



Roj: **STS 2017/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2017**

Id Cendoj: **28079110012017100310**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2017**

Nº de Recurso: **837/2015**

Nº de Resolución: **320/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 94/2015,**  
**STS 2017/2017**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 320/2017**

Fecha de sentencia: 23/05/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 837/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Fecha de Votación y Fallo: 03/05/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Segunda.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LCS/MHS

Nota:

Resumen

- Sobre la posible inconstitucionalidad del art. 129 LH.

- Sobre si caber hacer discriminación entre la venta extrajudicial y la ejecución judicial de hipoteca al decidir sobre los efectos de la tercera hipoteca.

CASACIÓN núm.: 837/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 320/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Antonio Seijas Quintana



D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D<sup>a</sup>. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 23 de mayo de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de enero de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 370/2014, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 235/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cádiz.

- El recurso ha sido interpuesto ante la citada Audiencia por Unión Parque Bahía S.L., entidad representada en primera y segunda instancia por la procuradora Dña. Silvia Lazarich Ramírez, bajo la dirección letrada de Dña. María de los Cielos Almagro Beltrán, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Cristina de Prada Antón en calidad de recurrente.

- En calidad de recurrido se persona Banco Santander, S.A., representado por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado bajo la dirección letrada de D. Ricardo Orive López-Altuna.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La entidad mercantil Unión Parque Bahía S.L., representada por la procuradora Dña. Silvia Lazarich Ramírez y asistida de la letrada Dña. María de los Cielos Almagro Beltrán, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito S.A. (Banesto) y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Que contenga los siguientes pronunciamientos:

»1.- Que se declare la nulidad del procedimiento de venta extrajudicial instado por Banesto sobre la finca 36.810 del Registro de la Propiedad núm. 1 de Cádiz, por ser contrario a la regulación contenida en la LEC sobre la ejecución de bienes inmuebles y generador de perjuicios a mi mandante y se acuerde anular y retrotraer los actos de disposición y/o transmisión realizados sobre la finca objeto de dicha ejecución.

»2.- Que para el caso de que esta anulación y retroacción de efectos de la nulidad no pudiera tener efectividad, se condene a la entidad demandada a indemnizar a mi mandante por el perjuicio económico causado, que ascenderá a la diferencia entre el importe en que sea vendida extrajudicialmente la finca, y la cantidad mínima en que conforme a las normas de la LEC, debía haberse realizado la ejecución.

»3.- Subsidiariamente si la nulidad no fuera estimada se declare:

»3.1- Que la entidad bancaria Banesto incumplió con sus obligaciones:

»- De otorgar la distribución de la responsabilidad hipotecaria y excluir de la ejecución los trasteros y local, según lo convenido en la escritura.

»- Y su obligación de ampliar el plazo de amortización de la hipoteca, así como de abonar el importe íntegro del préstamo concedido.

»Y se declare que por haber incurrido en dichos incumplimientos, y/o por constituir un abuso de derecho, no puede instar acción de ejecución o cumplimiento de las obligaciones de mi mandante, mientras no haya dado cumplimiento a las propias.

»3.2- Que se declare la improcedencia de la ejecución y o venta extrajudicial por haber incluido en ella fincas que según lo pactado debían quedar fuera de dicha ejecución, condenándose a la demandada a restituir a mi mandante la titularidad de dichas fincas (local y trasteros de la promoción), libres de responsabilidad hipotecaria.

»3.3- Que se declare la improcedencia de la liquidación de la deuda formulada por Banesto, por no estar calculada conforme a lo pactado en la escritura, debiendo deducirse de dicha liquidación el importe de 20.920,82.-?, a cuyo reembolso deberá condenarse a la entidad bancaria más los intereses procedentes calculados al mismo tipo establecido en la escritura de préstamo hipotecario para la demora.

»4.- Que se condene a la entidad demandada a abonar las costas del procedimiento».



2.- Admitida la demanda, el demandado Banco Español de Crédito S.A. (Banesto) contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. Gema María García Fernández y bajo la dirección letrada de D. Ricardo Orive López-Altuna, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestime íntegramente dicha demanda con imposición de costas a la parte actora, haciendo constar expresamente su mala fe y temeridad a la hora de litigar a los efectos de esta condena».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Cádiz se dictó sentencia, con fecha 29 de abril de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Dña. Silvia Lazarich Ramírez en nombre y representación de Unión Parque Bahía S.L., debo declarar y declaro la improcedencia parcial de la liquidación de la deuda formulada por Banesto, debiendo deducirse de la liquidación practicada la cantidad de 17.876,76.-?, que deberá reintegrarse a la parte actora, más el interés legal a devengar desde la fecha de interposición de la demanda y absolviendo a Banco español de Crédito S.A. del resto de las pretensiones deducidas de contrario; todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia».

4.- Apelada la sentencia por la parte actora la parte demandada presentó escrito oponiéndose e impugnando la sentencia, en dicho escrito como parte demandada se personaba Banco Santander S.A., en calidad de sucesora procesal de Banco Español de Crédito S.A. acreditándolo documentalmente.

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora e impugnada la sentencia por la parte demandada, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia, con fecha 21 de enero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación formulado por la entidad Unión Parque Bahía S.L., estimamos la impugnación formulada por el Banco Santander S.A., frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia núm. 1 de Cádiz, confirmando parcialmente la expresada resolución, desestimando la demanda formulada, con imposición de las costas procesales de la primera instancia a la parte demandante.

»Las costas procesales derivadas del recurso de apelación se impone a la parte apelante, no haciendo especial pronunciamiento respecto de las costas derivadas de la impugnación».

#### **TERCERO.-** *Interposición y sustanciación del recurso de casación.*

1.- Por Unión Parque Bahía se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción por inaplicación del art. 6 de la LOPJ y de los arts. 670 y 671 de la LEC, en relación con los arts. 234 Y 236 del Reglamento Hipotecario por contener estos preceptos reglamentarios (vulnerando el principio de legalidad) una regulación contraria a los límites de ejecución y adjudicación establecidos en los arts. citados de la LEC, según relación dada por el RDL 8/2011, que era la vigente al tiempo de iniciarse el acta notarial de ejecución (26-10-2011), habiendo producido ello un perjuicio económico claro al recurrente, al procederse a la adjudicación del inmueble a favor del ejecutante por debajo del límite aplicable conforme al art. 671 LEC del 60%.

Motivo segundo.- Conforme al art. 477.1 LEC, infracción del art. 5.1, 2 y 4 de la LOPJ por vulnerar el procedimiento de ejecución extrajudicial principios constitucionales consagrados en los arts. 9, 117.1, 117.3 y 4, y 24.1 de la Constitución (exclusividad e integridad de jurisdicción; tutela judicial efectiva y legalidad), causando agravio y perjuicios al ejecutado por esta vía, por la limitación de derechos y garantías que implica.

2.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 15 de febrero de 2017, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Esteban Jabardo Margareto, en nombre y representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 3 de mayo de 2017, en que tuvo lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- Resumen de Antecedentes**

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

**1.-** Unión Parque Bahía, S.L., interpuso una demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito, S.A., en la que solicitaba, en lo que aquí interesa y con carácter principal, la nulidad del procedimiento de venta extrajudicial instado por la demandada sobre la finca de la actora, por cuanto dicho procedimiento previsto en el art. 129.2 LH fue declarado inconstitucional por el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 25 de mayo de 2009.

Para el caso de que la anulación y la retroacción de efectos de la nulidad no pudiera tener efectividad, postulaba que se condenase a la demandada a indemnizar el perjuicio económico causado, que ascendería a la diferencia entre el importe en que sea vendida la finca extrajudicialmente y la cantidad mínima en que, conforme a las normas de la LEC, debía haberse realizado la citada venta.

La demandada se opuso.

**2.-** La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la improcedencia parcial de la liquidación de la deuda formalizada por Banco Español de Crédito (a continuación Banesto), debiendo deducirse de la liquidación practicada la cantidad de 17.876,76 €, que deberían reintegrarse a la parte actora, absolviendo a Banesto del resto de las pretensiones deducidas de contrario.

**3.-** El Juzgado negó la nulidad del procedimiento de venta extrajudicial, en atención a que la referida sentencia del Tribunal Supremo se refiere al artículo 129 LH en su redacción anterior a la que posteriormente le dio la Disposición Final 9.ª, apartado n.º 4, de la Ley 1/2000 de 17 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que ofreció una nueva redacción del mencionado artículo 129.

No cabe, añade, mantener las tesis de inconstitucionalidad sobrevenida, pues siendo su redacción fruto de una ley posterior a la Constitución corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre si la misma es acorde o no a dicha norma fundamental.

**4.-** La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y la parte demandada la impugnó.

La sección segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz conoció el citado recurso e impugnación, y dictó sentencia el 21 de enero de 2015 por la que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad Unión Parque Bahía, S.L., y estimó la impugnación formulada por el Banco, confirmando parcialmente la sentencia apelada, con desestimación de la demanda.

**5.-** La Audiencia, en lo que respecta a la nulidad del procedimiento de venta extrajudicial solicitada por la demandante sobre la base de que dicho procedimiento no es constitucional conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, razona que es cierto que el Tribunal Supremo, en sentencias de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999, declaró que el procedimiento extrajudicial hipotecario se opone al artículo 24 CE, desde la perspectiva de una legalidad preconstitucional y, por otro lado, atenta contra el principio de legalidad, por cuanto dichas normas regulan un proceso de ejecución sin respetar la reserva de ley que se prevé para las normas de competencia y procedimiento.

No obstante, la disposición final novena de la LEC modifica el art. 129 LH, declarando: «La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la especialidad que se establece en el Capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario».

Y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social modifica el artículo 129 LH manteniendo la venta extrajudicial del bien hipotecado conforme al art. 1858 CC, siempre que se hubiese pactado en la escritura de constitución de la hipoteca.

La Audiencia añade que la venta extrajudicial fue pactada por las partes procesales, no existiendo infracción de precepto constitucional alguno.

**6.-** En cuanto a la segunda cuestión, ahora relevante, sostiene la sentencia de apelación que la disposición transitoria única de La ley 37/2011 de 10 de octubre se refiere a procesos y no a la venta extrajudicial, por lo que la adjudicación en más del 50% y superior (sic)-parece que quiere decir inferior-al 60% era válida, pues no era vivienda habitual.



7.- La representación procesal de Unión Parque Bahía S.L. interpuso recurso de casación por interés casacional contra la anterior sentencia, al amparo de lo previsto en el apartado 3.º del art. 477.2 LEC, en un caso por oponerse a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y en otro por aplicarse normas que no lleven más de cinco años en vigor y respecto de las que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre normas de similar contenido (Ley 37/2011 sobre de medidas de agilización procesal, así como la Ley 1/2013 de 14 de mayo).

Al efecto articuló dos motivos en los términos que más adelante se expondrán.

8.- La Sala dictó auto el 15 de febrero de 2017 por el que se admitía el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición, alegando, además, óbices de admisibilidad.

**SEGUNDO.-** *Motivo Primero. Enunciación y Desarrollo.*

Se denuncia infracción por inaplicación del artículo 6 de la LOPJ y de los artículos 670 y 671 de la LEC, en relación con los artículos 234 y 236 del Reglamento Hipotecario por contener estos preceptos reglamentarios (vulnerando el principio de legalidad) una regulación contraria a los límites de ejecución y adjudicación establecidos en los artículos citados de la LEC, según redacción dada por el RDL 8/2011, que era la vigente al tiempo de iniciarse el Acta Notarial de Ejecución (26-10-2011), habiendo producido ello un perjuicio económico claro al recurrente al procederse a la adjudicación del inmueble a favor del ejecutante por debajo del límite aplicable, conforme al artículo 671 LEC, del 60%.

En el desarrollo del motivo se alega que la cuestión objeto fundamental de este recurso en cuanto a este primer motivo, se refiere a determinar si en el presente caso se han vulnerado los principios de legalidad y jerarquía normativa, en claro perjuicio del ejecutado, al no respetarse el límite del 60% como valor de adjudicación mínimo fijado por la LEC, en su artículo 671 (subasta sin postores), en la redacción que tenía este precepto, según RDL 8/2011, en el momento de iniciarse el procedimiento de ejecución (fecha del acta de inicio 26-10-2011). Y ello porque en el presente caso, al seguirse el procedimiento previsto en el Reglamento Hipotecario (art. 236) por el notario actuante, convocando la tercera subasta sin sujeción a tipo alguno, y aplicando un límite inferior al 60% que legalmente era el vigente, se ha vulnerado el principio de legalidad, por aplicarse una norma (reglamento) contraria a la ley (LEC), el principio de jerarquía normativa, y causarse un perjuicio económico claro al recurrente.

**TERCERO.-** *Motivo Segundo. Enunciación y Desarrollo.*

Se denuncia, conforme al artículo 477.1 LEC, infracción del artículo 5.1, 2 y 4 de la LOPJ por vulnerar el procedimiento de ejecución extrajudicial principios constitucionales consagrados en los artículos 9, 117. 1, 117. 3 y 4 y 24.1 de la Constitución (exclusividad e integridad de jurisdicción; tutela judicial efectiva y legalidad), causando agravio y perjuicios al ejecutado por esta vía, por la limitación de derechos y garantías que implica.

En el desarrollo del motivo justifica el mismo en que a la vista del nuevo impulso legal que se pretende dar a esta vía de ejecución forzosa a través de esta nueva Ley 1/2013 (con menos de cinco años de aplicación), pretendiendo incluso cambiar su terminología por el de venta para obviar o confundir sobre su verdadera naturaleza y ante la nueva realidad social y económica y la necesidad de reforzar, y no disminuir o eliminar como se pretende con esta última modificación, los controles judiciales, en temas tan sensibles como la ejecución hipotecaria, concurre una evidente interés casacional a efectos de determinar la legalidad y constitucionalidad de este procedimiento de ejecución extrajudicial y de la nueva normativa (Ley 1/2013 y la nueva redacción del artículo 129 LH que contiene) que pretende producir una extensión en la aplicación de esta vía de ejecución, sustrayendo gran parte de dichas ejecuciones del ámbito judicial.

Y ello, cuando en el presente caso, y por la evidente ilegalidad de la regulación contenida en el Reglamento Hipotecario en relación con los límites y garantías fijados en la LEC, se ha producido un perjuicio cierto al ejecutado, cuantificable económicamente, y ha quedado al arbitrio del notario autorizante del acta de ejecución el determinar los límites de subasta y adjudicación aplicables en este caso, aplicando el límite más favorable al acreedor ejecutante, y produciéndose una verdadera sustracción de la jurisdicción que corresponde en exclusiva a jueces y tribunales.

Cita como sentencias que justifican el interés casacional las SSTS 28 02/1998, de 4 de mayo; 26 47/1999, de 23 de abril; 61 67/2007, de 10 de octubre; 38 13/2008, de 14 de julio y 35 56/2009, de 25 de mayo.

**CUARTO.-** *Para la adecuada inteligencia de la decisión de la Sala es necesario hacer las siguientes consideraciones:*

1.- Metodológicamente, por haberse planteado así en la demanda y por ser, por ende, el orden que sigue la sentencia recurrida al resolver el recurso de apelación, debe ofrecerse respuesta en primer lugar al motivo segundo y, con su resultado, enjuiciar después el primero.





2.- Es relevante y trascendental tener presente que la actora, propietaria del bien vendido extrajudicialmente, no tiene la condición de consumidora, así como que el citado bien no constituye vivienda familiar.

**QUINTO.-** *Decisión de la Sala sobre el motivo segundo.*

1.- Asiste razón a la parte recurrida cuando denuncia la defectuosa técnica casacional con la que se enuncia y desarrolla el motivo, por incumplir la parte recurrente requisitos de encabezamiento y desarrollo, mezclando cuestiones heterogéneas y provocando una amplitud en el desarrollo argumental que dificulta la concreción de las infracciones y, por ende, la decisión sobre ellas.

No obstante, dado que cualquier otra cuestión habría de calificarse de nueva, se habrá de estar, según lo ya expuesto, a la pretensión principal de la demanda, que no es otra que la solicitud de nulidad del procedimiento de venta extrajudicial por cuanto, según la actora, dicho procedimiento ha sido declarado inconstitucional por las sentencias del Tribunal Supremo que cita.

2.- Planteado en estos términos el motivo segundo del recurso que aquí se enjuicia, procede su desestimación.

3.- Es cierto que las sentencias de esta sala, citadas por la recurrente, han mantenido el procedimiento extrajudicial como derogado por la Constitución de 1978.

Así lo han sostenido por estimar que el artículo 117.3 CE proclama que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, y, además, por el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Se reafirma en ello la sentencia de 10 de octubre de 2017, a lo que añade que cabe que sobre la inconstitucionalidad se pronuncie el Tribunal Supremo por tratarse de una norma preconstitucional.

La sentencia de 25 de mayo de 2009, que resume la doctrina declarada en la materia, insiste en la inconstitucionalidad, pero matiza que esa doctrina ha recaído «en supuestos como el presente, referidos a actuaciones anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000».

4.- La publicación de la LEC 2000 vino a terciar en la polémica, pues pretendió superar las objeciones que se hacían al procedimiento extrajudicial y, lo que es más relevante para la decisión del motivo del recurso, se trata ya de norma postconstitucional.

Inicialmente en el proyecto de 1998 la disposición adicional 9.<sup>a</sup> suprimía el procedimiento al hacer desaparecer el párrafo segundo del art. 129 LH.

La enmienda 1422 de CIU solicitó la introducción de la venta extrajudicial en dicho artículo para «sustituir el procedimiento extrajudicial considerado inconstitucional por el Tribunal Supremo por una venta extrajudicial paralela a la prevista para la prenda en el art. 1872 CC y amparada en la facultad de enajenar la garantía genéricamente prevista en el art. 1858 CC a la que ya no podrían hacerse reproches de inconstitucionalidad por su evidente carácter no jurisdiccional y que deberá concretarse en la correspondiente reforma del RH».

Dicha enmienda fue acogida por la ponencia como transaccional dando lugar al actual contenido del artículo 129.2 LH en la redacción del año 2000.

Lo anterior no impide a que el ejercicio del *ius distrahendi* mediante dicho procedimiento de venta extrajudicial deba estar sometido a estrictos controles de legalidad con la finalidad de equilibrar todos los intereses en juego: los del acreedor, los del propietario y los eventuales de terceros.

El mantenimiento del procedimiento de venta extrajudicial y la regulación tendente a lograr ese equilibrio de intereses se infiere de la legislación recaída posteriormente sobre la materia: Real Decreto-ley 6/2012; Ley 1/2013, de 14 de mayo; Ley 19/2015, de 13 de julio, y Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria que da una nueva regulación a la venta extrajudicial de bienes hipotecados sin desplazamiento de posesión, y así lo reconoce como opinión de autoridad la resolución de la DGRN de 25 de febrero de 2014.

5.- Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que nuestras Audiencias Provinciales, cuando se han planteado la cuestión sobre la que decide la sentencia recurrida, ofrezcan la misma respuesta: se trata de la norma actualmente vigente y no puede ser ignorada por una doctrina anterior del Tribunal Supremo referente a supuestos recogidos por normas anteriores a la promulgación de la Constitución. La nueva disposición legal sólo podrá ser declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional y no lo ha hecho.

La sentencia del pleno 483/2016, de 14 de julio, aunque trata este procedimiento desde otro punto de vista - el carácter abusivo de la cláusula que prevé la posibilidad de venta extrajudicial- analiza la jurisprudencia del TJUE sobre este tipo de procesos extrajudiciales sin poner en duda la validez ni la constitucionalidad del actual artículo 129 LH. La sentencia 251/2017, de 25 de abril, en un supuesto similar al anterior, se ha pronunciado en los mismos términos.



Enlazando con la anterior consideración, es preciso poner de relieve que es esta inconstitucionalidad la pretensión de la parte actora en su demanda, y no la nulidad de la cláusula contractual que ha permitido que la entidad acreedora acuda al procedimiento previsto en el artículo 129 LH.

**SEXTO.-** *Decisión de la Sala sobre el motivo primero.*

1.- Se plantea si cabe hacer discriminación entre la venta extrajudicial y la ejecución judicial de hipoteca al decidir sobre los efectos de la tercera subasta.

Tal discriminación la consagró el legislador de la LEC 2000.

El artículo 129 LH remite a las formalidades del Reglamento Hipotecario y éste contempla la celebración de una tercera subasta sin sujeción a tipo y sin límite mínimo de adjudicación (artículo 236 g, apartado 6).

En cambio, en el mismo caso (tercera subasta sin postores) el artículo 671 LEC establecía para la ejecución judicial que el acreedor podía pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le debe por todos los conceptos.

2.- La interrogante que surge, con tal antecedente, es si a la fecha en que se inició el procedimiento de venta extrajudicial de bienes hipotecados a que se refiere el recurso, en concreto el 26 de octubre de 2011, podía mantenerse que persistía la mencionada discriminación o, por el contrario, había argumentos jurídicos para sostener otra solución.

3.- El 26 de octubre de 2011 el RH, al que remitía el art. 129 LH, permanecía sin haber sido objeto de reforma y, por ende, desde una interpretación literal y formal del mismo, llegada la celebración de una tercera subasta esta no estaría sujeta a tipo y no existiría el límite mínimo de adjudicación.

4.- Ahora bien, en el devenir de los años sucedieron circunstancias y hechos relevantes que llamaron necesariamente la atención del legislador, y se vio obligado a darle respuesta.

Tales hechos, no necesitados de prueba por notorios, fueron la crisis financiera internacional y sus consecuencias en España, que llevaron al Gobierno a adoptar diversas medidas para reforzar la capacidad de respuesta de la economía española.

En ese contexto se publica el Real Decreto- ley 8/2011, de 1 de julio, en el que funda la recurrente el presente motivo, siendo expresivo el título del mismo: «de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa».

Deteniéndonos en las medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, que es lo que ahora nos ocupa, el Texto I del Real Decreto- ley afirma que «la situación específica del mercado inmobiliario en este año plantea situaciones de especial dificultad para quienes contrajeron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor valoración de los inmuebles y se encuentran ahora con la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones de pago. Frente a esta situación el Gobierno considera necesario adoptar medidas adicionales de protección para las familias con menores ingresos, así como las reformas necesarias para garantizar que las ejecuciones hipotecarias se realizan sin dar lugar a situaciones abusivas o de malbaratamiento de los bienes afectados; manteniendo plenamente, sin embargo, los elementos fundamentales de garantía de los préstamos y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario».

Más adelante el II añade que «la protección económica, social y jurídica de la familia constituye, especialmente en un momento de dificultades serias como el actual, uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica.

»Concretamente, aquellas familias que han perdido su vivienda como consecuencia de sus difíciles circunstancias económicas no deben verse privadas de un mínimo vital que les garantice tanto sus necesidades más esenciales, como la posibilidad de superar en el corto plazo su situación económica. Para ello, el presente el real decreto- ley incluye dos grupos de medidas con importantes efectos económicos para los que se encuentran en tal situación desfavorecida».

En el segundo grupo afirma que «se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente.

«Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por un precio nunca inferior al 60% de su valor de tasación. Establece, por tanto, un límite equilibrado, impidiéndose cualquiera adjudicación al acreedor inferior al 60% del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total y ello con el fin de evitar el despojo del deudor».



De ahí que, tras la modificación, que entró en vigor a partir del 7 de junio de 2011, el artículo 671 LEC disponga que «Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación», mientras que en el texto anterior modificado y en el original la previsión era del 50 por 100.

**5.-** Siguiendo el discurso una ordenada metodología, y a efectos de salvar la discriminación entre venta extrajudicial y ejecución judicial, hemos de plantearnos si la reforma llevada a cabo por el RDL 8/2011, ya comentada, era de aplicación a las ventas extrajudiciales y, por ende, a la subasta que se enjuicia en este recurso, que es lo pretendido por la parte recurrente.

La respuesta puramente formal ha de ser negativa, pues la reforma se hace de preceptos que regulan la vía de apremio en la ejecución judicial dineraria, que no son de aplicación a las ventas extrajudiciales por cuanto el art. 129 LH remite al RH y no a la LEC, en los términos originales (LEC 2000) aún vigentes.

Ya que formalmente no cabe su aplicación, se plantea si sería posible y procedente su aplicación por analogía.

La analogía no se contempló expresamente en el Código Civil hasta la reforma del 31 de mayo de 1974, y la define la doctrina como la aplicación extensiva de la norma o, más propiamente, de los principios extraídos de la norma a un caso no previsto por ella, pero que presenta igualdad jurídica esencial con otro u otros que la norma regula.

El art. 4.1 CC dispone que «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

Del texto se infiere que el primer requisito para que se aplique el instituto de la analogía es la existencia de laguna legal, entendida en el sentido de la falta de previsión de la norma con relación a un caso determinado, no subsumible en el presupuesto de hecho contemplado en la norma ni resoluble a través del expediente de interpretación extensiva de la misma.

Este primer requisito no concurre, pues no existe laguna legal en orden a la regulación del procedimiento de venta extrajudicial hipotecaria al tiempo de la sustanciación del concreto procedimiento que nos ocupa y en el que se celebró la tercera subasta. Regían, según ya se ha expuesto, los preceptos del RH al que remitía el art. 129 LH, entre ellos el artículo 236-g, en el que se preveía la celebración de la tercera subasta sin sujeción a tipo.

**6.-** Sólo queda por decidir, pues, si a la vista de las circunstancias ya mencionadas de crisis financiera internacional y sus consecuencias en España, en términos muy graves y preocupantes, cabe hacer una interpretación correctora del Reglamento Hipotecario, pues la filosofía o razón de ser que inspira las reformas legislativas tendría el mismo encaje en las ventas extrajudiciales que en las ejecuciones judiciales.

Se trata de salvar las situaciones de especial dificultad para quienes contrajeron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor valoración de los inmuebles y se encuentran ahora con la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones de pago, a fin de evitar auténticos despojos del bien, permaneciendo deudores, además, de la cantidad no cubierta por la adjudicación.

Como el art. 671 LEC ya preveía el límite de adjudicación del 50%, y lo que más preocupaba al legislador (Texto II del Real Decreto- ley 8/2011) eran las familias que habían perdido su vivienda, fue por lo que elevó el límite mínimo de adjudicación al 60% del valor de tasación.

Al tratarse «de actuaciones urgentes», el legislador obró con precipitación, y debió apreciar después que no había distinguido algo elemental en la *mens legislatoris*, que era entre la vivienda habitual del deudor y los inmuebles diferentes de la vivienda habitual, pues en atención a los bienes jurídicos objeto de protección el grado de esta no podía ser él mismo.

Que así debió ser se infiere de que a los tres meses se promulga la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, en vigor desde el 31 de octubre de 2011, cuyo artículo 4-37 introdujo en la LEC una disposición adicional sexta en los siguientes términos:

«Disposición Adicional Sexta. Adjudicación de bienes inmuebles

»En el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la sección VI capítulo IV del título IV del libro III y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al cincuenta por ciento de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.»

**7.-** Si se trata de llevar a cabo una interpretación correctora del RH respecto de las ventas extrajudiciales pactadas en préstamos con garantía hipotecaria, no se ha de estar tanto a normas concretas y a su aplicación





temporal, cuanto al sistema pretendido por el legislador en sus líneas informadoras, contemplado en su integridad.

Si así se obra se aprecia que el legislador, por lo ya razonado, quiere proteger a todo deudor hipotecario, pero distinguiendo entre inmuebles que no constituye vivienda familiar -menor protección- y vivienda familiar -mayor protección-.

Al respecto, sin entrar en el análisis de las normas, así se desprende del artículo 12 del RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que sí reguló la venta extrajudicial de vivienda habitual, con la introducción de determinadas especialidades, así como de la Ley 1/2013, de 14 de mayo y la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

**8.-** La interpretación correctora que declara la Sala la comparte, en esencia, una opinión mayoritaria de autores de la doctrina, con fundamento en los textos incluidos por el legislador en sus reformas legislativas, a los que ya hemos hecho mención.

Se trata de mejorar la situación de los deudores hipotecarios en general, sin distinguir entre procedimientos, pues -EM del RDL 8/2011- «en caso de ejecución hipotecaria..... los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble..... y ello con el fin de evitar el despojo».

Las normas, según el art. 3 CC, se interpretarán en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Esa realidad es la que se ha plasmado y la que sirve de fundamento al legislador para las reformas llevadas a cabo sobre la materia, como ya se ha expuesto.

Teniendo en cuenta esa realidad podría darse el caso, prohibido por el artículo 1859 CC, de que el acreedor se apropiase de las cosas dadas en hipoteca si se las adjudicase por un precio irrisorio.

**9.-** Llegados a este estadio de la motivación, lo que no cabe es mantener, teniendo en cuenta que no existe norma de aplicación directa a la venta extrajudicial, que por vía de interpretación correctora se consagre un nivel de protección igual a bienes que no constituyen vivienda habitual que a los que si la constituyen.

Ello es obvio no sólo porque se infiera de las previsiones legales sobre la materia, sino también por la especial sensibilidad que existe, por mor de la crisis económica, respecto a familias en trance de mínimo vital que ven peligrar el bien patrimonialmente máspreciado para ellas como es la vivienda.

Consecuencia de lo anterior es que la recurrente, promotora de viviendas, trasteros y plazas de garaje, no puede pretender el mismo grado de protección que los titulares de viviendas habituales.

Siendo ello así el recurso no puede estimarse, pues la adjudicación por el acreedor de los bienes hipotecados de la deudora, en tercera subasta, ha excedido con creces del 50 por 100 del valor de tasación.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, procede imponer a la recurrente las costas del recurso.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el rollo de apelación núm. 370/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 235/2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cádiz.

**2.º-** Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

**3.º-** Imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal testimonio de la certificación correspondiente con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.