



H

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª).**Auto de 11 marzo 2008**[RJ\2008\5214](#)

RECURSO DE CASACION: ESCRITO DE INTERPOSICION DEL RECURSO: MEDIDA CAUTELAR: procedencia: solicitud de retención de cantidades a percibir por acreedor en proceso de ejecución hipotecaria, para garantizar la efectividad de la sentencia recaída en procedimiento seguido por nulidad de ese título hipotecario.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación núm. 1912/2007

Ponente: Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

Los antecedentes necesarios para el estudio del Auto se relacionan en su fundamento de derecho primero. El TS accede, antes de resolver sobre la admisión a trámite del recurso interpuesto contra la Sentencia dictada el 11-06-2007 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, a la solicitud de retener cantidades al acreedor obtenidas por éste mediante subasta en procedimiento de ejecución hipotecaria.

AUTO

En la Villa de Madrid, a once de marzo de dos mil ocho.

I. HECHOS**PRIMERO**

La representación procesal de la entidad "Asturinvermobi, SL", presentó, con fecha 10 de octubre de 2007, escrito de interposición de recurso de casación contra la [Sentencia dictada, con fecha 11 de junio de 2007, por la Audiencia Provincial de Oviedo \(Sección Sexta\), en el rollo de apelación 229/2007 \(PROV 2007. 343646\)](#), dimanante de los autos 1251/2005, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo.

SEGUNDO

Mediante Providencia de 11 de octubre de 2007 la Audiencia tuvo por interpuesto el recurso y acordó elevar las actuaciones a este Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes litigantes que se verificó con fecha 22 de octubre siguiente.

TERCERO

Recibidas las actuaciones en este Tribunal y formado el presente rollo, han comparecido el Procurador D. Nicolás Álvarez del Real, en nombre y representación de D. Jose Francisco, Dª Flora, Dª Margarita y entidad "Hermanos Trapiello, SL", y el Procurador D. Gabriel de Diego Quevedo en nombre y representación de la entidad "Asturinvermobi, SL", como parte recurrida y como recurrente, respectivamente.

CUARTO

Con fecha 11 de diciembre de 2007, el Procurador D. Nicolás Álvarez del Real, en la indicada representación de D. Jose Francisco, Dª Flora, Dª Margarita y entidad "Hermanos Trapiello, SL", presentó escrito solicitando la retención de las cantidades obtenidas en la subasta a celebrar en autos de ejecución hipotecaria 120/2005, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia NÚM. 1 de Lema, con fundamento en las alegaciones efectuadas en el mismo, dictándose Providencia con fecha 15 de enero

de 2008 por la que se acordó requerir a los solicitantes en los términos que obran y oír a la entidad recurrente sobre lo solicitado, quien no ha formulado alegación alguna. Mediante escrito de fecha 30 de enero de 2008, el Procurador D. Nicolás Álvarez del Real, en la representación indicada, presentó escrito cumplimentando el requerimiento acordado en la citada Providencia.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, a los solos efectos de este trámite.

II. RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO

Solicitan los demandantes, parte recurrida, al amparo de lo previsto en el art. 698 de la [LECiv \(RCL 2000. 34. 962 y RCL 2001. 1892\)](#) , la retención de la totalidad de las cantidades obtenidas en el proceso de ejecución hipotecaria seguido contra ellos en el Juzgado de Primera Instancia NÚM. 1 de Lena, con el núm. 120/2005, a instancias de la entidad aquí recurrente, "Asturinvermobi, SL", en el que viene señalada la celebración de subasta; solicitan asimismo que se mantenga a dichos solicitantes en la posesión de su vivienda habitual sin entrega de la misma al adjudicatario de la subasta.

Tras el requerimiento efectuado por esta Sala en Providencia de fecha 15 de enero de 2008, a fin de que prestaran garantía bastante o acreditaran la solvencia notoria para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que pudieran causarse por la medida instada, conforme contempla el apartado 2, párrafo segundo, del citado precepto, solicitan los postulantes que la fianza de 30.000 euros, depositada en su día en metálico este procedimiento, para responder de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar a la entidad demandada la medida cautelar de anotación preventiva de demanda que instaron con la demanda rectora del litigio, sea aplicada como la garantía que ahora se les exige y ofrecen, además, la vivienda propiedad de D^a Flora, inscrita en el Registro de la Propiedad de Pola de Lena con el número NUM000, de la que aportan nota registral en la que consta su titularidad y cargas.

La entidad recurrente, "Asturinvermobi, SL", no ha efectuado alegación alguna sobre la petición formulada, en el traslado que se le confirió en Providencia de 15 de enero de 2008, que consta debidamente notificada a su Procurador, Sr. De Diego Quevedo, con fecha 18 de enero de 2008.

SEGUNDO

A fin de resolver sobre lo solicitado, ha de examinarse en primer término si estamos ante el supuesto contemplado en el precepto invocado por los solicitantes, el art. 698 de la [LECiv \(RCL 2000. 34. 962 y RCL 2001. 1892\)](#) , y la respuesta ha de ser afirmativa ya que el presente procedimiento, de autos de juicio ordinario 1251/2005, en el que viene interpuesto el recurso de casación, se siguió a instancia de los ahora solicitantes contra la entidad recurrida "Asturinvermobi, SL", para obtener la declaración de existencia de un préstamos usurario y como consecuencia de ésta, declarar la nulidad de los contratos celebrados el día 8 de abril de 2005 y de la hipoteca concertada, asimismo, el día 8 de abril de 2005, procediendo a la extinción y cancelación de la inscripción de la citada hipoteca, además de instarse la nulidad del contrato de opción de compra celebrado el 15 de abril de 2005; de manera que, según puede comprobarse por los testimonios de la demanda de ejecución hipotecaria que dio lugar al proceso de ejecución 120/2005, seguido en el Juzgado de Primera Instancia N^a 1 de Lena, y del Auto de admisión, aportados a requerimiento de esta Sala, el presente proceso se sigue para la nulidad o extinción del título fundamento del proceso de ejecución, la hipoteca de 8 de abril de 2005; por lo que nos hallamos ante el supuesto contemplado en el apartado 1 del art. 698 de la LECiv.

TERCERO

Dicho lo anterior procede examinar lo postulado por los solicitantes y, al respecto, debe precisarse que la previsión del legislador en el art. 698 de la [LECiv \(RCL 2000. 34. 962 y RCL 2001. 1892\)](#) se limita a la posibilidad de retención del todo o parte de la cantidad que, en el proceso de ejecución, debe entregarse al acreedor, pero no se prevé ninguna otra medida, por lo que carece de amparo legal la petición relativa a que se mantenga a dichos solicitantes en la posesión de su vivienda habitual sin entrega de la misma al adjudicatario de la subasta en el proceso de ejecución que, por tanto, debe ser denegada.

Así pues, esta Sala se limitará a examinar la procedencia de la adopción de la medida que contempla dicho precepto que es, exclusivamente, la de retención de la cantidad que deba entregarse al acreedor en los autos de ejecución.

CUARTO

A tal efecto -según exige el párrafo segundo del apartado 2 de la norma- esta Sala considera bastantes las razones alegadas por los solicitantes en el escrito presentado ante con fecha 11 de diciembre de 2007, teniendo en cuenta especialmente que la Sentencia impugnada en casación confirma el pronunciamiento de la instancia que declara la nulidad de la hipoteca concertada el 8 de abril de 2005, título que sirve al proceso de ejecución, y que la entidad recurrente -ejecutante el proceso de ejecución- se ha aquietado a este pronunciamiento puesto que no dirige contra el mismo ninguno de los motivos articulados en el escrito de interposición del recurso, por lo que está justificada la petición en cuanto va dirigida a asegurar la efectividad de la Sentencia que, finalmente, recaiga en estas actuaciones que, dado lo expuesto, y sin perjuicio de que prospere o no el recurso de casación formulado, contendrá un pronunciamiento de nulidad del título ejecutivo ya que no ha sido impugnado; a ello debe añadirse que la entidad recurrente -ejecutante en el proceso de ejecución- no ha manifestado su oposición en el traslado conferido.

QUINTO

Resta por examinar si, como exige la norma, puede considerarse suficientemente garantizados los intereses de demora y el resarcimiento de los perjuicios que pueda ocasionar la medida instada y para ello esta Sala tiene en consideración las siguientes circunstancias: 1. La ya mencionada falta de oposición expresa de la entidad recurrente "Asturinvermobi, SL", ejecutante en el proceso hipotecario, que no ha efectuado alegación alguna en el término que le fuera conferido en Providencia de 15 de enero del presente; 2. La cuestión a que se contrae la pretensión impugnatoria en el recurso de casación formulado por "Asturinvermobi, SL", que se limita a la fijación de la cuantía que debe percibir, consintiendo -como ya se ha dicho- la nulidad declarada en instancias precedentes de los negocios litigiosos, uno de ellos -el de 8 de abril de 2005- fundamento de la ejecución hipotecaria; y 3. El ofrecimiento de garantía efectuado por los solicitantes en el escrito de 30 de enero de 2008.

Atendiendo especialmente a la segunda de las circunstancias expuestas y a lo propuesto por los solicitantes en el sentido de que la garantía consignada en metálico de 30.000 euros para responder de los posibles perjuicios ocasionados por la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, sea aplicada como garantía de la solicitud que ahora se formula, esta Sala considera que es suficiente puesto que los solicitantes han obtenido a su favor el pronunciamiento que declara la nulidad de los negocios celebrados con la entidad demanda, pronunciamiento que no ha sido recurrido y sólo es objeto de controversia en el recurso de casación el importe de la cantidad que han de satisfacer los actores a la entidad demanda, por cuanto ningún inconveniente debe verse en que la cantidad de 30.000 euros que, en un principio garantizó una medida cautelar con la que no se ha ocasionado perjuicio alguno a la contraparte puesto que se ha obtenido la nulidad pretendida, sea garantía de lo que ahora se solicita que, atendidas las circunstancias expuestas, se considera suficiente.

SEXTO

Procede, por tanto acordar la retención de las cantidades que deban satisfacerse al acreedor obtenidas en la subasta que viene señalada en autos de ejecución hipotecaria 120/2005, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia NÚM. 1 de Lena, según contempla el art. 698 de la [LECiv \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , para cuya efectividad deberá librarse oficio a dicho Juzgado quedando la cantidad de 30.000 euros, que consta ingresada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales del Juzgado de Primera Instancia NÚM. 2 de Oviedo, en los presentes autos de juicio ordinario 1251/2005, como garantía de los intereses de demora y perjuicios que pudiera ocasionar la retención acordada.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA

1º

LA RETENCIÓN de las cantidades que deban satisfacerse al acreedor obtenidas en autos de ejecución hipotecaria 120/2005, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia NÚM. 1 de Lena.

2º

LIBRAR OFICIO al indicado Juzgado para la efectividad de lo acordado.

3º

Quede como garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse la cantidad de 30.000 euros, que consta ingresada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales del Juzgado de Primera Instancia N.2 de Oviedo, en los autos de

juicio ordinario 1251/2005.

4º

NO HA LUGAR a la petición de que se mantenga a dichos solicitantes en la posesión de su vivienda habitual sin entrega de la misma al adjudicatario de la subasta en el proceso de ejecución referido.

5º

Y, queden las actuaciones para resolver sobre la admisión del recurso de casación formulado.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.