



Roj: **SAP CA 1479/2000 - ECLI:ES:APCA:2000:1479**

Id Cendoj: **11012370012000100380**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **1**

Fecha: **22/04/2000**

Nº de Recurso: **9/2000**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FERNANDO FRANCISCO RODRIGUEZ DE SANABRIA MESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

SECCION PRIMERA

SENTENCIA

Ilustrísimos Señores

PRESIDENTE

Doña Rosa Fernández Núñez

MAGISTRADOS

Don Fernando Fco Rodríguez de Sanabria Mesa

Don Pedro Marcelino Rodríguez Rosales

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA

La Línea núm. Dos

Menor Cuantía 279/97

ROLLO DE SALA 9/2000

En Cádiz, a veintidós de abril del dos mil.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, integrada por los Ilmos. Srs del margen, ha visto el Rollo de Apelación de la referencia, formado para ver y fallar la formulada contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de La Línea núm. Dos y en el Juicio de menor cuantía seguido en el mismo bajo el número 279/97 .

En concepto de apelante, ha comparecido el Procurador Sra. Jaén Sánchez de la Campa, en nombre y representación de D. Héctor y Gerilinea S.L., haciéndolo bajo la dirección jurídica del Letrado Sr. Campmany.

Como apelado ha comparecido el Procurador Sr. García Agulló, que lo hizo en nombre de Caja de Ahorros y Monte de Pieda de Córdoba con la asistencia del letrado Sr. Beltrami de Grado.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Fernando Fco Rodríguez de Sanabria Mesa, conforme al turno establecido.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia La Línea núm. Dos se dictó con fecha 28 de octubre de 1.999 Sentencia en los autos de juicio de menor cuantía cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:

"Que desestimando las excepciones de falta de personalidad del demandante y litisconsorcio pasivo necesario, alegadas por el Procurador D. José María Aldana Almagro, en nombre y representación de Caja de Ahorros



y Monte de Piedad de Córdoba (CAJASUR), y desestimando la demanda sobre nulidad de procedimiento de ejecución hipotecaria, interpuesta por el procurador D. Juan Carlos Enciso Golt, en nombre y representación de D. Héctor , y GERILINEA S.L., contra los primeros, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos de la actora imponiendo a ésta el pago de las costas procesales. "

Notificada dicha resolución, se interpuso contra la misma recurso de apelación por la representación de D. Héctor y Gerilínea S.L., el cual una vez admitido se remitieron, previo emplazamiento de las partes, a esta Audiencia Provincial de los autos.

SEGUNDO.- Recibidos los mismos se formó el oportuno rollo y tras la tramitación legal, se señaló la correspondiente vista, celebrándose en el día y hora señalado al efecto con la asistencia de las partes.

TERCERO.- Cumplido lo anterior, y reunida la Sala al efecto, queda votada la Sentencia acordándose el Fallo que se expresará.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS.

PRIMERO.- Considera la parte actora que el Juez a quo ha incurrido en un error en la apreciación y valoración de la prueba practicada, lo que le ha llevado al dictado de una sentencia desestimatoria de las pretensiones deducidas en la demanda, por lo que solicita en esta alzada, reproduciendo las alegaciones y fundamentos jurídicos de su demanda, se dicte nueva resolución en la que, revocando la dictada en la instancia, se estime íntegramente las pretensiones deducidas en aquella. El apelante, por su parte, insta la íntegra confirmación de la Sentencia atacada, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada al apelante.

SEGUNDO.- Reitera la parte apelante en esta alzada los mismos motivos de nulidad del juicio de ejecución hipotecaria seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de La Línea bajo el núm. 2/93 y ello en base a una supuesta infracción de las reglas 3ª y 5ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria , pues, como tercer poseedor de la finca ejecutada, no se le requirió de pago, ni se le comunicó las fechas de la subastas. El recurso ha de ser desestimado, asumiendo esta Sala en su integridad, y dando por reproducidos los acertados fundamentos jurídicos de la resolución impugnada.

El punto tercero de la regla 3ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria establece que con el escrito inicial se aportará el acta notarial de haberse requerido de pago con diez días de anticipación, cuando menos, al deudor, y también al tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble.

Ciertamente existe una polémica doctrinal en orden a la expresión tercer poseedor utilizada por dicho precepto, ya que el Código Civil ni la legislación hipotecaria contiene un precepto referente al concepto de tercer poseedor, al que sin embargo sí se refieren en diferentes preceptos en relación con el bien gravado con una hipoteca (artículos 126, 112 o 134.1 de la Ley Hipotecaria), aludiendo a una relación de poder o posesión de este tercero con el bien hipotecado, no obstante, no cualquier poseedor goza de las ventajas que la Ley Hipotecaria otorga al tercer poseedor. Según la doctrina tercer poseedor en nuestro ordenamiento jurídico es quien aparece como nuevo "dueño» o propietario de un bien o derecho real, con posterioridad a la constitución de una carga hipotecaria que lo grave, convirtiéndose en nuevo propietario pero perviviendo la carga hipotecaria antes constituida (artículo 38 párrafo 4.º de la Ley Hipotecaria), teniendo también la consideración de tercer poseedor otros terceros adquirentes de derechos a los que se refiere el artículo 134 de la citada Ley y que serían los adquirentes de un derecho real de usufructo sobre una finca ya hipotecada; el adquirente del dominio útil del inmueble gravado, el adquirente del dominio directo del bien hipotecado o de la nuda propiedad hipotecada. Partiendo de lo expuesto, y pese a la dicción del concepto tercer poseedor, lo cierto es que éste, a efectos hipotecarios, es un tercer adquirente del derecho real gravado, o de cualquiera de los derechos a que se refiere el art. 134.2 de la Ley Hipotecaria , no siendo necesaria la posesión inmediata del bien por él mismo. En base a lo expuesto, no puede ser considerado ni tiene el carácter de tercer poseedor al que se refiere y protege la legislación hipotecaria quien, como arrendatario, ocupa un inmueble gravado con una hipoteca, cuya ejecución se insta, por lo que ninguna notificación a los efectos previstos en las reglas 3.ª y 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria deben efectuársele al mismo, ya que los requerimientos a que se refieren las reglas citadas deben efectuarse al deudor o tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble.

No obstante lo anterior, y aún en el supuesto de que pudiera considerarse, como mantiene la parte apelante, que el arrendatario es un tercer poseedor al que deben realizarse los requerimientos y notificaciones previstas en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria , lo cierto es que para que pueda exigirse el requerimiento de pago al tercer poseedor es preciso que este hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble de forma que, cuando no consta esta comunicación, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1.987



no constando acreditado ese conocimiento, el Juzgado cumplió con la regla cuarta en su primer extremo y con la regla quinta del artículo 131 limitando los requerimientos de pago a quienes figuraban en la Certificación de cargas a que en tales preceptos se hace referencia; no constando en los mismos la adquisición por parte del hoy apelante. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de noviembre de 1.990 establece no se olvide que la regla 3ª, 3º que dice infringida se refiere al tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiera acreditado al acreedor la adquisición de la finca. Faltando tal requisito, en modo alguno puede exigírsele al acreedor la realización de requerimientos a terceros poseedores cuya existencia desconoce, ya que el recurrente en ningún momento inscribió el derecho que alega ostentar (no de adquisición de la finca sino arrendaticios), ni comunicó al acreedor ser titular de derecho alguno sobre la finca. Aunque esta comunicación no ha de ser expresa, como reconoce el Tribunal Constitucional (Sentencia 148/88, de 14 de julio), al menos, el tercer poseedor deberá acreditar fehacientemente que la entidad ejecutante conocía real y efectivamente la existencia del mismo; extremo que no logró acreditar el apelante, por lo que no cabe declarar la nulidad de actuaciones pretendida.

Por otra parte, como se hace constar por el Juzgador a quo en el fundamento jurídico segundo de la resolución impugnada, precisamente la resolución acordando el señalamiento de las subastas y fijándose día y hora de las mismas, fue notificada personalmente al Sr. Héctor con fecha 19 de octubre de 1.995; pues pese a que el mismo lo negó en el acto de la vista, consta, al folio 420, que efectivamente se le notificó, efectuándose tres notificaciones dos de ellas dirigidas a los deudores D. Luis y Dña. Beatriz y una tercera como arrendatario, por lo que el mismo tenía, en todo caso, conocimiento del procedimiento, así como de las fechas y condiciones de las subastas por lo que no puede decirse que haya sufrido indefensión, al haberse demostrado que tuvo medios directos e indirectos para conocer el procedimiento sumario contra la finca y por ello haber podido utilizar los remedios procesales oportunos (Sentencia del Tribunal Constitucional 4 de julio de 1.995 y del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1.997).

TERCERO.- El segundo punto del recurso se contrae a la declaración, por parte del Juzgador a quo, de inexistencia de un contrato de arrendamiento sobre la finca en su día subastada; motivo que, al igual que el anterior ha de ser desestimado en su integridad ya que no puede olvidarse que, precisamente corresponde al apelante la acreditación de la existencia del contrato de arrendamiento alegado, de forma que, la ausencia de prueba al respecto solo a él podrá perjudicar conforme a lo dispuesto en el artículo 1214 del Código Civil y doctrina jurisprudencia] que lo desarrolla y, en este sentido, pese a la abundante documentación aportada en su momento por el actor con la demanda (recibos expedidos unos a su nombre y otros a nombre de Gloria , folios 10, 11 52, 53, 62 a 79, etc. otros a nombre de Franco , Hostal Residencia Granada, Gerilinea, etc.), confundiéndose en un mismo espacio temporal facturas a nombre de una u otra entidad, así por ejemplo el 29/3/96 se extiende una factura a nombre de Residencia Granada (folio 150), el 21/03/96 a nombre de Gerilinea S.L. (folio 145), el 18/3/96 a nombre de Gloria (folio 147); el 5/6/96 se emiten dos una a nombre de Residencia de Ancianos Granada (folio 150) y otra a nombre de Gerilinea S.L. (Folio 151), etc. si bien, pese a todo ello, en ningún momento se ha acreditado la existencia del alegado contrato de arrendamiento, el cual no solo no consta inscrito en el Registro, sino que ni siquiera consta documentalmente, e incluso ni siquiera se ha propuesto como testigo al anterior propietario a fin de que pudiera manifestarse sobre la realidad, existencia y demás datos concernientes a ese supuesto contrato. Además, no se aportan los recibos de haber satisfecho renta alguna por ese supuesto arrendamiento, al margen de los referidos al año 1.995 (folios 264 y ss.), en todo caso muy posteriores tanto al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria (1.993), e incluso a los requerimientos efectuados a los deudores (el 23 de abril de 1.993 se efectuó a la entidad Sangyll S.A., folio 369; mientras que en mayo de 1.994 se efectuó a D. Luis y Dña. Beatriz , folio 374)); requerimiento que ya en dicha fecha se efectúa en el domicilio de la finca hipotecada, sita en C/ DIRECCION000 núm. NUM000 , sin que por la persona que recibió el requerimiento se hiciera alegación alguna respecto a la ocupación de la misma, en concepto de arrendatarios por los apelantes. En definitiva, ni se ha acreditado que el Sr. Héctor fuera el arrendatario de la finca, ni que el mismo hubiera cedido sus derechos a Gerilinea S.L., extremo éste que el mismo reconoció en su propia confesión Folios 710 y 711);por lo que, como ya se adelantó, procede desestimar el recurso en su integridad, confirmando la resolución impugnada por sus propios y acertados fundamentos.

CUARTO.- Por imperativo legal, en el caso de Fallo confirmatorio de la resolución apelada se impondrán las costas al apelante, salvo que se aprecien circunstancias excepcionales que aconsejen su no imposición, extremo que no concurre en este caso.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación

III.- FALLAMOS



PRIMERO.- Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el Recurso de Apelación sostenido en esta Instancia por el Procurador Sra. Jaén Sánchez de la Campa en nombre de D. Héctor y Gerilínea S.L., contra la Sentencia de fecha 28 de octubre de 1.999, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de La Línea núm. Dos en el Juicio de menor cuantía seguido en el mismo bajo el número 279/97 , CONFIRMÁNDOLA INTEGRAMENTE.

SEGUNDO.- Imponemos a la parte apelante las costas procesales causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ