



Roj: STS 1133/2009  
Id Cendoj: 28079110012009100155  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 186/2004  
Nº de Resolución: 136/2009  
Procedimiento: Casación  
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Marzo de dos mil nueve

.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 Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Espluges de Llobregat; cuyo recurso fue interpuesto en la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Sra. Jiménez Andosilla, en nombre y representación de DON Víctor y LA PUDA DE MONTSERRAT, BALNEARI, MANANTIALS I AIGÜES S.A.; siendo parte recurrida la Procuradora Doña María Rodríguez Puyol, en representación TREUMAL 2000 S.L y la Procuradora Doña Blanca María Grande Pesquero, en nombre y representación de DON Octavio , GERMANY S.A y BRACLING S.A.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO. 1.** - Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Espluges de Llobregat, fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de Don Víctor y la PUDA DE MONTSERRAT, BALNEARI, MANANTIALS I AIGÜAS contra Don Octavio , BRACLING S.L, GERMANY S.A y TREUMAL 2000 S.L, sobre acción de declaración de nulidad de procedimiento hipotecario.

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: "dictar sentencia por la que se declare: 1º.- *La nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Martorell a instancia de Don Octavio , BRACLING S.L y GERMANY S.A, contra mis representados bajo el número 251/94 de autos, en base a los diversos motivos de nulidad que esta parte ha aducido en el seno del presente escrito. 2º.- Que como consecuencia de tal declaración se acuerde tener por válidamente efectuada a efectos enervatorios de la acción hipotecaria la consignación que en el seno de dicho procedimiento fue realizada en su día por mi representada, LA PUDA DE MONTSERRAT, BALNEARI, MANANTIALS I AIGÜAS S.L en calidad de hipotecante no deudor por importe de la suma a disposición de los acreedores hipotecarios y en consecuencia, dar por terminado dicho procedimiento, así como en su caso, mandar la cancelación de la inscripción del dominio de las fincas ejecutadas a nombre de la entidad cesionaria, hoy codemandada, TREUMAL 2000 S.L, y verificarla a nombre de mi representada, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y mandato, a devolver el dominio y en su caso posesión de las fincas a mi representada, y a indemnizar a mis mandantes los daños y perjuicios causados en el modo en que se ha solicitado en el cuerpo de este escrito y finalmente, condenándose también a la parte demandada a las costas de este juicio".*

**2.-** Por el Procurador Don Jordi Navarro Bujía, en nombre y representación de Don Octavio , GERMANY S.A y BRACLING S.L, contestó a la demanda y terminó suplicando al Juzgado: "*se dicte Auto mandando alzar la retención y depósito decretados, condenando al actor a las costas y al pago de los daños y perjuicios que la adopción de tal medida cautelar haya ocasionado a mis representados, tal como establece el artículo 741 de la misma Ley procesal*".

3.- Igualmente por el mismo Procurador Don Jordi Navarro Bujía en representación de TREUMAL 2000 S.L, formalizó escrito de oposición a la demanda y terminó suplicando al Juzgado: *"se digne dictar sentencia en méritos de la cuál se desestimen todas y cada una de las pretensiones solicitadas de adverso, con todos los pronunciamientos favorables para la entidad mi principal y con imposición de las costas causadas a la actora por su evidente temeridad y mala fe en la interposición de la presente demanda"*.

4 .- Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2002 , cuya parte dispositiva es como sigue: *"FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Montero en representación de Víctor y LA PUDA DE MONTSERRAT, BALNEARI, MANANTIALS I AIGÜES S.A contra Octavio , GERMAY S.A, BRACLING S.A y TREUMAL 2000 S.L, representados por el Procurador Jordi Navarro: 1º. Estimo la excepción de cosa juzgada en cuanto a la causa de nulidad referente a la notificación de las subastas al deudor alegada en el hecho sexto de la demanda. 2º. Absuelvo a los demandados de las pretensiones dirigidas contra ellos. 3º. Sin imposición de las costas"*.

**SEGUNDO.** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciado éste, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimoséptima, dictó sentencia con fecha 13 de mayo de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue. *"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Víctor y LA PUDA DE MONTSERRAT, BALNEARI, MANATIALS I AIGÜES S.L contra la sentencia dictada en fecha 17 de julio de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Esplugues , en los autos de que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la misma, con imposición a los recurrentes de las costas de esta alzada"*.

**TERCERO. 1.-** El Procurador Don Ángel Montero Brusell en representación de Don Víctor y la compañía mercantil LA PUDA DE MONTSERRAT, BALNEARI, MANANTIALS I AIGÜES S.A, formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación que se funda en los siguientes motivos: **INFRACCIÓN PROCESAL: PRIMERO** .- Se basa en el artículo 469.1,2º LEC por infracción de las normas reguladoras de la instancia, por razón de falta de exhaustividad de la misma, al no haber resuelto motivadamente todas los puntos que fueron objeto del litigio y falta de congruencia. **SEGUNDO** .- Se basa en el mismo artículo 469.1,3º LEC por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso y consecuente situación de indefensión. **RECURSO DE CASACIÓN** : Este recurso se basa en el artículo 477.2,2º y se motiva, conforme el artículo 477.1 LEC : **PRIMERO** : En el procedimiento judicial hipotecario cuya nulidad se interesa se ha producido infracción del artículo 130 de la Ley Hipotecaria , por inaplicación de la doctrina general que en interpretación del mismo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal supremo para evitar situaciones de indefensión inconstitucional, tal y como se reconoce, entre otras, en la sentencia de 23 de octubre de 1992 . **SEGUNDO** : Se ha producido infracción asimismo del artículo 131 regla 2ª de la Ley Hipotecaria , por inobservancia por parte del juzgador hipotecario de los requisitos que dicho precepto impone debe cumplir la demanda del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. **TERCERO** : Se denuncia también la infracción de la regla 5ª párrafo 2º del artículo 131 en relación con el artículo 134.2º de la Ley Hipotecaria y 225 Reglamento Hipotecario por no haberse notificado la substanciación del procedimiento hipotecario al titular registral de una de las fincas ejecutadas. **CUARTO** : se ha producido infracción por inaplicación de los requisitos establecidos en las reglas 5ª, 7ª y 8ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria , conforme a la doctrina jurisprudencial dictada en relación con las exigencias para cumplir efectivamente con dichos trámites. **QUINTO** : Se ha producido infracción, igualmente, de la regla 10ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria puesta en relación con los artículos 1499 y 1504 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 y con el artículo 7.1 del Código Civil. **SEXTO** : Por último, se ha producido infracción, igualmente, por errónea interpretación de las reglas 15ª y 17ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria , a efectos de fijar cuál es el límite temporal en que el hipotecante no deudor puede consignar la cifra consignada en la escritura como límite de responsabilidad hipotecaria frente a terceros, a efectos de liberar los bienes que se ejecutan por medio del procedimiento judicial sumario.

2.- Por Auto de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2007 se acordó admitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

3. Evacuado el traslado conferido por la Procuradora Doña Blanca María Grande Pesquero en nombre y representación de Don Octavio , GERMANY S.A y BRACRILNGI S.A, presentó escrito de impugnación y terminó suplicando a esta Sala: *"dictar en su día sentencia, por la que se declare no haber lugar al recurso interpuesto por la representación procesal de Don Víctor y LA PUDA DE MONTSERRAT, BALNEARI, MANANTIALS I AIGÜES S.A contra la sentencia que en fecha 13 de mayo de 2003 dictó la Sección decimoséptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, Rollo de Apelación 69/2003 , dimanante de los autos de juicio ordinario 353/2001 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Esplugues de*

*Llobregat, condenando a dicha recurrente al pago de las costas, y remitiendo las actuaciones a la mencionada audiencia para que disponga el curso legal"* . Igualmente por la Procuradora Doña María Rodríguez Puyol, en representación de TREUMAL 2000 S.L, presentó escrito de oposición terminando suplicando a la Sala: "*desestimar ambos recursos confirmando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17ª de fecha 13 de mayo de 2003 con expresa imposición de costas a los recurrentes*".

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 17 de febrero en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.

1 .- La relación cronológica de los hechos de los que se debe partir es la siguiente:

\* Demanda de procedimiento judicial de ejecución hipotecaria ( *ex artículo 131 Ley Hipotecaria* ): 16 de junio de 1994.

\* Providencia de admisión a trámite, que ordena requerir al deudor por diez días, para el pago de la deuda garantizada con hipoteca: 27 de julio de 1994.

\* Requerimiento en el domicilio que consta en la escritura (Calle Junqueres, de Barcelona) que se practica con la portera de la finca: 16 de septiembre de 1994.

\* Comparecencia del deudor, Don Víctor en la que alega que su actual domicilio es otro (Avda. República Argentina): 3 de noviembre de 1994.

\* Celebración de la primera subasta, que fue declarada desierta: 28 de febrero de 2001.

\* Consignación por BRACLING S.A del importe del tipo de la primera subasta, solicitando la adjudicación de las fincas con la facultad de ceder a tercero: 5 de marzo de 2001.

\* Providencia concediéndole ocho días para ceder el remate a tercero: 21 de marzo de 2001.

\* Comparecencia de cesión de remate a TRUMAL 2000, S.L: 2 de abril de 2001.

\* Consignación por LA PUDA de la cantidad asegurada por la hipoteca constituida en garantía de la deuda, solicitando la enervación de la acción hipotecaria y la terminación del procedimiento, lo que fue denegado por el Juzgado por Auto de 15 de junio de 2001 , confirmado por auto resolviendo recurso de reposición de 16 de julio de 2001 .

\* Auto de 28 de diciembre de 2001 , por el que se aprueba definitivamente el remate de las fincas y pone fin al procedimiento.

2. El deudor hipotecario, Don Víctor y la constituyente de la hipoteca, propietaria de las fincas objeto de la misma, formularon demanda de nulidad del procedimiento hipotecario y de indemnización de daños y perjuicios, por razón de una serie de defectos, varios de los cuales ya habían sido alegados en un incidente de nulidad de actuaciones y resueltos negativamente por auto firme.

Tales defectos, planteados en la instancia y que llegan a la casación son los siguientes, tal como se alegan:

\* Domicilio equivocado del deudor donde se practican requerimientos y notificaciones.

\* Certeza y exigibilidad del crédito que no constan en la demanda inicial del procedimiento hipotecario;

\* Falta de notificación del procedimiento al titular registral.

\* Errores en la publicación de los edictos de la subasta y falta de notificación personal al deudor del señalamiento de la misma.

\* Inadecuación de la cesión del remate por quien no es rematante, sino adjudicatario.

\* Enervación de la acción hipotecaria por el hipotecante no deudor, que fue rechazada por el juzgador de aquel procedimiento, por extemporánea.

3 . La demanda fue desestimada en ambas instancias.

La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Esplugues de Llobregat de 17 de julio de 2002 analiza con detalle los alegados motivos de nulidad, en especial la denegación de la enervación de la acción hipotecaria mediante la correspondiente consignación por parte del hipotecante no deudor.

La sentencia de la Audiencia Provincial, sección 17ª, de Barcelona, de 13 de mayo de 2003 , contiene dos partes bien diferenciadas.

En una de ellas declara que se da cosa juzgada respecto a los vicios de nulidad, por cuanto que resulta por auto firme desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones. Y dice así:

*"utilizadas por la parte con amplitud dentro del procedimiento sumario las posibilidades de interesar la nulidad dentro de él, la resolución de éstas dentro del procedimiento sumario necesariamente producirán los efectos de cosa juzgada, sin que le sea lícito a la parte reproducir en un declarativo posterior todas las cuestiones que quedaron definitivamente resueltas dentro del procedimiento sumario. En otras palabras, que los interesados podrán, ante una posible infracción procesal causante a su juicio de indefensión, optar entre solicitar del juez ejecutor la nulidad de oficio de lo actuado, o bien acudir al juicio declarativo posterior, que naturalmente queda descartado si han hecho uso de la primera opción"*

En una segunda parte, trata de la enervación de la acción, confirma el razonamiento dado que la juzgadora de primera instancia *"al considerar extemporáneo el pago de lo reclamado ya que la finca había sido adjudicada y se había consignado la totalidad del precio"* y añade:

*"a mayor abundamiento, se recuerda que la solicitud de adjudicación del acreedor, aceptada por el Juzgado, implica una aprobación provisional del remate, que una vez efectuada la cesión y consignado el precio, se transforma en aprobación definitiva, por lo que en el caso de autos, consignado el precio fijado en la escritura con el escrito interesando la adjudicación, una vez aceptada ésta, la aprobación del remate deviene definitiva y la venta judicial queda consumada"*.

Contra esta sentencia se ha formulado recurso por infracción procesal y recurso de casación.

## **SEGUNDO.**

**1.- Recurso por infracción procesal .** Contiene dos motivos. El primero se basa en el *artículo 469.1,2º LEC* por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por razón de falta de exhaustividad de la misma, al no haber resuelto motivadamente todos los puntos que fueron objeto del litigio y de falta de congruencia.

No hay prácticamente desarrollo del motivo, por lo que no razona porqué aprecia la existencia de tales infracciones. La parte puede estar de acuerdo con lo que ha decidido la sentencia objeto del recurso, que no lo está, pero ésta ha resuelto la cuestión planteada con un solo argumento esencial, la cosa juzgada respecto a los motivos de nulidad y motiva con detalle el rechazo de la posible enervación de la acción de ejecución hipotecaria.

En cuanto a la alegación de incongruencia, no aparece en modo alguno por cuanto se trata de una instancia desestimatoria de la demanda, al confirmar la de primera instancia y, en principio, la sentencia absolutoria es siempre congruente al resolver en el fallo, al rechazarlas, todas las peticiones del suplico de la demanda.

**2 .-** El segundo de los motivos se basa en el mismo *artículo 469.1,3º LEC* por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso y consecuente situación de indefensión. Lo fundamenta en que la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, estima que las causas de nulidad ya han sido resueltas en el incidente de nulidad de actuaciones y no puede ahora, en este recurso, volver sobre las mismas, por mor de la cosa juzgada.

No se trata aquí de la excepción de cosa juzgada: como consecuencia del efecto negativo o excluyente de ésta (*artículo 222.1 LEC* ) que ocasionan las resoluciones o sentencias firmes (*artículo 207* ), no puede el órgano jurisdiccional volver a conocer de una cuestión litigiosa (*artículo 222.2* ). De lo que se trata es que determinadas cuestiones fueron objeto del incidente de nulidad de actuaciones, fueron resueltas por Auto y, tal como dicen las sentencias de instancia, no puede la parte volver sobre las mismas en este proceso declarativo basado en el *artículo 132 LH* , tanto porque no hay nulidad impuesta por *Ley como por no darse indefensión como exige el artículo 469.1.3º LEC* en que se ha fundado este motivo del recurso.

Asimismo, lo que fue objeto del incidente y resuelto por el Auto que le puso fin, son defectos que se alegaron como causa de nulidad que no tenía razón de ser y que vuelven a ser alegados en sendos motivos del recurso de casación interpuesto junto con éste, de infracción procesal. Lo que ha llevado a la parte recurrente

a mezclar en el desarrollo de este motivo cuestiones procesales y materiales de fondo que, en todo caso y como tal motivo, no puede ser estimado.

### **TERCERO.**

1.- *Recurso de casación.* Este recurso se basa en el *artículo 477.2,2º* y se motiva, conforme el *artículo 477.1 LEC* en una serie de infracciones de la normativa de la *Ley Hipotecaria*, que forman los seis motivos del recurso y que se corresponden a los defectos que han sido enumerados anteriormente.

Los tres primeros se refieren a defectos que se han alegado desde la misma demanda y han sido rechazados en las sentencias de instancia. El cuarto y el quinto han sido objeto del incidente de nulidad de actuaciones cuyo Auto lo ha desestimado. El sexto, se centra en la consignación del precio por la sociedad hipotecante y la posible enervación de la acción de ejecución hipotecaria.

2.- El primero de los motivos del recurso de casación alega la infracción del *artículo 130 Ley Hipotecaria* que prevé que el deudor ha de fijar en la escritura de constitución de hipoteca un domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones.

Así lo dispone dicho *artículo*, que en su quinto párrafo añade -lo cual no se dice en el desarrollo de este motivo- que *la modificación en el domicilio y su conocimiento al acreedor se harán constar en acta notarial y en el Registro de la Propiedad por nota al margen de la inscripción o inscripciones de la hipoteca.* Si no consta así no producirá efecto alguno en la tramitación del procedimiento hipotecario, añade el *artículo 226.1 del Reglamento Hipotecario*. Todo ello no tiene otra función que neutralizar una posible mala fe procesal del deudor.

En el desarrollo del motivo se alegan actuaciones del acreedor hipotecaria con "dolo o mala fe", que "evitó en todo momento consciente y deliberadamente ponerlo de manifiesto en el Juzgado", con "datos objetivos, acreditada", todo lo cual son cuestiones fácticas no reconocidas por las sentencias de instancia, que quedan lejos de un recurso de casación. A continuación, se dan unas explicaciones que nada tienen que ver con el enunciado del motivo. En definitiva, este motivo decae.

3.- El segundo motivo de casación se basa en la infracción del *artículo 131, regla 2ª, Ley Hipotecaria* que exige que en la demanda del procedimiento de ejecución hipotecaria conste la *certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta que por todos los conceptos sea objeto de la reclamación.* En dicho motivo se mantiene que no se fijó la cantidad adecuada en concepto de intereses ni la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria que por cada uno de los conceptos garantizados por la hipoteca se había pactado en la escritura. Se refiere también a unos pactos verbales y a la existencia de unos pagos parciales.

No es así y el motivo debe ser rechazado. En la demanda inicial del procedimiento de ejecución hipotecaria consta la deuda, cierta, vencida y exigible y quedan fijadas las cantidades objeto de reclamación. Se habría cumplido el plazo de la reclamación, sin que consten pactos verbales que lo modifiquen. En cuanto a los intereses, no es preciso la determinación exacta de los devengados, sino que basta que se hayan fijado unas bases de cálculo, lo que nunca producirá indefensión en el deudor. Lo mismo cabe decir de los pagos parciales que, como los intereses, se fijarán al tiempo de la liquidación final de la deuda.

Por último, no es baldío señalar que una posible indeterminación de las cantidades reclamadas no llega a la categoría de ser determinantes de la aludida situación de indefensión ni, por tanto, a producir una nulidad del procedimiento. Lo que es claro es que no necesariamente coinciden las cifras reclamadas inicialmente en la demanda con las que serán objeto de pago sobre el precio del remate a favor del acreedor, precisamente por razón de devengo de intereses y de pagos parciales.

4.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del *artículo 131, regla 5ª, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria*, por no haberse notificado la sustanciación del procedimiento hipotecario al titular registral de una de las fincas ejecutadas" (*sic*).

No es así y no se ha obviado tal notificación, sino que lo hipotecado de una de las fincas es un derecho de concesión administrativa. Ciertamente, se produjo confusión en el procedimiento hipotecario y se resolvió por el juzgador por providencia de 26 de enero de 1998 que, recurrida en reposición, se ratificó por auto de 14 de febrero de 1998 al considerar que no era necesaria la notificación de la sentencia del procedimiento hipotecaria al titular de la finca, ya que lo hipotecado era la concesión administrativa y no aquélla.

Dicha regla 5ª no se ha infringido ya que la finca no está hipotecada, sino que la hipoteca recae sobre el derecho de la concesión administrativa y no exige la notificación al titular de la finca que, realmente, no se halla hipotecada.

5.- El cuarto motivo del recurso de casación mantiene que se ha producido infracción de las reglas 5ª, 7ª y 8ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria . Se dice que en los edictos de anuncio de la subasta se han producido errores en la identificación de las fincas (regla 8ª) y una defectuosa notificación personal del señalamiento de las subastas (regla 7ª), sin mencionar en el desarrollo del motivo otro tema (la regla 5ª).

El motivo se rechaza. Tal como dice la sentencia de primera instancia se han cumplido los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria respecto a los datos esenciales de identificación de las fincas y tipo que servirá de base a la subasta y respecto a la notificación al deudor, que ya fue resuelto en el incidente de nulidad de actuaciones, no puede ser alegado por aquél que no comunica fehacientemente (como se ha dicho al resolver el motivo primero) el cambio del domicilio que consta en la escritura, ni puede alegar indefensión aquel deudor que no desconoce el procedimiento ya que realiza pagos parciales y está presente en el mismo.

6.- El quinto de los motivos del recurso de casación se funda en la infracción de la regla 10ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en relación con los artículos 1499 y 1504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y con el artículo 7.1. del Código civil. En este motivo se mantiene que la cesión de remate sólo puede hacerla el rematante pero no el adjudicatario que contempla aquella regla 10ª. Así, en el presente caso, la sociedad que se adjudicó la finca hizo la cesión de remate a TREUMAL 2000, S.L, la que no es válida.

No es así y el motivo se desestima. A pesar de que la cesión sólo se contempla expresamente respecto de los rematantes, es decir, que aquéllos que han presentado la mejor de las posturas admisibles, en caso de que el acreedor solicite la adjudicación en pago de la finca por el tipo de la subasta, por haber quedado desierta, también podrá hacer uso del derecho de cesión. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de abril de 1987 rechazando la petición de los acreedores posteriores de declarar la nulidad de las actuaciones por haber cedido a tercero el acreedor que se adjudicó la finca en pago de su crédito, argumentando que no existe diferencia práctica de relieve entre el acreedor que lícita y cede el remate y aquel que se adjudica la finca y después la cede a tercero, supuesto en el que ningún perjuicio se adivina a los acreedores postulantes de nulidad.

7.- El sexto de los motivos del recurso de casación alega la infracción de las reglas 15ª y 17ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria a efectos de fijar el límite temporal en que el hipotecante puede consignar la cantidad adeudada, a efectos de liberar los bienes que se ejecutan por el procedimiento de aquel artículo.

Es preciso señalar actos y fechas:

- Se celebra la primera subasta, que fue declarada desierta, en fecha 28 de febrero de 2001.
- El 5 de marzo de 2001 la codemandada BRACKLING S.A consigna el importe del tipo de la primera subasta y solicita la adjudicación de la finca, con facultad de ceder a tercero.
- Por Providencia de 21 de marzo de 2001 se le concede el plazo de ocho días para ceder el remate a tercero, cesión de remate que se lleva a cabo por comparecencia de 2 de abril, a favor de la también codemandada TREUMAL 2000 S.L.
- En fecha 7 de mayo de 2001 la codemandada LA PUDA consigna en la cuenta del Juzgado la cantidad asegurada por la hipoteca y solicita la enervación de la acción hipotecaria, que le es denegada por haber hecho la consignación extemporáneamente : Auto de 15 de junio de 2001 confirmado en reposición por Auto de 16 de julio de 2001 .
- En fecha 21 de diciembre de 2001 se dicta Auto de adjudicación (aprobación definitiva) a favor de la entidad cesionaria del remate.

Se trata de resolver el tiempo en que el deudor o la persona hipotecante puede liberar los bienes enervando la acción hipotecaria y dando por terminado el procedimiento de ejecución hipotecaria. La Ley Hipotecaria. no lo prevé; sí lo hace la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en el artículo 693.3: hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta...

La Ley Hipotecaria contempla una aprobación provisional del remate (regla 15ª del artículo 131 ) tras la que el adquirente debe consignar en breve plazo el resto del precio, por lo que tiene carácter provisional. Transcurrido el plazo, cumplidos los requisitos de consignación de diferencia y en su caso, la cesión de remate, se procede a la aprobación definitiva de la adjudicación a favor del adjudicatario o cesionario (regla 17ª).

En el presente caso, la sociedad hipotecante hizo la consignación pretendiendo la enervación de la acción hipotecaria, tras la aprobación provisional del remate, la adjudicación, la consignación y la cesión a

tercero. Pero antes del auto de aprobación definitiva. Los planteamientos jurisprudenciales sobre tercería de dominio y retracto legal que parten como *dies a quo* del día en que se dictó el auto de aprobación definitiva, no son asimilables al caso de la enervación de la acción hipotecaria. Esta es la ejecución de la hipoteca por incumplimiento de la obligación garantizada. Cuando se ha practicado la subasta, la consignación del precio total e incluso la cesión a tercero, la hipoteca ha sido totalmente ejecutada, la acción se ha consumado, no puede resucitar, es decir, no puede ser enervada; se ha producido la perfección del acto transmisor, a la espera de la actividad judicial consistente en dictar el auto que será *título bastante para la inscripción*, como dice la regla 17ª; pero la acción hipotecaria está consumada y la hipoteca, ejecutada. Así, se concluye que el momento final para la enervación de la acción hipotecaria, es el anterior a su consumación, es decir, el anterior a la consignación del precio, tras la aprobación del remate.

Lo cual concuerda con lo resuelto por las sentencias de instancia, que no han infringido los artículos invocados en este motivo, que se desestima.

#### **CUARTO.-**

1.- Por todo lo expuesto, al rechazarse todos los motivos de los recursos por infracción procesal y de casación, deben desestimarse ambos, confirmar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial de Barcelona tal como disponen los *artículos 476.3 y 487.2 Ley de Enjuiciamiento Civil* .

2.- Asimismo, deben imponerse las costas causadas por estos recursos a la parte recurrente, en aplicación de lo dispuesto en el *artículo 398.1* en su remisión al *artículo 394.1 Ley de Enjuiciamiento Civil* .

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

#### **FALLAMOS**

**Primero .-** QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION, interpuestos por el Procurador D. Angel Montero Brusell, en nombre y representación de DON Víctor y LA PUDA DE MONTSERRAT, BALNEARI, MANANTIALS I AIGÜES S.A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimoséptima, en fecha 13 de mayo de 2003

**Segundo .-** En cuanto a las costas, deben imponerse a la parte recurrente, por las causadas en ambos recursos.

**Tercero.** Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- D. Juan Antonio Xiol Ríos.-D. Xavier O'Callaghan Muñoz.- D. Jesús Corbal Fernández.-D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.- D. Antonio Salas Carceller.- D. José Almagro Nosete.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.