el bien, deberá pagar la diferencia.

UNDÉCIMA. Consideraríamos oportuno que en caso de que el bien no se consiguiera vender en pública subasta y el ejecutante no se lo adjudicase en 20 días, no solo el ejecutado sino también los acreedores que tuvieran inscrito o anotado su derecho con posterioridad al gravamen que se ejecuta, tuvieran la posibilidad de solicitar el alzamiento del embargo, pues en otro caso se les aboca al más absoluto fracaso si pretendieren la enajenación forzosa de dicho bien reembargado.

DUODÉCIMA. Sería conveniente que el legislador estableciera expresamente el momento en que se deben hacer públicas las pujas presentadas en pliego cerrado, pues el artículo 648 de la LEC tan solo establece que el Secretario judicial debe abrir el pliego al inicio de la subasta, pero no cuándo debe leerlo, lo que ocasiona que en la praxis se adopten criterios discrepantes con la consiguiente inseguridad para los licitadores, pues en algunos Juzgados se leen al principio de la subasta, mientras que en otros al final o cuando corresponda según la cuantía ofrecida, posibilidad esta última que a nuestro juicio resulta más oportuna.

DECIMOTERCERA. En las subastas dimanantes de procesos de división de cosa común, se debería otorgar a ambas partes idénticos derechos, ya que todos los condueños se encuentran sujetos al fallo de la sentencia y pueden instar su ejecución, por lo que la LEC debería excepcionar los privilegios que en las subastas se conceden al ejecutante, dado que dicho estatus depende del hecho aleatorio de haber instado antes la ejecución que el contrario, no resultando justo que se concedan ciertos privilegios tan solo al comunero que se haya adelantado a instar la ejecución. Por consiguiente, no se debería eximir al ejecutante de consignar el 20 por 100 del valor de liquidación para intervenir en la subasta y se deberían conceder a todos los cotitulares del inmueble los mismos derechos procesales para adjudicarse el bien aunque en modo alguno dicha adjudicación podrá serlo *por la cantidad que se deba por todos los conceptos*, puesto que no existe deuda alguna que motive el proceso de ejecución.

DECIMOCUARTA. En nuestra opinión, sería oportuno que con anterioridad a la subasta se previera la necesidad de practicar las diligencias oportunas, tales como la personación de la Comisión Judicial o del Servicio Común en el inmueble objeto de subasta, para conocer si se encuentra ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y su familia, máxime teniendo en cuenta que dichos terceros pueden tener derecho a seguir poseyendo el inmueble tras la enajenación forzosa, ya que si bien los artículos 646.2 y 661.1 *in fine* de la LEC prescriben que en los edictos se ha de hacer constar, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble; sin embargo, no se contemplan mecanismos eficaces para conocer dicha información y las simples manifestaciones del ejecutado no siempre resultan fiables con el problema añadido de hacer constar en los edictos una información engañosa.

DECIMOQUINTA. Resulta criticable que en caso de que ocupen el inmueble terceros con derecho a seguir ocupando el inmueble tras la subasta no se prevea la posibilidad de reducir dicha «carga» del valor de tasación del inmueble a efectos de hallar el valor de liquidación, pues el artículo 666 de la LEC tan solo prevé el descuento del importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas; sin embargo, no resulta habitual que ciertos títulos de posesión, como los contratos de arrendamiento, consten inscritos en el Registro y aunque así fuera resulta harto difícil su valoración y la de otros derechos de posesión (como el uso otorgado al excónyuge del ejecutado sobre la vivienda familiar), a efectos de descontarlos del valor de tasación para hallar el valor de liquidación del inmueble, lo que obedece a que el legislador no establece las pautas adecuadas.

DECIMOSEXTA. La LAU no resuelve satisfactoriamente el problema relativo a la subsistencia del arrendamiento a consecuencia de la enajenación forzosa del inmueble, pues además de olvidar regular una solución para los arrendamientos para uso distinto a vivienda, resulta reprochable que en caso de viviendas conceda el mismo tratamiento a los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo que a los anteriores siempre que no hubieren alcanzado cinco años desde que se concertaron, pues en ambos casos subsisten hasta que se cumpla dicho plazo, lo que no se cohonestaba con la regla general de purga de las cargas posteriores al gravamen que se ejecuta, pudiendo franquear la puerta a conductas fraudulentas, concertando el deudor arrendamientos con familiares o amigos con objeto de simular una situación posesoria en aras de no perder la posesión sobre el inmueble.