

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8999 *Sala Primera. Sentencia 119/2012, de 4 de junio de 2012. Recurso de amparo 6215-2008. Promovido por doña Margarita Jesús Jaráiz Mero y otras dos personas más en relación con las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid y de un Juzgado de Primera Instancia de Móstoles dictadas en juicio de reclamación de cantidad. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): mantenimiento de la subrogación forzosa declarada inconstitucional por la STC 128/1994.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Javier Delgado Barrio, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps y doña Adela Asua Batarrita, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6215-2008 promovido por doña Margarita Jesús Jaráiz Mero, don Eduardo Gómez Gamero y doña Concepción Jaráiz Mero, representados por el Procurador de los Tribunales don Roberto de Hoyos Mencía y asistidos por el Abogado don Mariano Avilés Muñoz, contra las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Móstoles de 30 de noviembre de 2007, y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18, de fecha 9 de junio de 2008, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la anterior. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Se ha personado en las actuaciones la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Soledad Paloma Muelas García y asistida por el Abogado don José Luis González Crespo. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado el 29 de julio de 2008, el Procurador de los Tribunales don Roberto de Hoyos Mencía, en nombre y representación de doña Margarita Jesús Jaráiz Mero, don Eduardo Gómez Gamero y doña Concepción Jaráiz Mero, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones a las que se ha hecho referencia en el encabezamiento.

2. Los hechos con relevancia para la resolución del presente recurso de amparo y a los que se refiere la demanda presentada, son los siguientes:

a) Con fecha 1 de octubre de 2007, la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., dedujo demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad contra los recurrentes en amparo, del capital e intereses de demora impagados, en la suma total de ciento cuarenta y siete mil doscientos dieciocho euros con once céntimos (147.218,11 euros). La pretensión se fundaba en el incumplimiento del contrato de préstamo hipotecario suscrito el 3 de marzo de 1989 entre la entidad Banco Hipotecario de España y la entidad mercantil Horpavisa, cuya escritura pública preveía en su cláusula decimocuarta la sumisión expresa de las partes «a las disposiciones reguladoras de las operaciones del Banco Hipotecario de España contenidas en la Ley de 2 de diciembre de 1872, Real Decreto de 3 de

noviembre de 1928 y disposiciones concordantes, y conforme a lo establecido en las mismas los adquirentes de los bienes hipotecados quedarán subrogados en todas las obligaciones asumidas por la parte prestataria en los términos que aquellas prescriben, sin perjuicio de lo establecido en la estipulación anterior».

Las fincas con que se garantizó el préstamo suscrito fueron transmitidas por Horpavis a la entidad Promociones Alfaro, S.A., subrogándose ésta en la posición de deudora mediante escritura de compraventa otorgada ante Notario el 25 de julio de 1989. Posteriormente, con fecha de 14 de noviembre de 1990, Promociones Alfaro, S.A., enajenó a los recurrentes en amparo una de las fincas. En la escritura pública de compraventa se hizo constar como carga la hipoteca constituida a favor del Banco Hipotecario de España en garantía del préstamo original, así como que la parte compradora retenía la cantidad de siete millones y medio de pesetas (7.500.000 de pesetas) para atender «a la solvencia y cancelación de la hipoteca que grava a la finca objeto de esta escritura en los derechos y obligaciones dimanantes de la cual queda subrogada solidariamente la parte compradora» por aquel mismo importe.

El 17 de febrero de 1994, el Banco Hipotecario de España entabló juicio ejecutivo hipotecario contra los recurrentes, despachándose ejecución y teniendo lugar el acto de subasta del bien inmueble mencionado el 20 de noviembre de 1995, del que resultó adjudicatario el propio banco por importe de 4.690.000 pesetas, dictándose el 15 de abril de 1996 auto aprobatorio del remate por el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid (autos núm. 190-1994). Según BBVA, S.A., todavía quedaron pendientes de pago parte del capital (42.022 euros) e intereses de demora (105.195,73 euros), haciendo el total de la deuda exigible el de ciento cuarenta y siete mil doscientos dieciocho euros con once céntimos (147.218,11 euros). En cuanto a su legitimación activa, ésta derivaba del hecho de que el Banco Hipotecario de España resultó absorbido por la Corporación Bancaria de España mediante escritura de 30 de septiembre de 1998, cambiando después su denominación social por la de Argentaria, Caja Postal y Banco Hipotecario, S.A., entidad que a su vez resultó absorbida por la actora Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., según escritura pública de 25 de enero de 2000, pasando a ser acreedor por subrogación del préstamo de 1989 al que se ha aludido.

b) Admitida la demanda en reclamación de cantidad y tras la sustanciación del juicio ordinario correspondiente (autos núm. 1036-2007), el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Móstoles dictó Sentencia el 30 de noviembre de 2007, estimatoria de la pretensión.

En lo que aquí importa, parte el Juzgado en sus consideraciones del carácter vinculante de las cláusulas pactadas en la escritura de compraventa de la finca hipotecada, en cuanto los demandados se subrogaron en las obligaciones derivadas del contrato de préstamo hipotecario, siendo en este punto necesario, según señala la Sentencia en su fundamento jurídico tercero, atender a la «cláusula decimocuarta, en su apartado primero, de la escritura de préstamo con hipoteca, a cuyo tenor las partes se someten expresamente a las disposiciones reguladoras de las operaciones activas del Banco Hipotecario de España, contenidas en la Ley de 2 de diciembre de 1872, Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 y concordantes y, conforme a lo establecido en las mismas, los adquirentes de los bienes hipotecados quedarán subrogados en todas las obligaciones que haya contraído su causante con el Banco, en los términos que ellas prescriben. En conclusión, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118.2 LH se ha producido la subrogación de los demandados en la deuda personal de promociones Alfaro SA, desde que se produjo la venta del inmueble, subrogación que fue admitida por el Banco Hipotecario de España, con la consecuencia de que la sociedad transmitente quedó liberada de toda responsabilidad frente al Banco Hipotecario de España».

En definitiva, la Sentencia razona que los demandados —como terceros adquirentes del bien hipotecado— al prestar su consentimiento en la escritura de compraventa a las cláusulas 13 y 14 del contrato de préstamo con hipoteca no se subrogaron sólo en la posición de deudores hipotecarios (es decir hasta donde alcanza el valor de realización del inmueble), sino también en la de deudores personales y, por consiguiente de toda la parte de la deuda que la ejecución del inmueble no cubriera, en aplicación de los

dispuesto en los arts. 118 de la Ley hipotecaria y 1911 del Código civil. Y, con este argumento concluye que «la acción que ha de entenderse agotada en la subasta es la real que nace de la hipoteca ... pero permanece incólume —con la lógica salvedad de la reducción del importe de la deuda— la acción personal derivada del crédito» (fundamento de Derecho cuarto).

c) Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia el 9 de junio de 2008 (rollo núm. 382-2008) estimando en parte el recurso pero sólo por lo que se refiere a la reducción de los intereses de demora (por apreciar abuso de derecho de la entidad actora al haber esperado tanto tiempo para reclamarlos), no así en lo concerniente a la sujeción de la cláusula 14 al régimen jurídico de la Ley de 2 de diciembre de 1872 y Real Decreto-ley 1404/1928. De este modo y frente al motivo de apelación que advertía que ya a la fecha del procedimiento hipotecario de 1994 había sido dictada la STC 128/1994, de 5 de mayo que declaró la inconstitucionalidad, entre otros del art. 36 de la Ley de 1872 sobre la subrogación, la Audiencia lo rechaza afirmando lo siguiente: «en modo alguno puede estimarse que la subrogación de los demandados en la hipoteca constituida sobre la finca que adquirieron lo fuera exclusivamente en la obligación real, a tenor de la prueba documental, y básicamente el testimonio del procedimiento hipotecario seguido con anterioridad. Por lo que dicho motivo de impugnación no podría prosperar. Del mismo modo, habría que decaer la alegación de haberse seguido el procedimiento hipotecario con arreglo a la ley declarada inconstitucional, dado que la Sentencia dictada a este respecto por el Tribunal Constitucional, lo fue con posterioridad al inicio de dicho procedimiento, razón por la cual no se halla afectado por la misma».

3. La demanda de amparo alega como infringidos los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad ante la ley (art. 14 CE). Tras hacer referencia al proceso ejecutivo hipotecario sustanciado en 1994 a instancia del Banco Hipotecario de España, donde ya se hizo aplicación indebida de la Ley de 2 de diciembre de 1872, señala que en el proceso declarativo ordinario instado en 2007 por el BBVA, S.A., la Sentencia del Juzgado *a quo* ha supeditado en su fundamento jurídico tercero el alcance y cuantía de la deuda reclamada a la aplicación del régimen de subrogación de la misma ley de 1872, en concreto los artículos 34 y 36, ambos declarados inconstitucionales por la STC 128/1994, de 5 de mayo, por vulnerar el art. 14 CE.

En cuanto a la Sentencia de apelación, se aduce que a pesar de basarse uno de los motivos del recurso en la inaplicabilidad de tales preceptos, «no se ha recibido la tutela de la Audiencia Provincial de Madrid ... porque ni tan siquiera se resuelve la cuestión antijurídica planteada por la aplicación inconstitucional». Añaden los recurrentes que son nulos de pleno derecho los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas, y que «se vulnera, igualmente, el art. 39 de la LOTC relativo a los efectos de la sentencia en procedimientos de inconstitucionalidad y los arts. 238 a 243 de la LOPJ sobre nulidad de actos judiciales». Advierten que como resultado de todo ello, además de perder el inmueble hipotecado en virtud de su adjudicación al Banco Hipotecario de España en el proceso de ejecución hipotecaria del año 1994, ahora se les condena al pago de una suma tres veces superior al importe de la deuda original. Se solicita finalmente en el suplico de la demanda de amparo, el otorgamiento del amparo y la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial.

4. Por providencia de la Sección Primera de este Tribunal de 7 de octubre de 2009, se acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dirigir comunicación a la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid y al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Móstoles para que, en el plazo de diez días, remitieran testimonio respectivamente del rollo de apelación núm. 382-2008 y de los autos del juicio ordinario núm. 1036-2007, interesándose asimismo el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en dicho procedimiento excepto los ahora recurrentes, a fin de que pudieran comparecer.

5. Mediante escrito registrado el 9 de diciembre de 2009, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representado por la Procuradora doña María Soledad Paloma Muelas García y defendido por el Abogado don José Luis González Crespo, presentó escrito solicitando se le tuviera por personado «en concepto de recurrido».

6. Recibidas todas las actuaciones, la Sección Primera de este Tribunal dictó diligencia de ordenación con fecha 18 de diciembre de 2009 teniendo por personado al BBVA, S.A., y disponiendo la apertura de un plazo común de veinte días a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para la presentación de alegaciones.

7. Mediante escrito registrado el 28 de enero de 2010, la representación procesal del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., formuló sus alegaciones.

Ante todo y bajo la rúbrica «Improcedencia del amparo solicitado», interesa la inadmisión del recurso por virtud de lo dispuesto en el art. 44.1 a) LOTC, pues los recurrentes «no han intentado un recurso de nulidad de actuaciones». Asimismo, añade, en el escrito de contestación a la demanda del juicio ordinario «no se contiene ni la más mínima cita de precepto constitucional alguno incumplido» y sólo en el escrito de recurso de apelación aparece el art. 14 CE.

Después señala, que, a su entender, «en la tramitación del procedimiento sumario hipotecario que precedió al procedimiento ordinario» no se produjo la indefensión que es «causa fundamental» del recurso de amparo puesto que se inició conforme a las prescripciones entonces vigentes de la ley de 1872, y, una vez publicada la Sentencia del Tribunal Constitucional, aquellos actos procesales que no estaban ya iniciados fueron llevados a cabo conforme a las disposiciones del artículo 131 de la Ley hipotecaria, según es de ver por el acta de subasta de la finca.

Y en cuanto a la inconstitucionalidad de la subrogación en la hipoteca *ex lege*, por prescripción de la citada Ley de 1.872, añade que, «tal pretensión se ve igualmente abocada al fracaso, ya que en la cláusula 14, 1, de la escritura de constitución de hipoteca se convino esa subrogación» y «en la escritura de compraventa (documento núm. 4 de la demanda de juicio ordinario) los compradores declaran conocer el contenido de la cláusulas del préstamo, retienen la cantidad de 7.500.000 pesetas para atender al pago de la deuda garantizada y se subrogan solidariamente en los derechos y obligaciones dimanantes de aquélla. Por tanto, si entendemos que la subrogación por ministerio de la ley especial de 1872 es inconstitucional, no es menos cierto que aquí existe pactada una subrogación convenida entre las partes, libremente asumida por los compradores al instrumentar su escritura de compraventa.»

Por todo ello concluye solicitando la desestimación del recurso de amparo.

8. A su vez, la representación procesal de los recurrentes dedujo escrito el 29 de enero de 2010, ratificándose en la demanda de amparo presentada.

9. Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó escrito el 2 de febrero de 2010, a los solos efectos de interesar que se acordase la aportación al presente proceso constitucional, de las actuaciones practicadas en el procedimiento 190-1994 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid. A esta petición se accedió por diligencia de ordenación de la Sección Primera, de 5 de febrero de 2010.

10. Una vez remitido el testimonio por el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, se dictó diligencia de ordenación con fecha de 1 de marzo de 2010 concediendo nueva vista de todas las actuaciones por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y partes personadas, al objeto de la formulación de alegaciones.

11. El Ministerio público evacuó el escrito correspondiente con fecha 23 de marzo de 2010, interesando la desestimación del amparo. Como primera cuestión plantea la «posible» extemporaneidad de la demanda, en cuanto entiende que ésta va dirigida a atacar la validez del proceso de ejecución hipotecaria sustanciado bajo los autos 190 1994 del Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid donde, «a decir del recurrente, se

aplicaron artículos derogados de la Ley de 2/12/1872», en concreto los arts. 32 a 36 declarados inconstitucionales —prosigue diciendo— por la STC 128/1994. De esta manera y a juicio de la Fiscalía, «los recurrentes debieron haber venido al Tribunal Constitucional tan pronto concluyó el procedimiento hipotecario (al margen de los autos de ejecución posteriores)» y no habiéndolo hecho así, se habría superado «sobradamente el plazo, entonces de 20 días, previsto en el art. 44.2 de la LOTC».

En cuanto al fondo y para el caso de que la Sala no aprecie la concurrencia del óbice antes dicho, el Ministerio Fiscal estima que no ha existido lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por aplicación de normativa declarada inconstitucional, tomando en consideración las fechas de los dos actos procesales del juicio hipotecario de 1994 que, según entiende, centran la impugnación de la demanda de amparo. Así, el acto de requerimiento de pago al deudor en fecha 23 de noviembre de 1994, y el acta de subasta del bien hipotecado, fechada a su vez el 20 de noviembre de 1995, respecto de los cuales el Fiscal duda que le fueran aplicadas las normas declaradas inconstitucionales, pues estima que más bien se aplicaron las reglas contenidas en el art. 131.12 de la Ley hipotecaria. En este sentido, concluye que, de conformidad, con lo que dispuso la STC 128/1994, FJ 6, «por lo que respecta al acto de la subasta de realización necesaria tanto en el proceso derogado como en el que viene a sustituirlo, el juez no hace adaptar, como le permite el Tribunal Constitucional, el proceso a la nueva realidad legislativa, sin que se pueda pretender, por ello, la anulación total del proceso». Y, por lo que respecta, al acto de requerimiento de pago efectuado al deudor, si bien el Ministerio Fiscal afirma que se llevó a cabo en cumplimiento del artículo 33 de la Ley de 2 diciembre 1872 que se había declarado inconstitucional, no concurre causa alguna para apreciar la indefensión denunciada, porque —a su juicio— el simple acortamiento de un plazo para requerir de pago no ha mermado en absoluto los derechos de defensa al no haberse acreditado que hubieran pagado la deuda de haberse gozado de un plazo más amplio.

Finalmente, se añade que «por lo demás no parece que se hiciera aplicación alguna de la Ley del Banco Hipotecario de España en el proceso ulterior tendente al cobro del resto de la deuda una vez descontado el precio del inmueble», sino que la «acción complementaria a la de hipoteca» que se ejercitó fue la prevista en el art. 1911 del Código civil de responsabilidad patrimonial universal de los deudores y no guarda relación con la inconstitucionalidad de los artículos que regulaban el procedimiento en la ley de 1872.

12. El 5 de abril de 2010, la representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., consignó nuevo escrito de alegaciones, reiterando la ya formuladas y añadiendo que «el pormenorizado examen de las actuaciones habidas en el procedimiento sumario hipotecario revele inequívocamente que éste se inició conforme a la legislación vigente en el momento de la presentación de la demanda, la Ley de 2 de diciembre de 1872, y, una vez conocida la Sentencia del Tribunal Constitucional, publicada en el 'BOE' del 31.05.1994, y para aquellas actuaciones que se acuerdan posteriormente, se siguen escrupulosamente los trámites del artículo 131 de la Ley Hipotecaria».

13. Por providencia de fecha 30 de mayo de 2012, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 4 de junio del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se promueve frente a las Sentencias dictadas el 30 de noviembre de 2007 y el 9 de junio de 2008, respectivamente, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Móstoles y la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en juicio de reclamación de cantidad instado en el año 2007 por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra los aquí recurrentes, para el cobro del capital e intereses que todavía restaban impagados por la deudora original en virtud de un contrato de préstamo hipotecario, en cuya posición se subrogaron en 1990 aquéllos como terceros adquirentes de uno de los inmuebles.

La demanda de amparo alega en primer término la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, pues ambas Sentencias aplican el art. 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 que obligaba a la subrogación de los terceros adquirentes de la finca hipotecada en todas las obligaciones que por razón de ella hubiera contraído su causante con el banco, pese a que ese precepto, junto a los artículos 33 a 35 de la ley fueron declarados inconstitucionales por la STC 128/1994, de 5 de mayo, y por tanto devinieron desde entonces inaplicables, al igual que los concordantes artículos 10 a 13 del Real Decreto-ley 1404/1928 de 4 de agosto. Dado además que la causa de la declaración de inconstitucionalidad de esos preceptos de la ley de 1872 fue la desigualdad injustificada de trato que comportaban los privilegios concedidos por aquélla al Banco Hipotecario de España, los aquí recurrentes imputan asimismo a las Sentencias recurridas la lesión de su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

Si bien el suplico de la demanda limita la solicitud de nulidad a la Sentencia de apelación, el recurso ha de entenderse dirigido también contra la Sentencia del Juzgado *a quo* de 30 de noviembre de 2007, tanto porque en lo sustancial esta última resultó confirmada por aquella otra de apelación, como porque no cabe duda de la voluntad de los recurrentes de cuestionar también la validez de la dictada en primera instancia, siendo que en definitiva atribuyen a ambas resoluciones judiciales el mismo defecto de juicio, como es la aplicación indebida de una norma declarada inconstitucional, habiéndolo denunciado sin éxito en el escrito de apelación, lo que permite traer a colación la consolidada doctrina de este Tribunal a cuyo tenor «cuando se impugna en el recurso de amparo una resolución judicial confirmatoria de otras que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, han de entenderse también recurridas esas precedentes resoluciones judiciales confirmadas» (SSTC 97/1999, de 31 de mayo, FJ 2; 178/2003, de 13 de octubre, FJ 2; 139/2007, de 4 de junio, FJ 1; 58/2008, de 28 de abril, FJ 1, y 40/2009, de 9 de febrero, FJ 2).

El Ministerio Fiscal, que alega ante todo la extemporaneidad del recurso, insta subsidiariamente la desestimación por entender que no se ha producido la vulneración denunciada. Por su parte el banco que ha comparecido en estos autos solicita la inadmisión del amparo, alegando que los recurrentes «no han intentado un recurso de nulidad de actuaciones» y la falta de invocación en la vía judicial previa del precepto constitucional que se considera infringido, y subsidiariamente la desestimación.

2. Ante todo ha de darse respuesta a la extemporaneidad de la demanda de amparo [arts. 44.2 y 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC] alegada por el Ministerio Fiscal, que ha de ser desestimatoria, pues contrariamente a lo pretendido en su escrito de alegaciones no nos corresponde conocer en el marco del presente recurso de amparo, de las presuntas vulneraciones constitucionales que hubieran podido ser cometidas en el juicio de ejecución hipotecaria núm. 190-1994 del Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid. Ciertamente que todas las partes en sus escritos del juicio ordinario núm. 1036-2007 y rollo de apelación núm. 382-2008 e incluso las Sentencias recaídas en ambas instancias, hacen alusión a dicho proceso pues en él los aquí recurrentes ya fueron demandados para la satisfacción del crédito que contrajeron en virtud de la subrogación operada en noviembre de 1990; mismo crédito por el que se les demanda posteriormente en 2007, viniéndose a discutir precisamente la pervivencia o no de la obligación tras la ejecución de la hipoteca en 1995 con la subasta de la finca hipotecada. Pero se trata sin embargo de procesos absolutamente independientes, dado que el declarativo núm. 1036-2007 no se interpone con la finalidad de retrotraer ni reproducir lo ya debatido en el juicio hipotecario núm. 190-1994, ni de éste tampoco los recurrentes piden en amparo la nulidad de las resoluciones firmes dictadas.

Por ello decae la tesis de la posible extemporaneidad de la demanda presentada a este Tribunal, ya que el plazo de treinta días del art. 44.2 LOTC —que es el aplicable a este recurso, en su reforma por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo—, contado como debe serlo desde el 26 de junio de 2008 en que se produjo la notificación a los recurrentes

de la Sentencia recaída en el rollo de apelación núm. 382-2008, no se ha visto rebasado toda vez que la demanda se consignó en nuestro Registro General el 29 de julio de 2008.

3. En cuanto a las causas de inadmisibilidad alegadas por el banco que ha comparecido en estos autos, ha de señalarse:

a) Que la vulneración del derecho ha de denunciarse en la vía judicial previa «tan pronto» como sea conocida, es decir, después de que se haya producido, no en un momento anterior, y en este caso, atribuida tal vulneración a la Sentencia de instancia, no podía alegarse en el escrito de contestación a la demanda, siendo el momento adecuado el de formular el recurso de apelación.

Y por otra parte, es de recordar que reiteradamente hemos declarado «que no es exigible para satisfacer la condición de la invocación previa que se mencione concreta y numéricamente el precepto constitucional en el que se reconozca el derecho vulnerado o la mención de su *nomen iuris*, 'siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, de reparar la lesión del derecho fundamental que posteriormente se alega en el recurso de amparo' (por todas STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 2)» (STC 45/2011, de 11 de abril. FJ 2).

Y en este caso ese «hecho fundamentador de la vulneración» está incluido en el escrito de recurso de apelación, dado que se indica que ha sido la aplicación de normas declaradas inconstitucionales por la STC 128/1994, de 5 de mayo, lo que había dado lugar a la Sentencia apelada, que es precisamente lo que puede motivar la vulneración del art. 24 CE. La propia parte comparecida viene a reconocer que la demanda de amparo reproduce «en muchos casos milimétricamente lo ya argüido en el escrito de formalización del recurso de apelación».

b) Por lo que se refiere a la no formulación del incidente de nulidad de actuaciones, bastará indicar que la alegada vulneración del derecho fundamental se produce en la Sentencia de instancia, de suerte que en la de apelación se reitera al no corregirla, de modo que no sólo no era necesario el incidente sino que resultaba «manifiestamente improcedente» (STC 17/2012, de 13 de febrero, FJ 4).

4. Establecida por la Ley de 2 diciembre 1872, creadora del Banco Hipotecario de España, y recogida por la propia escritura de préstamo hipotecario que da origen a esta demanda de amparo la subrogación obligatoria del tercer adquirente de finca hipotecada en la totalidad de la deuda, la entidad financiera BBVA, S.A. (sucesora en la posición crediticia del Banco Hipotecario de España), que en el año 1994 procedió a la ejecución hipotecaria adjudicándose el inmueble, pretende, con posterioridad, en el año 2007 tener derecho a cobrar el remanente del capital y de los intereses no cubiertos por la realización del bien inmueble.

En el caso ahora examinado, la base de la condena judicial de los demandantes en amparo, radica en considerar que los terceros adquirentes de bienes hipotecados en favor del Banco Hipotecario de España, son también deudores personales frente a la entidad por el capital y los intereses del préstamo. Y ello en virtud de la cláusula 14 del inicial contrato de préstamo hipotecario suscrito entre Banco Hipotecario de España, S.A., y la entidad Horpavis en 1989 que establecía: «las partes se someten expresamente a las disposiciones reguladoras de las operaciones activas del Banco Hipotecario de España, contenidas en la Ley de 2 diciembre 1872, Real Decreto del 3 noviembre 1928 y concordantes, y conforme a lo establecido en las mismas, los adquirentes de los bienes hipotecados quedarán subrogados en todas las obligaciones que haya contraído su causante con el Banco, en los términos que ellas prescriben». Por consiguiente, en lo que ahora importa, se remitía al art. 36 de la ley de 1872 que literalmente rezaba: «Cuando la finca hipotecada cambie de dueño, quedará de derecho subrogado el adquirente en todas las obligaciones que por razón de ella hubiera contraído su causante con el Banco. El adquirente dará conocimiento al Banco de su adquisición dentro de los quince días al en

que se consume; y si no lo hiciera, le perjudicarán los procedimientos que aquél dirija contra su causante para el cobro de sus créditos.»

En ese contrato de préstamo hipotecario, si bien modificándolo en algunos aspectos que no vienen al caso, quedó unos meses más tarde subrogada la entidad Promociones Alfaro, S.A. (12 de julio de 1990) quien por remisión al inicial contrato se sometió igualmente a lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de 1872 (cláusula 3). Por último, los demandantes en amparo adquieren la finca litigiosa de Promociones Alfaro, S.A., en virtud de escritura de compraventa de 14 de noviembre de 1990 en la que su parte expositiva se limita a dejar constancia de las «cargas: Según afirman los vendedores representantes, la finca descrita se halla afecta únicamente por una hipoteca constituida a favor del Banco Hipotecario de España, en garantía de un préstamo, concedido por plazo de once años, por virtud del cual responde la finca descrita además de sus intereses correspondientes, ya sean ordinarios o de demora, y de las costas, gastos y perjuicios en caso de incumplimiento, así como de la indemnización correspondiente para el supuesto de rescisión, de un principal de siete millones quinientas mil pesetas. Todo ello a tenor del contenido de la escritura de modificación de préstamo otorgada el 12 de julio de 1990 ... que declara conocer la parte adquirente y acepta en cuanto a dicha finca descrita afecta». En consecuencia, en este último negocio contractual la remisión a la normativa de la ley de 1872 se hace a su vez por remisión a lo establecido en el contrato de modificación del préstamo.

Pues bien, en el proceso *a quo*, siguiendo la tesis del BBVA, S.A., se ha entendido que en virtud de la cláusula 14 del inicial contrato de préstamo hipotecario —que aplicaba la norma sobre subrogación contenida en el artículo 36 de la ley de 1872 declarado inconstitucional— el tercer adquirente responde de las obligaciones del deudor hipotecante, sin limitación, no solamente con el bien hipotecado que ha adquirido, sino también con su patrimonio personal, en virtud de la reglas contenidas en los arts. 118 de la Ley hipotecaria y 1911 del Código civil.

5. La queja de fondo alegada por los recurrentes se centra en la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada sobre las pretensiones deducidas, toda vez que las resoluciones judiciales impugnadas han aplicado una norma declarada inconstitucional por este Tribunal.

Con carácter general, «este Tribunal ha declarado que la selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117.3 CE, de suerte que el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente. Tal acontece cuando se aplica una norma derogada que resulta decisiva para el fallo, lo que convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable, de tal manera que no puede afirmarse que estemos ante una decisión fundada capaz de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE (STC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3). Y es que, como recuerda la STC 99/2000, de 10 de abril, FJ 6, ‘el derecho de tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia’. Doctrina que se reitera en la STC 144/2003, de 14 de julio, FJ 2, así como en la STC 308/2006, de 23 de octubre, FJ 7.» (STC 82/2009, de 23 de marzo, FJ6).

Así las cosas, no es posible sostener la razonabilidad de una decisión judicial que se funde en la aplicación de un precepto que ya ha sido declarado contrario a la Constitución, toda vez que a partir de ese instante la norma en cuestión queda despojada de validez y sin posibilidad de ser revivida, debiendo estarse a la autoridad de cosa juzgada *erga omnes* que tales Sentencias recaídas en procesos de constitucionalidad tienen atribuida por el art. 164.1 CE, en relación con el art. 40.2 LOTC.

Además, hemos precisado que «las Sentencias de este Tribunal, de las que deriva una doctrina —la doctrina constitucional—, como señala el art. 40.2 LOTC, tienen el valor de cosa juzgada (art. 164.1 CE), de suerte que todos los poderes públicos, tal como prescribe el art. 87.1 LOTC, están obligados a dar cumplimiento a lo que el Tribunal Constitucional resuelva cualquiera que sea el procedimiento en que lo haya sido» (STC 230/2003, de 18 de diciembre, FJ 6; en el mismo sentido, STC 158/2004, de 21 de septiembre, FJ 4).

6. Sobre esta base, hemos de precisar que este Tribunal, en la STC 128/1994, de 5 de mayo, resolvió varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas contra los arts. 33 a 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario de España y arts. 10 a 13 del estatuto orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad, aprobado por Real Decreto-ley núm. 1404/1928, de 4 de agosto, y, particularmente en lo que aquí importa, el art. 36 de la mencionada ley de 1872 sobre la subrogación legal de los terceros adquirentes de la finca hipotecada en todas las obligaciones que por razón de ella hubiere contraído su causante con el banco. Idéntica previsión aparecía en el art. 13 del Real Decreto-ley 1404, de 4 de agosto de 1928.

Pues bien, aquella Sentencia 128/1994, estimó las cuestiones declarando la inconstitucionalidad de todos los preceptos implicados sin excepción, entendiendo que los privilegios que otorgaban al Banco Hipotecario de España son contrarios al derecho fundamental de igualdad ante la ley (art. 14 CE), al haber desaparecido las razones históricas que las habían motivado (FJ 7). En orden a fijar los efectos de su pronunciamiento ex art. 40 LOTC, el fundamento jurídico 8 de la misma STC 128/1994, de 5 de mayo, tan sólo hacía una precisión en cuanto a los procesos pendientes a esa fecha, para decir que tales efectos «sólo se extenderán a los actos procesales que hayan de dictarse a partir de la fecha de publicación de la presente Sentencia, correspondiendo a los órganos judiciales competentes llevar a cabo las adaptaciones procesales que estimen necesarias». Sobre esta base, la STC 166/1994, de 26 de mayo, resolutoria de otras cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto de los mismos preceptos, con remisión a la STC 128/1994, de 5 de mayo, declara que es «efecto inmediato de la anulación de cualquier norma su expulsión del ordenamiento jurídico de una vez por todas y para siempre» (FJ 2).

Y la cuestión se plantea en el presente recurso de amparo respecto de aquellos contratos de préstamo hipotecario que tras la publicación de la STC 128/1994, que declara inconstitucionales los artículos 33 a 36 de la Ley 2 de diciembre de 1872 de creación del Banco Hipotecario de España y los arts. 10 a 13 del estatuto orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad, siguen remitiéndose a dichas normas que han sido expulsadas del ordenamiento jurídico, lo que obliga a preguntarse si la remisión que actualmente se hace en la cláusulas contractuales al art. 36 declarado inconstitucional convierte a ese régimen de subrogación en una cláusula contractual fruto de la autonomía de la voluntad y el régimen legal declarado inconstitucional pervive ahora como cláusula contractual.

7. Las Sentencias aquí recurridas ofrecen distintos cauces argumentales:

A) La Sentencia de instancia se funda, ante todo, en el contenido de «la cláusula decimocuarta, en su apartado primero, de la escritura de préstamo con hipoteca, a cuyo tenor las partes se someten expresamente a las disposiciones reguladoras de las operaciones activas del Banco Hipotecario de España, contenidas en la Ley de 2 de diciembre de 1872, Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 y concordantes y, conforme a lo establecido en las mismas, los adquirentes de los bienes hipotecados quedarán subrogados en todas las obligaciones que haya contraído su causante con el Banco, en los términos que ellas prescriben». Hasta aquí podría parecer que se entiende que se trata de una subrogación *ex lege*.

Pero a continuación, con cita del art. 118 de la Ley hipotecaria, señala que «se ha producido en el supuesto enjuiciado la subrogación de los demandados en la deuda personal de Promociones Alfaró S.A., desde que se produjo la venta del inmueble», lo que por razón de la cita, conduce a la conclusión de que considera que se trata de una subrogación convencional.

B) La Sentencia de apelación rechaza los fundamentos jurídicos de la de instancia y añade:

«En modo alguno puede estimarse que la subrogación de los demandados en la hipoteca constituida sobre la finca que adquirieron lo fuera exclusivamente en la obligación real, excluyéndose la obligación personal, a tenor de la prueba documental, y básicamente el testimonio del procedimiento hipotecario seguido con anterioridad.»

Y hace un razonamiento complementario:

«del mismo modo, habría de decaer la alegación de haberse seguido el procedimiento hipotecario con arreglo a la ley declarada inconstitucional, dado que la Sentencia dictada a este respecto por el Tribunal Constitucional, lo fue con posterioridad al inicio de dicho procedimiento, razón por la cual no se halla afectado por la misma.»

Y puesto que ambos razonamientos, incluso «básicamente», parten del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido anteriormente, destacando que se inicia antes de que se dictase la Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad del art. 36 de la Ley del Banco Hipotecario de 1872, parece que, dentro de su laconismo, la Sentencia de apelación está aplicando la subrogación *ex lege* establecida en dicha ley.

8. Así las cosas, es de señalar que no se discute en estos autos la corrección del proceso de ejecución hipotecaria 190-1994 —que por cierto sí resultó afectado por la STC 128/1994 en sus trámites posteriores a ésta—, sino la procedencia de aplicar en el juicio ordinario 1036-2007 la subrogación de los recurrentes en la totalidad de la deuda derivada del préstamo hipotecario de 3 de marzo de 1989.

Y planteada así la cuestión en ese terreno, es de recordar, ante todo, que los contratos, como el que aquí se examina, suscritos con el Banco Hipotecario de España, son contratos predispuestos, en los que la entidad bancaria utiliza un clausulado previamente redactado para sus clientes. Y el hecho de que el contenido contractual haya sido unilateralmente predispuesto impone un mayor control respecto al mismo, de forma que se impidan las situaciones de abuso en la contratación respecto de la parte contractual económicamente más débil.

Por otra parte, ha de subrayarse que cuando un contrato u otro negocio jurídico, contiene una referencia a una ley o a una norma, inmediatamente se plantea la cuestión de dilucidar si esa remisión normativa lo es a la norma en su redacción vigente en ese concreto momento inicial, que quedaría así, a estos efectos, «congelada» o si, por el contrario, esa remisión lo es a la norma en la redacción vigente en el momento posterior de que se trate. Pues bien, todos los contratos por supuesto los anteriores, pero también los posteriores a la STC 128/1994 que previeron con una u otra fórmula la subrogación obligatoria de los terceros adquirentes de la finca hipotecada, en realidad se estaban remitiendo al régimen jurídico de la subrogación forzosa establecida en el artículo 36 de la ley de 1872. No estaban simplemente, como afirma la Sentencia de instancia y parece entender la de apelación, pactando una subrogación convencional, en virtud del art. 118 de la Ley hipotecaria, sino sometiendo a un régimen legal de subrogación obligatoria regulado en la Ley del Banco Hipotecario de España. La remisión a ese régimen difícilmente puede considerarse como una remisión estática, es decir, como una remisión a la regulación vigente en el momento de contratar —en nuestro caso 1990— que se incorporaría al contrato y quedaría congelada como cualquier otra estipulación contractual, sino que ha de interpretarse como una remisión dinámica, es decir, como una remisión a un régimen legal —y régimen legal era el de la subrogación forzosa—, con todas sus eventuales vicisitudes constitucionales posteriores. De manera que la voluntad de los contratantes al remitirse o someterse a ese régimen legal, es la voluntad de someterse al

régimen vigente en cada momento histórico, si cambia la regulación. En nuestro caso, se produjo un acontecimiento de gran relevancia que fue la publicación de la STC 128/1994 que declaró inconstitucional la subrogación forzosa, lo que lleva a concluir que la norma inconstitucional a la que se remite (o incorpora como tal) el contrato no puede formar parte del mismo, por ser nula.

En conclusión no puede considerarse razonable mantener en los contratos la subrogación forzosa ex art. 36 de la ley de 1872, tras una Sentencia del Tribunal Constitucional que declara su inconstitucionalidad.

9. La consecuencia que deriva de todo lo expuesto es que la labor de selección de la normativa aplicable hecha por ambos órganos jurisdiccionales adolece de falta de razonabilidad por aplicación de normas declaradas inconstitucionales, desconociendo con ello la autoridad de cosa juzgada de las Sentencias de este Tribunal (arts. 164 CE y 40 LOTC), lo que implica la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los recurrentes en amparo, en su vertiente de derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada.

La estimación de este primer motivo del recurso hace innecesario el análisis de la segunda queja relativa a la lesión del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) deducida por lo demás en la demanda de amparo no tanto como queja autónoma, sino como una consecuencia añadida de haberse aplicado aquel marco legal.

Procede acordar en consecuencia la nulidad de las dos Sentencias recurridas, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia, a fin de que se dicte por éste una decisión que resulte respetuosa con el derecho fundamental lesionado, lo que supone la resolución del objeto controvertido en el pleito sin hacer aplicación alguna de los preceptos de la Ley de 2 de diciembre de 1872 y concordante Real Decreto-ley 1404 de 4 de agosto de 1928, declarados inconstitucionales por la STC 128/1994, de 5 de mayo.

Procede, en consecuencia,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Margarita Jesús Jaráiz Mero, don Eduardo Gómez Gamero y doña Concepción Jaraiz Mero y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los recurrentes en amparo.

2.º Declarar la nulidad de las Sentencias dictadas por el Juzgado núm. 4 de Móstoles el 30 de noviembre de 2007 (juicio ordinario núm. 1036-2007), y por la Sección decimotava de la Audiencia Provincial de Madrid el 9 de junio de 2008 (rollo de apelación núm. 382-2008).

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la Sentencia de primera instancia, para que en su lugar se pronuncie otra resolución sobre el fondo en términos respetuosos con el derecho fundamental reconocido.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cuatro de junio de dos mil doce.—Pascual Sala Sánchez.—Javier Delgado Barrio.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Adela Asua Batarrita. Firmado y rubricado.