

## EDJ 1998/3142

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 4-5-1998, nº 402/1998, rec. 639/1994

Pte: Almagro Nosete, José

### Resumen

*El TS deroga el segundo párrafo del art. 129 LH, relativo al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, así como de los arts. 234 a 236 Rgto. Hipotecario. Considera que no se respeta en dichos preceptos la atribución constitucional de la titularidad de la potestad de ejecución con carácter exclusivo a los propios órganos judiciales, sin que la función notarial pueda sustituir a la estrictamente jurisdiccional. También se apoya en la contradicción existente con el art. 24,1 CE, pues no se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, al tener las causas de oposición admitidas menos amplitud que en el caso de la ejecución judicial.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.24.1 , art.117

D de 14 febrero 1947. Reglamento Hipotecario  
art.236

D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria  
art.129.2 , art.131 , art.132 , art.221

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.128 , art.1872 , art.1964

RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil  
art.411 , art.418

### ÍNDICE

|                              |   |
|------------------------------|---|
| ANTECEDENTES DE HECHO .....  | 2 |
| FUNDAMENTOS DE DERECHO ..... | 3 |
| FALLO .....                  | 5 |

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### GARANTÍAS REALES

##### HIPOTECA

Otras cuestiones

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.236 de D de 14 febrero 1947. Reglamento Hipotecario

Aplica art.129.2, art.131, art.132, art.221 de D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria

Aplica art.128, art.1872, art.1964 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Aplica art.411, art.418 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

Cita RD 290/1992 de 27 marzo 1992

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita D de 14 febrero 1947. Reglamento Hipotecario

Cita D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre ANOTACIÓN PREVENTIVA - OTRAS ANOTACIONES por SAP Madrid de 27 mayo 2004 (J2004/123273)

Citada en el mismo sentido sobre FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Constitucional por STS Sala 1ª de 13 diciembre 2005 (J2005/225519)

Citada en el mismo sentido por AAP Madrid de 5 septiembre 2005 (J2005/307361)

Citada en el mismo sentido sobre GARANTÍAS REALES - HIPOTECA - Procedimiento del art. 129 LH - En general por SAP Málaga de 17 febrero 2005 (J2005/73996)

Citada en el mismo sentido por STC Pleno de 6 julio 2006 (J2006/105160)

Citada en el mismo sentido sobre GARANTÍAS REALES - HIPOTECA - Crédito hipotecario por STS Sala 1ª de 25 enero 2006 (J2006/3939)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 12 junio 2007 (J2007/132795)  
Citada en el mismo sentido por STC Sala 1ª de 12 marzo 2007 (J2007/15742)  
Citada en el mismo sentido por ATS Sala 1ª de 18 septiembre 2007 (J2007/163467)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 10 octubre 2007 (J2007/175198)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 14 julio 2008 (J2008/124042)  
Citada en el mismo sentido sobre GARANTÍAS REALES - HIPOTECA - Procedimiento del art. 129 LH - Venta extrajudicial por STS Sala 1ª de 25 mayo 2009 (J2009/120214)  
Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 19 enero 2009 (J2009/65064)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 4 mayo 2010 (J2010/161249)  
Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 16 enero 2012 (J2012/94386)  
Cita STC Pleno de 25 marzo 1993 (J1993/2982)  
Cita ATC Pleno de 15 enero 1991 (J1991/12468)  
Cita STC Sala 2ª de 14 enero 1991 (J1991/245)  
Cita STC Pleno de 16 diciembre 1987 (J1987/198)  
Cita STC Sala 2ª de 28 octubre 1987 (J1987/167)

### Bibliografía

Citada en "Importantes novedades introducidas por la nueva Ley de venta a plazos de bienes muebles"  
Citada en "Regulación del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico"  
Citada en "Comentarios sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el crédito hipotecario y su ejecución"  
Citada en "La constitucionalidad del procedimiento hipotecario extrajudicial. El valor de la jurisprudencia"

En la Villa de Madrid, a cuatro de Mayo de mil novecientos noventa y ocho. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Onteniente, sobre oposición a procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria y nulidad de actuaciones procedimentales, cuyo recurso fue interpuesto por Don Juan representado por el procurador de los tribunales Don Guillermo Orbeago Arechavala, en el que es recurrido Don Jesús quien no ha comparecido ante este Tribunal Supremo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Onteniente, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de Don Juan contra Don Jesús, sobre oposición a procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria y nulidad de actuaciones procedimentales.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia estimatoria de la demanda, declarando la nulidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria que sigue en la notaría de Doña Mª Sagrario Alvarez Giménez conforme a las actas 894-91 y 944-91 de su protocolo, con costas al demandado.

Admitida a trámite la demanda el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimando la demanda y se procediera a levantar la suspensión que pesaba sobre el procedimiento extrajudicial hipotecario, decretando su continuación en el momento en que fue suspendido, sin tener que repetir los trámites realizados, y para ello se solicitaba se levantara la suspensión, remitiendo oficio al Sr. Registrador de la Propiedad de Albaida, y asimismo a la notario de Albaida, Doña Sagrario Alvarez Jiménez, para que pueda seguir con el procedimiento ya iniciado en su día y todo ello con imposición de costas al actor.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 13 de noviembre de 1992, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que desestimando como desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la procurador Doña Mercedes Pascual Revert en nombre de Don Juan en el presente juicio declarativo de ejecución hipotecaria y nulidad de actuaciones procedimentales, contra Don Jesús, representado por la procuradora Doña Virtudes Mataix Ferre, debo absolver y absuelvo a éste último de las pretensiones en su contra efectuadas, procediéndose -firme esta resolución- a levantar la suspensión acordada en su día sobre dicho procedimiento, por auto de fecha doce de febrero del año en curso, continuándose con el procedimiento ya incoado en su día de ejecución extrajudicial hipotecario, y ello con expresa imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, dictó sentencia con fecha 4 de febrero de 1994, cuyo fallo es como sigue:

"Que, desestimando el recurso de apelación planteado contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de Onteniente, en autos de Juicio de Menor Cuantía número 60/92, debemos confirmarla y la confirmamos e imponemos al apelante las costas de esta alzada".

TERCERO.- El procurador Don Guillermo Orbeago Arechavala, que sustituyó a la procuradora Doña Sonia Salvador Amores, en representación de Don Juan, formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 5º, apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente, 6/1995 de 1 de julio por infracción de preceptos constitucionales.

Segundo.- Articulado por la vía del núm. 2º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tercero.- Fundado en el núm. 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate.

CUARTO.- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 20 de abril de 1998, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formula el recurrente el primer motivo casacional, bajo el amparo del artículo 5-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , con apoyo en las infracciones que denuncia de los artículos 117-3 EDL 1978/3879 , 24-1 EDL 1978/3879 y 9-3 de la vigente Constitución Española EDL 1978/3879 . En síntesis, considera que el procedimiento extrajudicial del artículo 129 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 y de los artículos 234 y siguientes de su Reglamento EDL 1947/13 , como tales normas preconstitucionales, contrarias a las exigencias y garantías que de los referidos preceptos constitucionales derivan, se hallan afectadas por la disposición derogatoria tercera de la Constitución EDL 1978/3879 , lo que supone que se ha seguido un procedimiento inconstitucional de ejecución hipotecaria, que, consecuentemente, está viciado de nulidad radical.

SEGUNDO.- Tratándose, en efecto, de leyes preconstitucionales, como la Constitución EDL 1978/3879 es ley superior y posterior, los Jueces y Tribunales pueden, si entienden que son contrarias a alguna norma fundamental, inaplicarlas al caso, al considerarlas derogadas, sin que sea necesario promover la "cuestión de constitucionalidad", a diferencia de lo que ocurre con las leyes o normas, con rango de ley, postconstitucionales, cuya legitimidad constitucional monopoliza el Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 4/1991 EDJ 1991/245 , 14/1991 EDJ 1991/12468 y 109/1993 EDJ 1993/2982 , entre otras). En el caso que examinamos, la única norma con rango de ley concernida es el párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 (Texto refundido de 8 de febrero de 1946 EDL 1946/59 , con fundamento en la Ley de 30 de diciembre de 1944) que, fuera del ejercicio de la "acción hipotecaria", sujetándose al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de la misma ley EDL 1946/59 , permite, además, que "en la escritura de constitución de la hipoteca" pueda "válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aún en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento hipotecario EDL 1947/13 ". A diferencia de lo que acontece con el "procedimiento judicial sumario", cuyas reglas capitales de desarrollo procesal, con independencia de las precisiones reglamentarias, se consignan en dos extensos artículos (artículo 131 y 132 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 ), el llamado "procedimiento extrajudicial", merced a la deslegalización que autoriza el artículo 129 EDL 1946/59 , determina sus secuencias procesales por vía reglamentaria (artículo 234, 235, 236 EDL 1947/13, 236-a), 236-b), 236-f), 236-g), 236-h), 236-i), 236-j) EDL 1947/13, 236-k), 236-l), 236-m), 236-n), 236-ñ), 236-o), aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 EDL 1947/13, con las modificaciones introducidas por Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo EDL 1992/14886 ), sujetas, por tanto, a la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa, que reconoce el artículo 9 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

TERCERO.- El "procedimiento extrajudicial" de ejecución hipotecaria, carece de tradición en España, antes de la promulgación del Código civil EDL 1889/1 e incluso posteriormente, pues había prevalecido, frente a una concepción de inspiración romana, favorecedora de la venta privada de la cosa pignorada, como facultad del acreedor, la tendencia germánica, recogida en el "Fuero Juzgo", que propiciaba, en todo caso, la ejecución judicial. El reconocimiento, no obstante, en el Código civil (artículo 1.872) EDL 1889/1 de la facultad del acreedor prendario de "proceder por ante notario a la enajenación de la prenda", supuesta la insatisfacción del crédito garantizado, con grandes debates acerca de la licitud y validez del pacto expreso que se introdujo como práctica notarial para autorizar la ejecución extrajudicial de la hipoteca, suscitó la cuestión sobre la aplicación al crédito hipotecario de la facultad concedida al acreedor prendario. Sin embargo, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (28 de noviembre de 1893, 12 de julio y 21 de octubre de 1901, 5 de diciembre de 1903, 19 de febrero y 28 de mayo de 1904, 19 de septiembre de 1906, 9 y 17 de junio de 1910, 27 de febrero y 29 y 30 de octubre, 12 de noviembre de 1913 y 2 de junio de 1914) y algunas sentencias del Tribunal Supremo (de 21 de octubre y 3 de noviembre de 1902), apoyándose en el señorío del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del Código civil EDL 1889/1 ) e, implícitamente, en una concepción escasamente publicista de la disciplina procesal, sometida al influjo de su consideración apendicular, como rama jurídica y a la "soberanía" de los pactos privados, determinaron una práctica que alcanzó rango de norma, inferior a las leyes formales, en el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915, (artículo 201).

CUARTO.- Hoy, en día, resulta difícil de compartir, con una mentalidad jurídica actual, concorde con la evolución científica, y sobre todo social, los argumentos que sirvieron de justificación a la equiparación de la facultad concedida al acreedor prendario, con la establecida, por analogía, para el acreedor hipotecario, incluso, desde una perspectiva meramente lógica, puesto que la norma citada (artículo 1.872 del Código civil EDL 1889/1 ) figura, sistemáticamente, colocada en el capítulo II del Título XV del Libro IV EDL 1889/1 , esto es, fuera de las "disposiciones comunes a la prenda y la hipoteca", y dentro del conjunto referido a "la prenda", lo cual arguye una voluntad inequívoca del legislador, según la estructura del Título, de establecer, al margen de los preceptos comunes, reglas propias y, por tanto específicas, de cada institución, unas aplicables, sólo a la prenda, el expresado capítulo, y otras aplicables sólo a la hipoteca (el capítulo siguiente). Pero, además, los más recientes argumentos que emplea en su defensa el Real Decreto 27/3/1992 núm. 290/1992 EDL 1992/14886 no son atendibles: confiesa el preámbulo EDL 1992/14886 , a las claras, que lo que se pretende "es

desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial", finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato, e "item" mas, en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público. Tampoco puede sostenerse -como continua diciendo el preámbulo de dicha disposición- que "la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado", pues este precedente de autoejecución se asemeja a la defensa privada justamente proscrita por la intervención de los Tribunales de justicia. Este "derecho privado" que pugna con los principios de las sociedades de civilización desarrollada, no puede mezclarse con el "derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada", que, así dicho, sin matizaciones, puede confundirse con el prohibido pacto comisorio o, en un terreno, más general, con la clásica y superada confusión entre el derecho material y la acción procesal, contemplada desde esta vertiente ejecutiva. Finalmente, el argumento utilizado, en otras ocasiones de subrayar su semejanza con la institución del arbitraje, es abiertamente equivocado, dado que, así como la potestad de decidir el Derecho, o sea, de establecer la certeza del derecho puede remitirse, por voluntad de las partes, al juicio de árbitros, la ejecución del laudo es función atribuida, exclusivamente, a la jurisdicción.

QUINTO.- No ignoramos que, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y, concretamente, en este Alto Tribunal han recaído resoluciones que aceptan la constitucionalidad y legalidad del procedimiento extrajudicial hipotecario, aunque alguna como el auto de 4 de abril de 1995, decida la inadmisibilidad por inadecuación de procedimiento, esto es, no entra en el conocimiento de las pretensiones de fondo. No obstante, estas resoluciones que, pertenecen a otro orden jurisdiccional, pese al valor ilustrativo que tienen y que obligan a la ponderación de sus razonamientos, dada su procedencia, no constituyen jurisprudencia para esta Sala de lo Civil, ni, por ello, la vinculan en sus decisiones. Son estas las sentencias de 16 y 23 de octubre de 1995, respectivamente, que, desde luego, responden a la resolución de cuestiones diversas del caso ante esta jurisdicción civil planteado. En la primera, originada por un recurso de la "Asociación de consumidores de la Comunidad Autónoma de Madrid", en lo que interesa (al margen de otras alegaciones), la "ratio decidendi" se apoya en que frente a lo alegado por el recurrente no se impide "un derecho a la oposición en cuanto a la certeza y exigibilidad del crédito y al no permitir la suspensión del procedimiento mas que por causa criminal o procedimiento registral", y "mutatis mutandi" considera aplicable al caso los razonamientos del Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 EDL 1946/59, equiparación que, a nuestro juicio no es posible, por la neta diferencia entre ejecución procesal (que sostenemos es la constitucional) y ejecución extrajudicial (que sostenemos que no lo es). Tampoco se comparte la idea de que la ejecución extrajudicial vale por su origen contractual, conforme a razones ya expuestas, que nos llevarían, si se aceptara este principio, a permitir una jurisdicción civil plenamente convencionalizada. Es aceptable el rechazo de la pretendida "reserva de ley", en la referida sentencia, como argumento de impugnación, para atender a la regulación del procedimiento según los criterios aportados que estima inatendibles, si bien, como se verá mas adelante, la "reserva de ley" que importa -y no se considera, sin duda, por no haber sido alegada- es la relativa a la aplicable a las leyes procesales. En la segunda, que resuelve un recurso del "Consejo General de la Abogacía", básicamente, en lo que nos concierne, se abunda en la idea, ya examinada y no compartida, de circunscribir el "monopolio de las actividades de ejecución" a "lo juzgado por los propios órganos jurisdiccionales", lo cual, como fácilmente se infiere da al traste con la ejecución judicial de los títulos extrajurisdiccionales, o al menos, propicia, una interpretación desmembradora por vía legal de aquel cometido jurisdiccional. Los criterios expuestos, por las expresadas resoluciones, formuladas al filo de alegaciones diversas a las en nuestro caso concreto planteadas, no alcanzan a desvirtuar las razones en que nos apoyamos para llegar a soluciones contrarias.

SEXTO.- Desde la promulgación de la vigente Constitución Española EDL 1978/3879, la regulación del "poder judicial" responde a criterios que refuerzan su significación en el conjunto de los poderes del Estado, con transcendencia hasta entonces no reconocida. El "poder judicial" se traduce como función estatal en la "jurisdicción" o actividad que despliega el Estado para hacer valer la eficacia del ordenamiento jurídico en los casos concretos controvertidos mediante la aplicación judicial del Derecho. Conforme al artículo 117-1 de la Constitución Española EDL 1978/3879, el contenido de la jurisdicción comprende, aparte otras funciones o poderes complementarios y subordinados (coerción, cautelar, documentación, disciplinario, etc.) dos manifestaciones básicas, la actividad declarativa que se conduce por el proceso de declaración y la actividad ejecutiva, por el proceso de ejecución. Ambas manifestaciones jurisdiccionales de declaración (no obstante esta primera en cuanto versa sobre materias disponibles cabe confiarla a la decisión de árbitros) y de ejecución, (se entiende forzosa ya que siempre es posible el cumplimiento voluntario de las obligaciones ciertas o aceptadas), se desarrollan (a salvo las excepciones que la propia Constitución establece en favor del Tribunal Constitucional o de la jurisdicción militar) en el único marco posible del "poder judicial" que tiene carácter "exclusivo". El artículo 117-3 de la Constitución EDL 1978/3879 proclama, en efecto, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes. Los principios de exclusividad e integridad de la jurisdicción se complementan mutuamente, pues, mientras el primero separa de la función de aplicar las leyes y ejecutar lo juzgado a cualquier organismo o autoridad que no sea jurisdiccional, el segundo afirma que sólo a éstas corresponde el desarrollo de dichas funciones. Esta exclusividad e integridad de la jurisdicción también significa que no pueden los juzgados y tribunales ejercer más funciones que las jurisdiccionales. Por eso la Constitución, igualmente establece "que los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho" (artículo 117-4 de la Constitución EDL 1978/3879).

SEPTIMO.- La función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los Jueces y Tribunales integrantes del "Poder Judicial" directriz que, además, se asienta, como explica la doctrina científica en una arraigada línea histórica española que, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, no contempla la existencia de órganos de la ejecución autónomos, diferentes del Juez, línea reforzada por el señalado precepto de la Constitución española EDL 1978/3879 y los concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754, según explicita, además, entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 167/1987, de 28 de octubre EDJ 1987/167, al declarar "que la titularidad de la potestad de ejecución corresponde

exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117-3".

OCTAVO.- La confrontación de estos conceptos y criterios, con la posible legitimidad preconstitucional de un procedimiento de ejecución "extrajudicial", arroja un resultado francamente contrario a la vigencia del referido procedimiento, cuya naturaleza de ejecución, al margen, de la jurisdicción, no es objeto de debate doctrinal serio. Ni siquiera soslayando su carácter de inadmisibles ejecución privada, como practicada con publicidad notarial, mediante el artificio de considerarla una ejecución pública notarial, cabe que se acepte su legitimidad puesto que la función notarial, (tan valiosa, de otra parte) no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución, aunque otra cosa pueda decirse de la "jurisdicción voluntaria" que no es en puridad actividad jurisdiccional, no obstante que, contingentemente, por razones variables y coyunturales de política legislativa, sea en gran parte, actividad judicial, compartida, en algunos aspectos, con los notarios y otros funcionarios públicos. Consecuentemente, el artículo 129 párrafo segundo de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 debe considerarse derogado por la disposición transitoria tercera de la Constitución Española EDL 1978/3879 por oposición al artículo 117-3 de la misma EDL 1978/3879 .

NOVENO.- También, la dicha oposición surge, obviamente, por contraste con el artículo 24-1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 que reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, derecho que inevitablemente se relaciona con la recta observancia del artículo 117-3 EDL 1978/3879 ya señalado, cuyas conexiones con aquel revelan una gran interdependencia, tanto mas, cuanto, de acuerdo con el artículo 53-a) de la Constitución Española EDL 1978/3879 , corresponde a los poderes públicos el deber de promover la efectividad del derecho a la tutela judicial (sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 de 16 de diciembre EDJ 1987/198 ). Este derecho no se satisface, desde luego, porque se admita, por vía reglamentaria, que el ejecutado en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, no pueda realizar reclamaciones distintas a las que permiten la suspensión, si se acredita la admisión de querrela por falsedad del título hipotecario, o se justifique la cancelación de la hipoteca, en atención a la remisión que establece el artículo 236 del Reglamento Hipotecario EDL 1947/13 a los cinco últimos párrafos del artículo 132 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 (oposición por medio de juicio declarativo para solicitar la nulidad del título o de las actuaciones). En principio, el derecho a la jurisdicción (artículo 24 EDL 1978/3879 ), garantiza el libre acceso que no puede ser entorpecido u obstaculizado sino por causa fundada en ley siempre que razonablemente no impida o cercene el ejercicio de este último. Pero, sobre todo, lo que no puede confundirse es el derecho a oponerse a la ejecución por causas limitadas o taxativas que forman parte integrante del derecho de acción en su vertiente pasiva, con el reconocimiento de un derecho, al parecer "ex novo" a plantear un juicio declarativo de oposición que agrava la posición del ejecutado o de los terceros, aún más que en la ejecución judicial de la hipoteca que autoriza el artículo 131 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 , dado que en estas causas de oposición admitidas, tienen mayor amplitud, con lo cual se produce la paradoja de que una ejecución ni siquiera garantizada por su naturaleza jurisdiccional (y, por ello, inconstitucional) resulta mas gravosa y perjudicial para el ejecutado que la judicial.

DECIMO.- Razonada la derogación postconstitucional del artículo 129, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria EDL 1946/59 , huelga decir que los preceptos reglamentarios que traen causa del mismo siguen igual suerte al faltar el soporte legal que los explica, todo ello en virtud del principio de jerarquía normativa (artículo 9-3 de la Constitución española EDL 1978/3879 ) y, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 que prohíbe a los Jueces y Tribunales que apliquen preceptos contrarios a la Constitución o a la Ley o al principio de jerarquía normativa. Pero resulta, además, que en el caso se conculca, por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el invocado artículo 9 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en relación con el artículo 117-3 EDL 1978/3879 , por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la "reserva de ley" que esta disposición constitucional prevé para "las normas de competencia y procedimiento". En efecto, las normas procesales civiles -y estas materialmente lo son en cuanto al objeto que regulan- reclaman, formalmente, que consten en leyes (o normas equivalentes), según se desprende de lo establecido en el precepto constitucional que se cita y en el artículo 149-1-6º, también, de la Constitución Española EDL 1978/3879 , de modo que las normas reglamentarias de carácter procesal no pueden aplicarse.

DECIMOPRIMERO.- Las precedentes razones que conducen a la estimación del motivo, hace, inútil, en virtud de su alcance, el examen de los demás propuestos y, con ello, a la declaración de haber lugar al recurso, con devolución del depósito constituido y sin que proceda la condena en costas, por lo que cada parte deberá abonar las causadas a su instancia.

DECIMOSEGUNDO.- Al resolver sobre la instancia ha de tenerse presente, de conformidad con lo razonado, que se ha procedido a la ejecución de la hipoteca en virtud de un procedimiento que se considera derogado por oposición con normas constitucionales. En consecuencia, se estima la demanda y se declara la nulidad de las actuaciones seguidas, según tal procedimiento extrajudicial en la notaría de Doña Sagrario Alvarez Giménez, notario de Albaida, conforme a las actas 894/91 y 944/91 de su protocolo a instancias de Don Jesús y respecto de la finca a que el referido expediente se contrae, sin perjuicio obviamente, del derecho del acreedor hipotecario a instar la ejecución de la hipoteca por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Las costas de la primera instancia, teniendo en cuenta el carácter de apariencia legal que revisten las normas que se declaran derogadas, no deben imponerse a la parte vencida, pues se entiende de conformidad con el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, párrafo primero que concurren circunstancias excepcionales. Las costas de segunda instancia, deben satisfacerse por cada parte las causadas a su instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Juan contra la sentencia de fecha cuatro de febrero de mil novecientos noventa y cuatro dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, en autos, juicio de menor cuantía número 60/92 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Onteniente por el recurrente contra Don Jesús, sobre oposición a procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria y nulidad de actuaciones procedimentales, y, en consecuencia, mandamos anular la sentencia recurrida, declarando, en sustitución de la misma, la inaplicación por derogación al ser norma opuesta a la Constitución del segundo párrafo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y la de los artículos 234 a 236-o, ambos inclusive, del Reglamento Hipotecario, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa con la estimación en lo principal de la demanda y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria seguido, sin que proceda la condena en costas en ninguna de las instancias. Las costas del presente recurso deberán satisfacerse por cada parte las suyas. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCION LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- José Almagro Nosete.- Antonio Gullón Ballesteros.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- RUBRICADOS.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Almagro Nosete, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.