



Roj: **STS 3556/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:3556**

Id Cendoj: **28079110012009100403**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2009**

Nº de Recurso: **922/2001**

Nº de Resolución: **373/2009**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 5534/2000,**
STS 3556/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Mayo 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 Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio de mayor cuantía nº 414798, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sevilla; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la entidad **Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria, S.A. (Bilca)**, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Guillermo García San Miguel Hoover; siendo parte recurrida la entidad **Carruela, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales don Alberto Alfaro Matos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de mayor cuantía, promovidos a instancia de Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria, S.A. (Bilca) contra la entidad Carruela, S.A.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dicte "... sentencia por la que, con estimación de la demanda: a) se declare la nulidad de la cláusula TERCERA-2 y 3 de la escritura de la hipoteca controvertida (docto. nº 2 de esta demanda) en la parte que contempla la posibilidad de ejecución extrajudicial y asimismo la nulidad desde su mismo inicio del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria seguido a instancias de la demandada CARRUELA, S.A. ante el Notario de Sanlúcar La Mayor Don Manuel Santos López con el nº 7/97 y, en particular, la adjudicación a la actora de los dos inmuebles hipotecados que deje expresamente sin efecto, librando los mandamientos necesarios a la Notaría interviniente y ordenando, en su caso, las rectificaciones registrales a que pueda haber lugar;- b) se declare la obligación que pesa sobre la demandada de abonar los daños y perjuicios ocasionados a la actora como consecuencia del procedimiento extrajudicial de ejecución debatido y que han de cuantificarse en su fase procesal oportuna.- c) se condene a CARRUELA, S.A. a estar y pasar por las declaraciones de nulidad objeto del primer pedimento de este suplico, al pago de los daños y perjuicios citados en el segundo, y en fin, al de las costas del presente procedimiento."

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de Carruela, S.A. contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que "... dicte Resolución: a) En la que estime la excepción de falta de competencia territorial.- b) Estime la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario.- c) Subsidiariamente y para el supuesto de que no fueran estimadas las excepciones señaladas, dicte sentencia sobre el fondo del asunto desestimando íntegramente la demanda presentada de contrario contra mi representada por BILCA, por no haber lugar a la



misma de acuerdo con las alegaciones de tal naturaleza formuladas en el presente escrito.- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante."

3.- Las partes evacuaron los tralados que para réplica y dúplica les fueron conferidos. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fué declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 1 de septiembre de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: *"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por BILBAO COMPAÑÍA ANÓNIMA INMOBILIARIA, S.A (BILCA) contra CARRUELA, S.A. debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula tercera -2 y 3 de la escritura de hipoteca controvertida, acompañada como documento nº 2 junto a la demanda, en la parte que contempla la posibilidad de ejecución extrajudicial y, en consecuencia declaro, la nulidad desde su inicio del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria seguido a instancia de la demandada CARRUELA, S.A. ante el Notario de Sanlúcar La Mayor D. Manuel Santos López con el nº 7/97, como asimismo, la nulidad de la adjudicación a la demandada de los dos inmuebles hipotecados y que se otorgó mediante escritura de compraventa autorizada por la referida notaría de Sanlúcar La Mayor en favor de la demandada el día 10 de junio de 1998, ordenando, firme la presente librar los mandamientos necesarios a la Notaría referida y al Registro de la Propiedad de Sanlúcar La Mayor a fin de que proceda a la nulidad de las inscripciones registrales inmobiliarias llevadas a efectos en virtud de tal escritura; absolviendo a la demandada de los demás pedimentos recogidos en la demanda y sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes."*

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpusieron recursos de apelación la entidad Carruela, S.A., y Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria, S.A., y sustanciada la alzada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 18 de diciembre de 2000, cuyo Fallo es como sigue: *"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Reyes Martínez Rodríguez en nombre y representación de la entidad mercantil Carruela S.A. y desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Martín Toribio en nombre y representación de la entidad "Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria S.A.", contra la Sentencia dictada el día uno de septiembre de 1999 por la señora Juez Sustituta del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sevilla, en los autos de juicio de mayor cuantía número 414/98, de los que dimanen estas actuaciones, debemos revocar y revocamos la citada Resolución y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Martín Toribio en nombre y representación de la entidad mercantil "Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria S.A." contra la entidad "Carruela S.A." debemos absolver y absolvemos al demandado de todas las pretensiones deducidas contra el mismo en la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias."*

TERCERO.- La Procuradora doña Olga Gutiérrez Álvarez, en nombre y representación de Bilbao Compañía Inmobiliaria Bilca S.A. formalizó recurso de casación al amparo del artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que funda en los siguientes motivos: 1) Infracción, por indebida aplicación, del párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario, así como de la jurisprudencia de esta Sala; y 2) Infracción del artículo 1101, en relación con los artículos 1303, 1106 y 1107 del Código Civil.

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 15 de marzo de 2004 por el que se acordó la admisión de dicho recurso, así como dar traslado del mismo a la parte recurrida, Carruela S.A., para que pudiera oponerse, la cual formuló el correspondiente escrito de oposición representada por el Procurador don Alberto Alfaro Matos.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de mayo de 2009, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria S.A. (BILCA) formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra Carruela S.A. en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, interesó que se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad de la cláusula tercera, apartados 2 y 3, de la escritura de constitución de hipoteca de 28 de abril de 1994 concertada con el Banco de Andalucía, cuyo crédito adquirió la demandada de este último mediante escritura de cesión de 4 de julio de 1997, y asimismo la nulidad desde su inicio del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria seguido a instancia de la demandada y, en particular, de la adjudicación a la actora de los dos inmuebles hipotecados, así como que se declare la obligación para la demandada de abonar los daños y perjuicios



ocasionados a la actora como consecuencia de dicho procedimiento extrajudicial de ejecución, los que habrían de determinarse en ejecución de sentencia, con imposición a la parte demandada de las costas causadas.

La demandada Carruela S.A. se opuso a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sevilla dictó sentencia de fecha 1 de septiembre de 1999 que estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad desde su inicio del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria seguido a instancia de la demandada Carruela S.A. ante el Notario de Sanlúcar la Mayor don Manuel Santos López, con el nº 7/97, así como de la adjudicación a la demandada de los dos inmuebles hipotecados, que se materializó mediante escritura de compraventa autorizada por el mismo Notario a favor de la demandada el día 10 de junio de 1998, ordenando librar los mandamientos necesarios a la Notaría referida y al Registro de la Propiedad a fin de que se procediera a cancelar las inscripciones registrales causadas, absolviendo a la demandada de los demás pedimentos de la demanda, sin especial declaración sobre costas.

Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) dictó nueva sentencia de fecha 18 de diciembre de 2000, por la que estimó el recurso interpuesto por la demandada Carruela S.A. y desestimó el de la actora Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria S.A. (BILCA), revocando la sentencia dictada en primera instancia y desestimando íntegramente la demanda con absolución de la parte demandada respecto de todas las pretensiones contenidas en la demanda, sin especial declaración sobre costas de ambas instancias.

Contra esta última resolución recurre ahora en casación la parte actora Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria S.A. (BILCA).

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso, formulado al amparo del artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, denuncia la infracción, por indebida aplicación, del párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario, en relación con la jurisprudencia de esta Sala que, por razón de lo dispuesto en las referidas normas, ha considerado que el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial resulta contrario a las exigencias y garantías previstas en los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 de la Constitución Española y, por tanto, tratándose de normas preconstitucionales, las mismas quedaron derogadas por aplicación de la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución Española.

El motivo ha de ser acogido. Esta Sala desde su sentencia de 4 de mayo de 1998, seguida por las de 30 enero y 20 abril 1999, 13 diciembre 2005, 10 octubre 2007 y 14 de julio de 2008, ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición contenida en el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria, vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, que acarrea la ineficacia de las normas reglamentarias de desarrollo contenidas en varios artículos del Reglamento Hipotecario, en cuanto dicha norma autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial en un procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional. Por otro lado, la derogación se entendía producida de forma automática por vía de lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución Española de 1978, según la cual *«asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución»*; derogación que quedaba producida desde el momento de la entrada en vigor del texto constitucional sin perjuicio de que fueran los tribunales los que la declararan en cada caso a la hora de justificar la inaplicación de la norma inconstitucional. Como ya estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia de Pleno núm. 4/1981, de 2 febrero, *«la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y -de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación»*.

TERCERO.- En efecto la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1998, seguida por las ya citadas, resolvió la inaplicación por derogación, al ser norma opuesta a la Constitución, del segundo párrafo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y la de los artículos 234 a 236, o), ambos inclusive, del Reglamento Hipotecario, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa. La citada sentencia de 4 mayo 1998 razonaba en el sentido de que *«tratándose, en efecto, de leyes preconstitucionales, como la Constitución es Ley superior y posterior, los Jueces y Tribunales pueden, si entienden que son contrarias a alguna norma fundamental, inaplicarlas al caso, al considerarlas derogadas, sin que sea necesario promover la "cuestión de constitucionalidad", a diferencia de lo que ocurre con las leyes o normas, con rango de ley, postconstitucionales, cuya legitimidad constitucional monopoliza el Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 4/1981, 14/1981 y 109/1993, entre otras)»*. Se mantuvo que la única norma con rango de Ley concernida es el párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria (Texto Refundido de 8 febrero 1946, con fundamento en la Ley 30 diciembre 1944) que, fuera del ejercicio de la «acción hipotecaria», sujetándose al procedimiento



judicial sumario que se establece en el artículo 131 de la misma Ley , permite, además, que «en la escritura de constitución de la hipoteca» pueda «válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aún en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario»; así como que, a diferencia de lo que acontece con el "procedimiento judicial sumario», cuyas reglas capitales de desarrollo procesal, con independencia de las precisiones reglamentarias, se consignan en dos extensos artículos (artículos 131 y 132 de la Ley Hipotecaria), el llamado «procedimiento extrajudicial», merced a la deslegalización que autoriza el artículo 129 , determina sus secuencias procesales por vía reglamentaria (artículos 234, 235, 236, 236 , a), 236, b), 236, f), 236, g), 236, h), 236, i), 236, j), 236, k), 236, l), 236, m), 236, n), 236, ñ), 236, o), del Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto 14 febrero 1947 , con las modificaciones introducidas por Real Decreto 290/1992, de 27 marzo), sujetas, por tanto, a la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa, que reconoce el artículo 9 de la Constitución Española. Se razonó en el sentido de que el «procedimiento extrajudicial» de ejecución hipotecaria, carece de tradición en España, antes de la promulgación del Código Civil e incluso posteriormente, pues había prevalecido, frente a una concepción de inspiración romana, favorecedora de la venta privada de la cosa pignorada, como facultad del acreedor, la tendencia germánica, recogida en el «Fuero Juzgo», que propiciaba, en todo caso, la ejecución judicial. Y se añade que los argumentos que emplea en su defensa el Real Decreto 27 marzo 1992, número 290/1992 , no son atendibles, pues confiesa el preámbulo, a las claras, que lo que se pretende «es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial», finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato y en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público.

Como la misma sentencia refiere *«razonada la derogación postconstitucional del artículo 129, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria , huelga decir que los preceptos reglamentarios que traen causa del mismo siguen igual suerte al faltar el soporte legal que los explica, todo ello en virtud del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución Española) y, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prohíbe a los Jueces y Tribunales que apliquen preceptos contrarios a la Constitución o a la Ley o al principio de jerarquía normativa. Pero resulta, además, que en el caso se conculca, por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el invocado artículo 9 de la Constitución Española, en relación con el artículo 117.3 , por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la "reserva de ley" que esta disposición constitucional prevé para "las normas de competencia y procedimiento"..."».*

La anterior doctrina, reiterada por las sentencias que se han dictado con posterioridad sobre la misma materia 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 , lleva a la estimación de este primer motivo por cuanto la Audiencia recurrida ha desconocido la citada doctrina jurisprudencial con aplicación de sus propios criterios contrarios a ella.

CUARTO.- La estimación del motivo comporta la del recurso de casación interpuesto en nombre de Bilbao Compañía Inmobiliaria S.A., y que esta Sala deba asumir la instancia y resolver sobre la pretensión que igualmente se formula en la demanda en orden a que se condene a la entidad demandada Carruela S.A. a satisfacer los daños y perjuicios que para la actora se han derivado de la ejecución.

La misma demanda incorporaba una pretensión sobre indemnización de daños y perjuicios, la cual ha de ser rechazada, como entendió correctamente el juzgador de primera instancia, pues el artículo 1902 del Código Civil a la hora de establecer las consecuencias indemnizatorias de la llamada culpa extracontractual o "aquiliana" parte de la necesaria intervención de culpa o negligencia imputable al agente como fundamento de tal responsabilidad y no puede aceptarse que incurra en actuación culposa o negligente quien hace un uso adecuado de los procedimientos legales de ejecución previstos en el ordenamiento jurídico cuando, además, la posibilidad de ejecución extrajudicial había sido convenida en la escritura de constitución de hipoteca por las partes intervinientes en la misma. Menos aún cabe considerar que tal derecho a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la actora haya de nacer de lo previsto en los artículos 1101, 1303, 1106 y 1107 del Código Civil , a los que la parte recurrente se refiere en el segundo de los motivos del recurso, pues como se ha dicho la actuación de la acreedora hipotecante se ajustó en todo momento a lo estipulado por las partes en el contrato y a usar de los medios procesales que legalmente se encontraban a su alcance

QUINTO.- En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida confirmando en su integridad la dictada en primera instancia. Cada una de las partes deberá soportar las costas causadas a su instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por cada una de ellas, que debió ser desestimado, sin especial pronunciamiento sobre las costas del presente recurso de casación (artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).



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

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS** haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria S.A.** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) con fecha 18 de diciembre de 2000 en Rollo de Apelación dimanante de autos de juicio declarativo de mayor cuantía número 414/98, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de dicha ciudad a instancia de la hoy recurrente contra **Carruela S.A.** y en consecuencia **casamos** dicha resolución y **confirmamos** íntegramente la sentencia dictada en primera instancia, sin especial declaración sobre las costas causadas en la apelación y en el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Jose Almagro Nosete.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.