



Roj: **AAP OU 235/2021 - ECLI:ES:APOU:2021:235A**

Id Cendoj: **32054370012021200041**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2021**

Nº de Recurso: **28/2020**

Nº de Resolución: **27/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL PILAR DOMINGUEZ COMESAÑA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

AUTO: 00027/2021

Modelo: N10300

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

32003 OURENSE

Teléfono: 988 687057/58/59/60 **Fax:** 988 687063

Correo electrónico: seccion1.ap.ourense@xustiza.gal

Equipo/usuario: MP

N.I.G. 32054 42 1 2008 0003888

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000028 /2020

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de OURENSE

Procedimiento de origen: ETJ EJECUCION DE TITULOS JUDICIALES 0000305 /2014

Recurrente: Agapito

Procurador: ISABEL MONICA QUINTAS RODRIGUEZ

Abogado: JORGE TEMES MONTES

Recurrido: Virginia

Procurador: FRANCISCO PEREZ PEREZ

Abogado: FRANCISCO JOSE PARADA VAZQUEZ

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas Dña. Josefa Otero Seivane, Presidenta, Dña. María José González Movilla y Dña. María del Pilar Domínguez Comesaña, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, el siguiente

A U T O NÚM. 27

En la ciudad de Ourense a nueve de marzo de dos mil veintiuno.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de ETJ número 305/2014 procedentes del Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Ourense, rollo de apelación núm. 28/2020, entre partes, como apelante/ejecutante, D. Agapito, representado por la procuradora D.ª Mónica Quintas Rodríguez, bajo la dirección del letrado D. Jorge Temes Montes, y, como parte apelado/



ejecutante, D.^a Virginia , representada por el procurador D. Francisco Pérez Pérez, bajo la dirección del letrado D. Francisco José Parada Vázquez.

Es ponente la Magistrada Doña María del Pilar Domínguez Comesaña.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de 1^a de Instancia Número 3 de Ourense, se dictó auto en las referidas actuaciones, en fecha 6 de noviembre de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "PARTE DISPOSITIVA: DESESTIMO el recurso de revisión interpuesto contra por la representación procesal de Agapito , y, en consecuencia, ACORDO mantener la resolución recorrida en sus términos" (sic).

Segundo.- Notificado el anterior auto a las partes, se interpuso por la representación de D. Agapito , recurso de apelación en ambos efectos, al que se opuso la representación procesal de Doña Virginia y, seguido el recurso por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Doña Virginia , presentó demanda de ejecución de título judicial a fin de dar efectividad a la sentencia de fecha dieciocho de febrero de 2011 dictada en los autos de JO 764/08 del Juzgado de Instancia 3 de Ourense, en la que se acordaba el cese del proindiviso existente entre los litigantes sobre el edificio señalado con el nº NUM000 de la CALLE000 de Ourense, procediéndose a su venta y adjudicación en pública subasta, repartiéndose luego entre los copropietarios el producto obtenido.

Como antecedentes relevantes para la resolución del presente recurso se destacan las siguientes actuaciones:

1º- No existe acuerdo entre los copropietarios acerca de las condiciones de la subasta, salvo en los siguientes puntos:

-admisión de licitadores extraños.

-tasación del edificio en 209.000 €.

-necesidad de exigir depósito a los licitadores "extraños" para participar en la subasta; si bien, las partes muestran disconformidad en cuanto al % del depósito, proponiendo un 10% del valor de tasación doña Virginia , y un 30% don Agapito .

-obligación de los copropietarios de responder por la evicción y saneamiento

-contribución a los gastos de la subasta, al 50% entre ambos copropietarios.

2º- Mediante escrito de fecha 18 de julio de 2018 doña Virginia propuso la venta directa del edificio presentando una oferta de compra por 200.000 € y solicitó que se procediese a sustituir la forma de ejecución de pública subasta por la venta directa. Don Agapito se opuso y solicitó el sobreseimiento de las actuaciones por entender que la actora había renunciado a la ejecución instada. Por Providencia de fecha catorce de febrero de 2019 se acuerda estar a lo dispuesto en el título que se ejecuta. Es decir, se rechaza la pretensión formulada por Doña Virginia de sustituir la ejecución mediante la pública subasta por la venta directa, acordando continuar con la venta en pública subasta como mecanismo de extinción del condominio. Contra dicha providencia se interpuso recurso de reposición al que no se dio trámite.

3º- Por Decreto de fecha 19 de febrero de 2019 se desestima el recurso de reposición interpuesto por el aquí apelante contra la D.O de 6 de sept de 2018. En dicho Decreto se acuerda, además de rechazar el recurso, sacar los bienes a pública subasta con las condiciones fijadas por las partes y subsidiariamente en la forma prevista en la LEC.

4º- Por D.O. de fecha 29.3.19 se requiere a las partes a fin de que aporten nota simple informativa respecto al bien inmueble a subastar con carácter previo a convocar a subasta por el tipo de subasta fijado por ambas partes en 209.000 euros, y estándose en lo demás a las condiciones fijadas por la LEC. Don Agapito solicita se complemente dicha resolución especificando las condiciones por las que se regirá la subasta. Al rechazarse la petición de complemento, don Agapito interpone recurso de reposición que es desestimado por Decreto de fecha 29 de abril de 2019. En dicha resolución la LAJ hace referencia al artículo 111 .4 de la Ley 15/15 de Jurisdicción Voluntaria y razona que "no aportando las partes el pliego de condiciones particulares con arreglo a las cuales haya de celebrarse la subasta, procede estar a lo dispuesto en la LEC"



5º- Por Auto de fecha 29.04.2019 se dicta orden general de ejecución del título, se tiene por ejecutante a doña Virginia y por ejecutado a Don Agapito y se acuerda "Requerir a las partes para que procedan a cumplir en sus propios términos lo que establece el título ejecutivo, esto es, "...el cese del proindiviso existente entre las partes sobre el edificio señalado.... Procediéndose a su venta en pública subasta, repartiéndose luego entre los copropietarios el producto obtenido..."

6º-Por Decreto de fecha 29.04.2019 se acuerda "Convocar la subasta el bien litigioso y una vez firme la presente resolución se anunciará en el BOE a través de la aplicación informática y en los términos legalmente establecidos.

7º.-Por D.O. de cinco de junio de 2019 se acuerda expedir el correspondiente edicto para su fijación en el Tablón de Anuncios del Juzgado y dar vista del mismo a las partes a los efectos oportunos.

8º- En dicho Edicto se fijan las condiciones de la subasta reproduciendo íntegramente lo dispuesto en los artículos 655 y siguientes de la LEC para la subasta de bienes inmuebles en supuestos de ejecución dineraria y por lo que aquí nos interesa se dispone que: - Los licitadores deben constituir un depósito del 5 % del valor de tasación para participar en la subasta. - El ejecutante solo puede tomar parte en la subasta si existen otros licitadores, pudiendo mejorar las posturas que se hicieren y se le dispensa de la obligación de constituir depósito alguno. Solo el ejecutante y acreedores posteriores pueden hacer posturas reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. El ejecutado podrá presentar un tercero que mejore la postura en el caso de que la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 % . El ejecutante podrá cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70 % y el ejecutado no presente mejor postor, podrá pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que sea superior a la mejor postura. Si no hubiere postores o en los supuestos que el LAJ deniegue la aprobación del remate, el ejecutante podrá pedir la adjudicación del bien por el 50% del valor o por la cantidad que se le deba.

9º-Mediante escrito de fecha 13 de junio de 2019, Don Agapito solicita la nulidad de la D.O y del edicto que fija las condiciones para la celebración de la subasta al amparo de lo establecido en el artículo 225 y 562 de la LEC, si bien articula la citada nulidad de actuaciones a través del recurso de reposición. En esencia alega que las condiciones fijadas en el edicto para la subasta contradicen el título ejecutivo y vulnera el principio procesal de igualdad de partes en el proceso.

10º- Por Decreto de fecha 3 de julio de 2019 la LAJ Desestima el recurso de reposición y acuerda mantener la D.O. y el Edicto.

11º- Contra dicho Decreto se interpuso por Don Agapito recurso de revisión reiterando la petición de nulidad de actuaciones; si bien interesando ahora la nulidad de actuaciones de todo lo actuado desde el 3 de abril de 2018.

12º.-Por Auto de fecha 6 de noviembre de 2019, la Magistrada Juez de Instancia 3 desestima el recurso de revisión y acuerda mantener la resolución recurrida. La Juzgadora alude al Decreto de la LAJ de fecha 29 de abril de 2019. Estima que se ha procedido conforme prevé la Ley 15/15 de la Jurisdicción voluntaria, que no existe desigualdad por cuanto se ha de adaptar la ejecución a las circunstancias de la división de la cosa común y que la LAJ no se ha extralimitado en sus funciones, por cuanto dictado el Auto de despacho de ejecución y al no existir acuerdo en las condiciones de la subasta, la continuidad de la ejecución corresponde a la LAJ.

Contra este Auto se interpone el presente recurso de apelación. Se alega incongruencia o contradicción interna de la resolución e infracción del artículo 218. 2 de la LEC por falta de motivación e indefensión y que las condiciones fijadas para celebrar la subasta que establece el edicto de 5 de junio de 2019 son contrarias al título ejecutivo y generan indefensión al recurrente. El apelante solicita se acuerde la nulidad del Auto despachando ejecución, por haber renunciado la ejecutante a la subasta; del decreto convocando la subasta y de las actuaciones posteriores.

La representación procesal de Doña Virginia , se opone al recurso de apelación y muestra conformidad con la resolución recurrida. Alega que del Decreto convocando la subasta se infiere que la subasta se convocará conforme a las normas de la LEC por lo que al no recurrir el apelante el citado Decreto, el mismo ha devenido firme. En cuanto a la cuestión de fondo suscitada, entiende que la Ley 15/15 no resulta de aplicación al tratarse de un procedimiento de apremio y que la subasta ha de regirse por las normas de la LEC y en relación a la renuncia a la subasta, reitera que la ejecutante no renunció a la ejecución, por todo ello solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso de apelación.

No es aplicable el artículo 454 bis párrafo 3º de la LEC que dispone que contra el auto resolviendo el recurso de revisión sólo cabrá recurso de apelación cuando ponga fin al procedimiento o impida su continuación, circunstancia que aquí no concurre.



Resultan aplicables los artículos 562 y 563 de la LEC. Conforme a estos preceptos con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado, las personas que sean partes en la ejecución podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos de ejecución por medio de los recursos de reposición, si la infracción constara o se cometiera en resolución del Tribunal de la ejecución o del LAJ. Por medio del recurso de apelación en los casos que expresamente prevea esta Ley. Mediante escrito dirigido al Tribunal si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. Si se alegare ante el/la LAJ que la infracción entraña nulidad de actuaciones éste/a dará cuenta al Tribunal que autorizó la ejecución para que resuelva sobre la misma.

Por su parte el artículo 563 de la LEC dispone que cuando habiéndose despachado ejecución en virtud de sentencia o resolución judicial, y se provea en contradicción con el título ejecutivo, la parte ejecutada podrá interponer recurso de reposición y, si se desestimare, de apelación. En este precepto, apartado 1 párrafo 2º, se indica que si la resolución contraria al título ejecutivo fuera dictada por el/la LAJ, previa reposición, cabrá contra ella recurso de revisión ante el Tribunal y, si fuera desestimado, recurso de apelación.

En el supuesto de autos, don Agapito denunció que las condiciones de la subasta incluidas en el edicto cuya publicación acuerda la D.O de 5 de junio de 2019, contradicen la sentencia objeto de ejecución, por lo que contra el Auto que resolvió el recurso de revisión, cabe recurso de apelación.

TERCERO.- Entrando ya en el examen del recurso, ha de precisarse que la pretensión relativa a la nulidad del Auto despachando ejecución, por haber renunciado la ejecutante a la subasta es, además de extemporánea, improcedente. El citado auto adquirió firmeza al no ser impugnado por el ahora apelante. La pretensión de nulidad del Auto fue introducida extemporáneamente por el aquí apelante al interponer el recurso de revisión contra el Decreto de la LAJ de fecha 3 de julio de 2019, desestimatorio del recurso de reposición. En el recurso de reposición la representación procesal de Don Agapito solicitaba únicamente la nulidad de la D.O. de 5 de junio y del Edicto que fijaba las condiciones de la subasta por ser contrarias al título ejecutivo.

En cualquier caso, indicar que Doña Virginia no renunció al despacho de ejecución, sino que propuso en su momento que la venta en pública subasta se sustituyera por la venta directa al comprador por ella presentado, pretensión que fue rechazada por el Tribunal de Instancia.

La cuestión que realmente constituye el objeto del recurso es la relativa a la nulidad de las condiciones de la subasta recogidas en el edicto cuya publicación acuerda la D.O. de 5 de junio de 2019.

En relación a dicha cuestión la Sala no comparte el criterio de la Magistrada a quo.

No puede entenderse que dichas condiciones quedaron fijadas en el Decreto de fecha veintinueve de abril de 2019. Dicho Decreto al igual que la D.O. de fecha 29 de marzo de 2019, se dictó antes del despacho de ejecución por lo que no pueden regular las condiciones de una medida ejecutiva que dimana del citado Auto. Tampoco puede entenderse que una referencia a la aplicación con carácter supletorio de la LEC, equivalga a fijación de las concretas medidas que deban regir la subasta litigiosa. Al margen de ello en el escrito de fecha 5 de abril de 2019, la representación procesal de Don Agapito solicitaba la nulidad de la D.O de fecha 29 de marzo de 2019 que anunciaba la convocatoria de la subasta por el tipo fijado por ambas partes y estándose en lo demás a las condiciones fijadas por la LEC, al entender que dicha remisión vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva y le generaba indefensión. De dicha pretensión no se dio cuenta a la Juzgadora. La resolución de dicha pretensión, excede del ámbito de actuación de la LAJ, correspondiendo su resolución a la Magistrada-juez, por lo que el citado Decreto sería nulo de pleno derecho.

El apelante tiene conocimiento de las concretas condiciones conforme a las cuales se va a subastar el inmueble, cuando se le notifica la D.O. de 5 de junio de 2019 y se le da traslado del edicto. Las condiciones de la subasta no pueden fijarse en un edicto. El edicto no es una resolución sino un medio de comunicación de una resolución.

No es objeto de esta resolución dilucidar a quien corresponde la fijación de las condiciones de la subasta si al Juzgador o al LAJ. A falta de regulación expresa del procedimiento para la ejecución de sentencias que acuerdan poner fin al proindiviso mediante la venta en pública subasta del bien, ambas tesis son defendibles. Cabría aplicar por analogía el artículo 708.2 de la LEC, en cuyo caso, el Juez oídas las partes fijaría las condiciones conforme a los cuales debe venderse en pública subasta el bien inmueble. O bien, podría admitirse que sea el LAJ quien, oídas las partes, fije las citadas condiciones en el Decreto convocando la subasta o en otra resolución semejante, quedando a salvo el derecho de las partes a recurrir.

Lo realmente relevante es que tratándose de subastas para poner fin al proindiviso no cabe una aplicación analógica "en bloque" del procedimiento establecido en la LEC para la subasta de bienes inmuebles en supuestos de ejecución dineraria. El artículo 4 del Código Civil permite la aplicación analógica de las leyes cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie



identidad de razón. La regulación que los artículos 643 a 672 efectúa de las subastas judiciales está pensada para supuestos de ejecución dineraria cuyo objetivo es satisfacer el crédito del acreedor. En el supuesto de subastas para poner fin a la indivisión la venta del inmueble se hace para repartir el dinero entre los copropietarios, no pagar una deuda. La falta de equivalencia entre la posición de acreedor/ejecutante y copropietario que insta la ejecución de la sentencia y entre deudor/ejecutado y copropietario frente a quien se insta la ejecución, impide la aplicación analógica de ciertos preceptos de la LEC reguladores de la subasta, ya que frustran la finalidad de la ejecución y quiebran el principio de igualdad entre las partes, ambos copropietarios (en el caso de autos al 50%) o simplemente resultan inaplicables ante la ausencia de crédito/deuda.

Por otro lado tampoco resulta de aplicación la Ley 15/ 15 de la Jurisdicción voluntaria. Dicha Ley sería aplicable si ambas partes hubiesen mostrado su disposición a cumplir voluntariamente la sentencia solicitando la subasta voluntaria del inmueble. En el supuesto de autos el cumplimiento voluntario de la sentencia ha quedado descartado, razón por la cual se instó y despachó la ejecución judicial. Al margen de ello la remisión de dicha Ley efectúa a la LEC es simplemente en cuanto a la forma de la Subasta, no en cuanto a las condiciones de la misma.

Teniendo en cuenta las peculiaridades de esta ejecución, las condiciones de la subasta que el órgano judicial fije en aquellos puntos sobre los que no exista acuerdo entre las partes, han de preservar el principio de igualdad entre los copropietarios por lo que ambos han de gozar de los mismos beneficios (a título de ejemplo: exención de la obligación de constituir depósito para participar en la subasta, posibilidad de presentar tercero que mejore la postura, posibilidad de ceder el remate, posibilidad de adjudicarse el inmueble ante la ausencia de postores, etc.). En segundo lugar las condiciones que se fijan han de ir dirigidas a garantizar la venta del inmueble, a evitar la quiebra de la subasta y a la obtención del precio más alto posible, ya que ello redundará en beneficio de ambas partes (razón por la cual es frecuente que se permita que los copropietarios participen en la subasta aun cuando no existan otros licitadores, o que puedan presentar terceros que mejoren la postura (sin aplicación de los límites del artículo 670 de la LEC o que la puedan mejorar ellos mismos, o que puedan adjudicarse el inmueble en los supuestos de ausencia de postores sin sujeción a los límites del artículo 671 de la LEC, o incluso la posibilidad de establecer subastillas entre ellos).

La resolución recurrida pese a que acertadamente razona que la aplicación de las normas de la LEC ha de acomodarse a las concretas circunstancias de este tipo de ejecuciones, resuelve en contradicción con este razonamiento al convalidar el Decreto de fecha 3 de julio de 2019 que a su vez valida las condiciones de la subasta fijadas en el edicto que reproducen de forma literal las condiciones que fija la LEC para los supuestos de ejecución dineraria. El auto incurre en vicio de incongruencia interna, contraría el título de ejecución y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del actor en su dimensión de derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada al convalidar una aplicación analógica de la ley a un supuesto que no presenta identidad de razón.

Por lo expuesto procede acoger el recurso de apelación interpuesto y revocar el Auto recurrido y en su lugar se acuerda estimar el recurso de revisión interpuesto contra el Decreto de fecha tres de julio de 2019 y acogiendo el recurso de reposición interpuesto contra el mismo se deja sin efecto la D.O. de fecha 5 de junio de 2019 y el edicto en el que se fijan las condiciones de la subasta y se retrotraen las actuaciones al momento del dictado del Decreto de fecha 29.04.2019, por el que se convoca la subasta, a fin de que se complete el mismo fijando unas condiciones de la subasta acordes a la naturaleza del título ejecutivo y que preserven el principio de igualdad entre los copropietarios .

CUARTO.- No se efectúa expresa imposición de las costas del recurso en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC.

III - PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda: Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Agapito contra el Auto dictado el día 6 de noviembre de 2019, por el Juzgado de Instancia Número 3 de Ourense en autos ETJ 305/2014 -rollo de Sala 28/2020-, que se revoca y en su lugar se acuerda estimar el recurso de revisión interpuesto contra el Decreto de fecha 3 de julio de 2019 que se revoca y acogiendo el recurso de reposición interpuesto contra el mismo se deja sin efecto la D.O. de fecha 5 de junio de 2019 y el edicto en el que se fijan las condiciones de la subasta y se retrotraen las actuaciones al momento del dictado del Decreto de fecha 29.04.2019, por el que se convoca la subasta, a fin de que se complemente el mismo fijando las condiciones de la subasta acordes a la naturaleza del título ejecutivo y que preserven el principio de igualdad entre los copropietarios.

No se efectúa expresa imposición de las costas del recurso.



Se decreta la devolución del depósito constituido para apelar.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por este auto, del que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ