

**Resumen**

*El TS estima en parte el recurso de casación dirigido contra la sentencia que confirmaba la desestimación de la demanda, en la que se reclamaba la nulidad del procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca, así como las adjudicaciones que fueron consecuencia de la subasta celebrada, y en reclamación también de los daños y perjuicios que las irregularidades de dicho procedimiento. El recurrente considera que el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial previsto en el art. 129,2 LH y desarrollado por el RH resulta contrario a las exigencias y garantías previstas en la CE. Esta Sala ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición contenida en el art. 129,2 LH, vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, que acarrea la ineficacia de las normas reglamentarias de desarrollo, en cuanto dicha norma autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial en un procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional.. Rechaza sin embargo el Tribunal la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios que se exigía de los demandados producidos a consecuencia de dicho procedimiento de ejecución hipotecaria seguido extrajudicialmente, ya que el art. 1902 CC a la hora de establecer las consecuencias indemnizatorias de la llamada culpa extracontractual parte de la necesaria intervención de culpa o negligencia imputable al agente como fundamento de tal responsabilidad, y no puede aceptarse que incurra en actuación culposa o negligente quien hace un uso adecuado de los procedimientos legales de ejecución previstos en el ordenamiento jurídico, en tanto que la contradicción del procedimiento elegido con las normas constitucionales aún no había sido objeto de declaración.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

- D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria art.129.1
- RD de 24 julio 1889. Código Civil art.1902

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	5
VOTO PARTICULAR .....	5

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

**GARANTÍAS REALES**

**HIPOTECA**

Procedimiento del art. 129 LH

Venta extrajudicial

**INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS**

SUPUESTOS DIVERSOS

**FICHA TÉCNICA**

Favorable a: Administración,Ejecutante,Notario; Desfavorable a: Ejecutado,Sociedad

Procedimiento:Recurso de casación

**Legislación**

Aplica art.129.1 de D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria

Aplica art.1902 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.307, art.309 de RDLeg. 1/1992 de 26 junio 1992. TR Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana

Cita RD 290/1992 de 27 marzo 1992

Cita art.5.4, art.6 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

**Jurisprudencia**

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 STS Sala 1ª de 2 marzo 2011 (J2011/12921)  
Cita en el mismo sentido sobre GARANTÍAS REALES - HIPOTECA - Procedimiento del art. 129 LH - Venta extrajudicial STS Sala 1ª de 13 diciembre 2005 (J2005/225519)  
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 7 noviembre 2005 (J2005/197580)  
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 7 noviembre 2005 (J2005/180356)  
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 20 diciembre 2002 (J2002/55383)  
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 31 diciembre 1999 (J1999/43941)  
Cita en el mismo sentido sobre GARANTÍAS REALES - HIPOTECA - Procedimiento del art. 129 LH - Venta extrajudicial STS Sala 1ª de 20 abril 1999 (J1999/6316)  
Cita en el mismo sentido sobre GARANTÍAS REALES - HIPOTECA - Procedimiento del art. 129 LH - Venta extrajudicial STS Sala 1ª de 30 enero 1999 (J1999/554)  
Cita en el mismo sentido sobre GARANTÍAS REALES - HIPOTECA - Procedimiento del art. 129 LH - Venta extrajudicial STS Sala 1ª de 4 mayo 1998 (J1998/3142)  
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 5 mayo 1994 (J1994/4007)  
Cita en el mismo sentido STC Pleno de 25 marzo 1993 (J1993/2982)  
Cita en el mismo sentido STC Pleno de 29 abril 1981 (J1981/14)  
Cita en el mismo sentido STC Pleno de 2 febrero 1981 (J1981/4)

En la Villa de Madrid, a catorce de julio de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía núm. 182/98, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Orihuela; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia Provincial por la representación de las entidades "S., S.L." y Sociedad "L., S.L.", representadas ante esta Sala por la Procuradora Dª Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld y defendidas por el Letrado D. Pedro Martínez Martínez-Tercero; siendo parte recurrida "Urbanizadora V., S.A.", representada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Piñeira de Campos y defendida por el Letrado D. Luis Delgado de Molina Hernández; D. José Enrique, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª Carmen Moreno Ramos y defendido por el Letrado D. Miguel Ángel Colombo García; Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. ("Banco A., S.A.") representado por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Pinto Marabotto y sin que conste la identidad del Letrado que firma el escrito, y el Excmo. Ayuntamiento de Guardamar del Segura, representado por el Procurador de los Tribunales D. Cesáreo Hidalgo Senén y defendido por el Letrado D. Juan Enrique Serrano López.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de las entidades mercantiles "L., S.L." y "S., S.L." contra "Banco A., S.A.", D. José Enrique, "Sociedad Urbanística V., S.A." y el Excmo. Ayuntamiento de Guardamar del Segura.

1.- 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 condenatoria de las partes demandadas, en la que:

a) Se declare la nulidad de las actuaciones realizadas en el procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca.

b) Consecuentemente, se declare el restablecimiento de la situación jurídica existente al momento de iniciarse el procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca o, alternativamente, se declare la continuación del citado procedimiento desde la última actuación que sea considerada como ajustada a la legalidad.

c) Sea reconocido un derecho indemnizatorio por daños y perjuicios a favor de "L., S.L." y "S., S.L.", cuya cuantía habrá de determinarse en ejecución de sentencia.

d) Se imponga a todas las partes demandadas, solidariamente, el pago de la citadas indemnización, para que, en su caso, pueda dirigirse la ejecución de la sentencia frente a cualquiera de ellos, indistintamente.

e) Se imponga las costas a los demandados."

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Guardamar del Segura contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, se dicte "... sentencia desestimando la demanda con absolución de mi representado y con expresa imposición de costas a las actoras." La representación procesal de la mercantil "Banco A., S.A." contestó asimismo la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte "... Sentencia desestimando la demanda en todas sus partes y todo ello con expresa imposición de costas a los demandantes." La representación procesal de D. José Enrique contestó la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dicte "... sentencia desestimando por completo la demanda y absolviendo de la misma a mi representado, con imposición a la parte demandante de todas las costas causadas." La representación procesal de la mercantil "Urbanizadora V., S.A." contestó asimismo la demanda, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando, que

en definitiva,"... se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente dicha demanda con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas".

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 31 de marzo de 2000, cuya parte dispositiva es como sigue: "Fallo: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador D. Enrique Lucas Tomás en nombre y representación de las mercantiles "L., S.L." y "S., S.L." contra Ayuntamiento de Guardamar, representado por el Procurador D. Jaime Martínez Rico, "V., Sociedad Urbanística, S.A.", representada por el Procurador D. Bernardo Penalva Riquelme, D. José Enrique, representado por el Procurador D. Antonio Díez Saura y "Banco A., S.A.", representado por el Procurador D. Antonio Martínez Gilabert, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de los pedimentos de la demanda, imponiendo las costas causadas a la parte demandada." En fecha 20 de abril de 2000 se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "Que debía rectificar y rectificaba el fallo de la sentencia en el sentido de que las costas se imponen a la parte demandante".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación de Sociedad "L., S.L." y "S., S.L.", y sustanciada la alzada, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 5 de abril de 2001, cuyo Fallo es como sigue: "Que desestimando el recurso de apelación deducido por la representación procesal de la parte actora contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Orihuela de fecha 31 de marzo de 2.000, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo expresamente las costas procesales de esta alzada a la parte apelante".

TERCERO.- El procurador D. Emigdio Tormo Ródenas, en nombre y representación de las entidades "S., S.L." y Sociedad "L., S.L." formalizó ante la Audiencia Provincial de Alicante recurso de casación, que funda en los siguientes motivos:

I.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , por infracción de los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

II.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 por infracción del artículo 2.3 del Código Civil EDL 1889/1 : principio de irretroactividad de las normas.

III.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , por infracción de los artículos 307 y 309 del Texto Refundido de la Ley del Suelo EDL 1992/15748 y del artículo 7.3 del Código Civil EDL 1889/1 .

IV.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 por infracción del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 235, 236 y 236 D) del Reglamento Hipotecario.

V.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 por infracción del artículo 1254 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1 y de los artículos 236 A) y 236 B) del Reglamento Hipotecario.

VI.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 por infracción de los artículos 1902 y 7.1 del Código Civil EDL 1889/1.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones, se dictó por esta Sala auto de fecha 11 de julio de 2006 por el que se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado del mismo a las partes recurridas para que pudieran oponerse en plazo de veinte días, lo que hizo la representación procesal de D. José Enrique, así como la de "Urbanizadora V., S.A." mediante la presentación de los oportunos escritos.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de junio de 2008, en que tuvo lugar. Al no conformarse el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros con el voto de la mayoría, se formula por el mismo voto particular habiéndose procedido al correspondiente cambio de turno en la ponencia según lo establecido en el artículo 203, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las actrices "L., S.L." y "S., S.L." dedujeron demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra "Banco A., S.A.", D. José Enrique, Notario de Guardamar del Segura, "Sociedad Urbanística V., S.A." y el Excmo. Ayuntamiento de Guardamar del Segura, en reclamación de que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca seguido por el citado banco y relativo a la finca conocida como "El Raso Grande" sita en el término de Guardamar del Segura (Alicante), así como las adjudicaciones que fueron consecuencia de la subasta celebrada, y en reclamación también de los daños y perjuicios que las irregularidades de dicho procedimiento, y lo actuado por los demandados, ha provocado.

Los demandados se opusieron a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Orihuela dictó sentencia de fecha 31 de marzo de 2000 que fue desestimatoria de la demanda con imposición de costas a la parte actora. Las demandantes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Séptima) dictó nueva sentencia de fecha 5 de abril de 2001, por la que desestimó el recurso y condenó a los apelantes al pago de las costas producidas en la alzada.

Contra esta última resolución recurren ahora en casación las demandantes Sociedad "L., S.L." y "S., S.L."

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso, al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , denuncia la infracción de los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 junto con la jurisprudencia de esta Sala que, por razón de lo dispuesto en las referidas normas,

considera que el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial previsto en el artículo 129, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria y desarrollado por los artículos 234 a 236 o) del Reglamento Hipotecario, resulta contrario a las exigencias y garantías prevista en los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 y, por tanto, tratándose de normas preconstitucionales, las mismas quedaron derogadas por aplicación de la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

El motivo ha de ser acogido. Esta Sala desde su sentencia de 4 de mayo de 1998 EDJ 1998/3142 , seguida por las de 30 enero EDJ 1999/554 y 20 abril 1999 EDJ 1999/6316 , 13 diciembre 2005 EDJ 2005/225519 y 10 octubre 2007 ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición contenida en el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria, vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, que acarrea la ineficacia de las normas reglamentarias de desarrollo contenidas en varios artículos del Reglamento Hipotecario, en cuanto dicha norma autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial en un procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional. Por otro lado, la derogación se entendía producida de forma automática por vía de lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución Española de 1978 EDL 1978/3879 , según la cual "asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución"; derogación que quedaba producida desde el momento de la entrada en vigor del texto constitucional sin perjuicio de que fueran los tribunales los que la declararan en cada caso a la hora de justificar la inaplicación de la norma inconstitucional. Como ya estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia de Pleno núm. 4/1981, de 2 febrero EDJ 1981/4 , "la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y -de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación".

TERCERO.- En efecto la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1998 EDJ 1998/3142 , seguida por las ya citadas, ha resuelto 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. La citada sentencia de 4 mayo 1998 partió de que "tratándose, en efecto, de leyes preconstitucionales, como la Constitución 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 4/1981 EDJ 1981/4 , 14/1981 EDJ 1981/14 y 109/1993 EDJ 1993/2982 , entre otras)".

Se mantuvo que la única norma con rango de ley concernida es el párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria (Texto Refundido de 8 febrero 1946, con fundamento en la Ley 30 diciembre 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, 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"; así como que, 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 (artículos 131 y 132 de la Ley Hipotecaria), el llamado "procedimiento extrajudicial", merced a la deslegalización que autoriza el artículo 129, determina sus secuencias procesales por vía reglamentaria (artículos 234, 235, 236, 236, a), 236, b), 236, f), 236, g), 236, h), 236, i), 236, j), 236, k), 236, l), 236, m), 236, n), 236, ñ), 236, o), aprobado por Decreto 14 febrero 1947, con las modificaciones introducidas por Real Decreto 290/1992, de 27 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 .

Se razonó en el sentido de que 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. Y se añade que los argumentos que emplea en su defensa el Real Decreto 27 marzo 1992, número 290/1992, no son atendibles, pues confiesa el preámbulo, 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 y en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público.

Como la misma sentencia refiere "razonada la derogación postconstitucional del artículo 129, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria, 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, 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"...".

CUARTO.- Procede por ello la estimación de este primer motivo y con él la del recurso de casación interpuesto en nombre de "S., S.L." y Sociedad "L., S.L.", lo que releva del examen del resto de los motivos del recurso. Una vez casada la sentencia impugnada y de conformidad con lo previsto en el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , por los propios razonamientos que han servido para la estimación del recurso ha de ser estimada la demanda a efectos de declarar la nulidad del procedimiento de ejecución

extrajudicial de hipoteca seguido por el "Banco A., S.A." y relativo a la finca conocida como "El Raso Grande" sita en el término de Guardamar del Segura (Alicante), así como las adjudicaciones que fueron consecuencia de la subasta celebrada.

La misma demanda incorporaba también una pretensión sobre indemnización de daños y perjuicios que se exigía de los demandados por razón de los producidos a las entidades actoras a consecuencia de dicho procedimiento de ejecución hipotecaria seguido extrajudicialmente. Dicha pretensión ha de ser rechazada, pues el artículo 1902 del Código Civil EDL 1889/1 a la hora de establecer las consecuencias indemnizatorias de la llamada culpa extracontractual o "aquiliana" parte de la necesaria intervención de culpa o negligencia imputable al agente como fundamento de tal responsabilidad y no puede aceptarse que incurra en actuación culpable o negligente quien hace un uso adecuado de los procedimientos legales de ejecución previstos en el ordenamiento jurídico en momento en que la contradicción del procedimiento elegido con las normas constitucionales aún no había sido objeto de declaración, sin perjuicio de que tal inconstitucionalidad naciera desde el mismo momento de la entrada en vigor del texto fundamental y viciara el procedimiento, circunstancia a la que ciertamente fueron ajenos todos los que tuvieron intervención en él.

QUINTO.- En materia de costas y por aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, no procede especial declaración en cuanto a las correspondientes al presente recurso de casación y al de apelación, que debió ser estimado. En cuanto a las de primera instancia, tampoco se ha de hacer especial pronunciamiento ya que la estimación de la demanda es parcial.

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

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "S., S.L." y Sociedad "L., S.L." contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Séptima) con fecha 5 de abril de 2001 en autos de juicio declarativo de menor cuantía número 182/98, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Orihuela a instancia de los hoy recurrentes contra "Banco A., S.A.", D. José Enrique, Excmo. Ayuntamiento de Guardamar del Segura y "V., Sociedad Urbanística S.A.", y en consecuencia casamos dicha resolución y, con estimación parcial de la demanda, declaramos la nulidad del procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca seguido por el "Banco A., S.A." y relativo a la finca conocida como "El Raso Grande" sita en el término de Guardamar del Segura (Alicante), así como las adjudicaciones que fueron consecuencia de la subasta celebrada, desestimando el resto de sus pretensiones, sin especial pronunciamiento sobre costas causadas en ambas instancias y en el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.- Antonio Gullón Ballesteros.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, 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.

## VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

El Magistrado que suscribe discrepa de la sentencia mayoritaria, pues cree que debería haber sido la siguiente:

PRIMERO.- El motivo primero, al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 y del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754, acusa infracción de los arts. 117.3, 24.1 y 9.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879.

En su defensa, en primer lugar advierten los recurrentes que este recurso presenta interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, acompañando textos de las sentencias de esta Sala de 4 de mayo de 1.998 EDJ 1998/3142, 30 de enero EDJ 1999/554 y 20 de abril de 1.999 EDJ 1999/6316, que declaran la derogación, por inconstitucionalidad sobrevenida, del art. 129, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria (texto refundido de 1.946), y, consecuentemente de los arts. 234, 235, 236 a), b), f), g), h), i), j), k), l), m), n) ñ), y o) del Reglamento Hipotecario (en redacción dada por R.D. 290/1992, de 27 de marzo EDL 1992/14886).

A continuación, los recurrentes transponen fundamento de derecho de las invocadas sentencias de esta Sala para demostrar sus acusaciones de infracción de los preceptos constitucionales citados.

Para la debida clarificación de la cuestión debatida, es necesario partir de las siguientes premisas:

1ª. La Sala ratifica la doctrina jurisprudencial sobre la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida, que se inicia en la sentencia de 4 de mayo de 1.998, del art. 129, párrafo 2º de la Ley Hipotecaria, en la redacción que le dio el texto refundido de la Ley Hipotecaria de 1.946, reiterando los argumentos esgrimidos en la citada sentencia, que a su vez se acogen en las posteriores de 30 de enero EDJ 1999/554 y 20 de abril de 1.999 EDJ 1999/6316 y 13 de diciembre de 2005 EDJ 2005/225519, y a ellas nos remitimos para evitar innecesarias transcripciones.

2ª. Cuando se dictó la sentencia de 4 de mayo de 1.998 EDJ 1998/3142, el procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la hipoteca, y cuya nulidad (del procedimiento) se pide por los recurrentes, ya había finalizado, cuatro meses antes de la presentación de la demanda origen de esta litis (24 de abril de 1.998).

Así las cosas, es evidente que la cuestión central del motivo radica en si la inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos hipotecarios puede afectar a procesos de ejecución hipotecaria extrajudiciales acabados antes de 4 de mayo de 1.998.

La retroactividad de la declaración de derogación por inconstitucionalidad sobrevenida no puede afectar a dichos procesos; aquella declaración debe quedar limitada en los mismos términos en que lo está una declaración de inconstitucionalidad de preceptos procesales realizada por el Tribunal Constitucional. Así, en su sentencia 128/94. de 5 de mayo EDJ 1994/4007 , resolvió la cuestión de inconstitucionalidad 949/1.992, declarando la nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida de los arts. 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1.872, de creación del Banco Hipotecario de España, y arts. 10, 11, 12 y 13 del Real Decreto-Ley 104/1928, de 4 de agosto, Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Empresa. Tales preceptos regulaban un procedimiento de ejecución hipotecaria específico para el Banco de Crédito Hipotecario. Declaró la sentencia a que aludimos: "Tratándose de una norma procesal como sucede en este caso es preciso sin embargo, modular el alcance de esta resolución en los procesos en curso, para atender adecuadamente otros valores con trascendencia constitucional, como los derechos de las partes presentes en el procedimiento, que se verían gravemente comprometidos por la desaparición del cauce procesal en que han de ejercitarse sus pretensiones. Ha de declararse, en consecuencia, que los efectos de esta sentencia en los procesos pendientes sólo se extenderán a los actos procesales que hayan de dictarse a partir de la fecha de la publicación de la presente sentencia, correspondiendo a los órganos judiciales competentes llevar a cabo las adaptaciones necesarias".

En el caso que nos ocupa, el proceso extrajudicial se hallaba totalmente concluido, no pendía ningún acto procesal. Cuánto más se ha de aplicar si se trata de procesos acabados.

Ha de resaltarse que esta doctrina que ahora ha de acogerse nada tiene que ver con la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida hecha por esta Sala, en el sentido de que no queda modificada en absoluto, pues el tema de este motivo no fue abordado por las sentencias en que se recogen aquella declaración de inconstitucionalidad. En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- El motivo segundo, al amparo del art. 477.1 LEC EDL 2000/77463 , acusa infracción del art. 2.3 Cód. civil.

Las recurrentes lo basan en que la sentencia recurrida ha dado retroactividad al art. 129 LH, según la redacción dada por la Disp. final 9ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 de 2.000.

El motivo se desestima. El susodicho precepto no le sirve a la sentencia recurrida más que como un argumento para entender deslegitimada la doctrina de esta Sala expuesta al analizar el motivo anterior. No constituye ratio decidendi, sino refuerzos dialécticos de su criterio, que se expresan con un significativo "además", después de exponer aquella ratio; que el procedimiento extrajudicial se inició con fecha 29 de agosto de 1.997 y la subasta se celebró el 1 de diciembre de 1.997, por tanto ninguna doctrina jurisprudencial establecía la inconstitucionalidad de dicho procedimiento.

TERCERO.- El motivo tercero alega infracción de los arts. 307 y 309 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y del art. 7.3 Cód. civ.

Se fundamenta en que sobre la finca registral 7.388 existe una carga urbanística a razón de 500.000 ptas./Tahulla, que asciende a un total de 316.722.750 ptas. Dicha carga debió surtir efectos en el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial que se impugna, pese a no estar inscrita, pues es carga que grava la finca ejecutada (registral 7.388), anterior a la de la hipoteca que se ejecutaba, y que, además, y para perjuicio de los recurrentes, estaba garantizada de forma adicional, con una hipoteca sobre la finca 24.033. Agregan las recurrentes que el Notario autorizante de la ejecución forzosa debió suspender o paralizar el procedimiento y no proseguirlo, como efectivamente hizo. Finalizan declarando que todos los participantes en él eran conocedores de la existencia de la carga, y que el Notario estaba advertido, tanto por las manifestaciones que realizaron en el procedimiento como por la comunicación recibida del Ayuntamiento de Guardamar de la Sierra, lo que hace que la conducta de los demandados conculque el principio prohibitivo del abuso del derecho, porque se han amparado en que la carga no estaba inscrita en el Registro de la Propiedad para negar su efectividad en el seno del procedimiento de ejecución.

El motivo se desestima porque es inadecuado el procedimiento seguido, de nulidad de una ejecución hipotecaria extrajudicial, para dilucidar y si llamada por las recurrentes "carga urbanística" debió o no inscribirse en el Registro de la Propiedad, pues ello excede notoriamente de las presuntas irregularidades que se pudieran haber cometido en aquel procedimiento bajo sanción de nulidad. Por otra parte, y en lo que se refiere a una hipotética infracción del art. 7.2 Cód. civ. no hay ni rastro en la sentencia recurrida que ello se alegare ante la Audiencia, por lo que no existe en su sentencia ninguna declaración sobre el abuso de derecho que se hubiese cometido por las demandadas, siendo así cuestión nueva que no puede plantearse en casación (sentencias, entre otras, de 31 de diciembre de 1.999 EDJ 1999/43941 y 7 de noviembre de 2.005 EDJ 2005/197580 ).

CUARTO.- El motivo cuarto acusa infracción del art. 131 de la Ley Hipotecaria, y de los arts. 235 y 236-d de su Reglamento.

Se fundamenta en que el procedimiento de ejecución hipotecaria se ha seguido desconociendo los derechos posesorios ancestrales del ocupante de la finca D. José Ramón.

El motivo se ha formulado defectuosamente, ya que el art. 131 LH (antes de su modificación por la Disp. Adicional Novena de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 de 2.000) contenía diecisiete extensas reglas para el desarrollo del proceso judicial de ejecución hipotecaria, y no se señala cuál de ellas es la infringida, carga que evidentemente corresponde a las recurrentes, no al Tribunal Supremo. Por otra parte, los arts. 235 y 236 del Reglamento Hipotecario para nada se refieren al tema planteado La única denuncia que puede ser examinada por esta Sala es la infracción del art. 236-d del citado Reglamento, que estimamos con la sentencia recurrida que no se ha producido, porque la letra del precepto se refiere a la notificación por el Notario de la iniciación de las actuaciones a la persona a cuyo favor resultare practicada la última inscripción del dominio, si fuese distinta del deudor, así como a los titulares de cargas, gravámenes y asientos posteriores a la hipoteca que se ejecuta. En ningún momento se ha probado que la persona que se dice por los recurrentes debió de ser notificada reúne cualquiera de estas cualidades. Además, y por si lo expuesto no fuere suficiente, en

el otorgamiento de la escritura de hipoteca hecho por los recurrentes, ellos dicen que la finca dada en garantía no se encontraba sujeta a contrato de arrendamiento ni aparcería.

Por todo ello el motivo se desestima.

QUINTO.- El motivo quinto alega infracción de los arts. 1.254 y siguientes del Código civil EDL 1889/1 , y de los arts. 236-a y 236-b del Reglamento Hipotecario, pues el demandado "Banco A., S.A." ejerció la acción hipotecaria en cantidad superior o la estrictamente garantizada con la hipoteca ejecutada, y que fue puesto en conocimiento del Notario, lo mismo que el pacto de no exigir ningún crédito distinto del de 566 millones de pesetas.

El motivo está formulado defectuosamente en relación a la cita de los arts. 1.254 "y siguientes" del Código civil EDL 1889/1 , por lo que valen los mismos argumentos ante análoga infracción que se expusieron en el motivo anterior, es decir, que es carga del recurrente individualizarlos y especificarlos.

En cuanto a la infracción de los preceptos del Reglamento Hipotecario, ciertamente que el "Banco A., S.A." modificó a la baja la cantidad de intereses que reclamaba en comparecencia ante el Notario, pero no lo es menos que el mismo practicó a las recurrentes nuevo requerimiento con la cifra modificada (folio 459). Los recurrentes alegan que no se acompañaba el correspondiente detalle o justificante y la firma de Corredor de Comercio Colegiado, pero como dice la sentencia recurrida, hay que distinguir entre las pólizas de crédito y de préstamo, ya que en este último contrato, por ser real, su liquidez es inicial y procede de una sencilla operación matemática, no existiendo necesidad de certificar el saldo deudor ni la firma de Corredor de comercio colegiado.

También, y en lo que atañe al pacto de no exigir, la prueba ha puesto de manifiesto que los documentos en los que consta son de fecha anterior a la escritura de préstamo objeto de ejecución. En ellos se comprometió el "Banco A., S.A." a reclamar sólo a "L., S.L." 566 millones de pesetas. Pero no pueden ser operantes frente a un préstamo posterior de 100 millones de pesetas, que "L., S.L." aceptó y consintió con la nueva hipoteca por parte de "S., S.L.", y además se constituyó en fiador solidario del nuevo préstamo. En suma, los pactos de fecha anterior serían aplicables a la primera hipoteca, pero en nada afectan al préstamo posterior objeto del presente litigio.

Esta interpretación acabada de exponer de la sentencia recurrida no ha sido combatida por infracción de cualquiera de los preceptos sobre interpretación de los contratos (arts. 1.281-1.289 Cód. civ.), por lo que ha de permanecer incólume en el recurso.

SEXTO.- El motivo sexto, al amparo del art. 477.1 LEC EDL 2000/77463 , alega infracción de los arts. 1.902 y 7.1 Cód. civ.

Se basa en que la ejecución ha causado perjuicio a los recurrentes debido al abuso de derecho de las partes intervinientes.

El motivo se desestima porque no hay ninguna declaración de conducta negligente o culpable de las personas a las que de ello se acusa, y el recurso de casación no es una tercera instancia del pleito en que se pueda determinar, ni se pueden formular cuestiones nuevas a esta Sala, como es de la que trata el motivo, pues no aparece planteada ni en la primera instancia ni en el escrito de alegaciones de la apelación (sentencias de 20 de diciembre de 2.002 EDJ 2002/55383 y 26 de abril y 7 de noviembre de 2.005 EDJ 2005/180356 ).

SÉPTIMO.- Las recurrentes, por último, solicitan que esta Sala promueva ante el Tribunal Constitucional del art. 129 de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por la Disp. Final 9ª.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 de 2.000, por si estima correcta su aplicación al presente caso.

La petición se rechaza, pues esta resolución para nada se fundamenta en el citado precepto, y, como dijimos al desestimar el motivo segundo del recurso, tampoco ha sido ratio decidendi de la sentencia que en él se impugna.

OCTAVO.- La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de costas a las recurrentes (arts. 398.12 LEC EDL 2000/77463 ).

Por todo ello, se debió declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por "S., S.L." y "Sociedad L., S.L.", representadas por la Procuradora de los Tribunales Dª Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante con fecha 5 de abril de 1.001. Con condena en las costas del recurso.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012008100569