



Roj: **SAP GR 905/2009 - ECLI: ES:APGR:2009:905**

Id Cendoj: **18087370032009100349**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **3**

Fecha: **17/07/2009**

Nº de Recurso: **281/2009**

Nº de Resolución: **351/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENRIQUE PABLO PINAZO TOBES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN TERCERA

ROLLO Nº 281/09 - AUTOS Nº 426/07

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº UNO DE MOTRIL

ASUNTO: P. ORDINARIO

PONENTE SR. ENRIQUE PINAZO TOBES.

SENTENCIA Nº 351

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JOSÉ REQUENA PAREDES

MAGISTRADOS

D. JOSÉ M^a JIMÉNEZ BURKHARDT

D. ENRIQUE PINAZO TOBES

En la Ciudad de Granada, a diecisiete de julio de dos mil nueve.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial constituida con los Ilmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo nº 281/09- los autos de Juicio Ordinario nº 426/07, del Juzgado de Primera Instancia nº Uno de Motril, seguidos en virtud de demanda de D^a Coro contra Banco Bilbao Vizcaya y D. Candido .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que, por el mencionado Juzgado se dictó resolución en fecha veintiuno de noviembre de dos mil ocho , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que, desestimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales señora López Parrilla, en nombre y representación de Coro , asistida del letrado don Salvador Peña, frente a Candido y la entidad "banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", debo absolver y absuelvo a éstos de las pretensiones contra ellos formuladas, con imposición a la citada demandante de las costas devengadas en este procedimiento".

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demanante, al que se opuso la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a este Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO.- Que, por este Tribunal se han observado las formalidades legales en ésta alzada.



Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ENRIQUE PINAZO TOBES.

Se aceptan parcialmente los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a los que seguidamente se consignan

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Esta Sección Tercera, en Auto de 20 de Febrero de 2007, ya se ha pronunciado en el sentido de que expresiones impugnatorias abiertas a todos los pronunciamientos no infringen el mandato del art. 457 LEC, y por tanto su interpretación contraria, hasta cercenar el derecho a la segunda instancia, vulnera la Doctrina Constitucional en la materia, dado que el acceso a los recursos previsto por la ley integra el contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24,1 de la Constitución. Por tanto los requisitos para recurrir han de ser interpretados ponderando en cada caso las circunstancias concurrentes, para evitar una mecánica aplicación de los mismos que los conviertan en un obstáculo formalista y desproporcionado en sus consecuencias en relación a su propia finalidad, pues los requisitos formales no son valores autónomos, con sustantividad propia, sino que sólo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, por lo que su incumplimiento no presenta siempre igual valor obstativo, con independencia de la trascendencia práctica del mismo, antes al contrario, los requisitos formales han de examinarse teniendo en cuenta la finalidad que con ellos se pretende, de modo que de existir defectos, procede realizar una justa adecuación de las consecuencias jurídicas a su entidad real, pues debe existir proporcionalidad entre éste y aquéllas.

Por tanto, dado que el recurso de apelación que nos ocupa se ha interpuesto contra una sentencia que contiene, además de la condena en costas, un único pronunciamiento que desestima la demanda, donde el motivo de la desestimación se encuentra en los fundamentos de derecho citados por el recurrente, entendemos que, teniendo en cuenta que solo en la parte dispositiva de la resolución se incluyen pronunciamientos, dado que el pronunciamiento desestimando la demanda y la imposición de costas, es consecuencia de la fundamentación jurídica de la resolución que se indica impugnada, debe entenderse expresada la voluntad de recurrir de forma suficientemente clara respecto de los pronunciamientos de la sentencia que se derivan de la fundamentación de la sentencia mencionada en el escrito de preparación, razón por la cual consideramos que no puede considerarse mal admitido el recurso de apelación, según el criterio antiformalista seguido por este Tribunal en ocasiones precedentes, máxime cuando el recurrente procedió a manifestar, dentro de plazo, ante el órgano judicial competente su voluntad de recurrir una resolución judicial recurrible, que contiene esencialmente un único pronunciamiento desestimatorio de sus pretensiones, y que califica expresa y formalmente de lesivo para sus intereses, pudiendo entenderse suficientemente identificado el pronunciamiento impugnado; y todo ello sin desconocer que el escrito de preparación es desde luego procesalmente incorrecto ya que la fundamentación de la sentencia no contiene ningún pronunciamiento, pero tal defecto carece de entidad bastante como para provocar la desestimación del recurso por admisión indebida, pues la simple puesta en relación del fallo y los fundamentos de derecho, de los que únicamente del tercero, cuarto y quinto deriva la desestimación de la demanda y la imposición de costas, concreta inequívocamente cuales son los extremos recurridos, de modo que anteponiendo el criterio "pro actione" a una rigurosa comprensión del escrito de preparación, en interpretación acorde con la doctrina constitucional que entiende que el acceso a los recursos forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24.1 CE debiendo interpretar y aplicar los requisitos que la Ley exige para recurrir en el sentido mas favorable a la efectividad de ese derecho (SSTC 62/1989, 121/1990, 31/1992, 51/1992, por todas), en definitiva, no procede declarar mal admitido el recurso.

Es pertinente recordar a este respecto por ultimo que, como afirma la STC 92/1990 de 23 de mayo, "no debe rechazarse un recurso defectuosamente interpuesto o formalizado sin dar previamente ocasión a la subsanación de los defectos advertidos, siempre que no tengan su origen en una actitud consciente o maliciosa del interesado y ello no dañe la regularidad del procedimiento ni el derecho de defensa de la parte contraria" (doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 213/1990, de 20 de diciembre, FJ; 172/1995, de 21 de noviembre, FJ 2; 285/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 238/2002, de 9 de diciembre, FJ 4)", por tanto, partiendo de estas premisas, acordar la inadmisión del recurso, entraña una interpretación que ha de reputarse manifiestamente irrazonable respecto del requisito que se dice incumplido, máxime cuando el órgano judicial no consideró la posibilidad de subsanación (arts. 11.3 LOPJ y 231 LEC) de las objeciones formales ahora sugeridas, y que entonces no puso de manifiesto la parte apelada para lograr su sanación.

SEGUNDO.- Nos enfrentamos en este litigio ante una acción de anulación de constitución de hipoteca, ejercitada al amparo de lo dispuesto en el artículo 1322 CC, dado que el gravamen se ha establecido sobre inmueble cuyo uso había sido atribuido judicialmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del CC, como vivienda familiar a uno de los cónyuges y a los hijos comunes que con él conviven menores de edad, sin



contar con la participación y consentimiento del último de los consortes citado o con autorización judicial, estimándose realizado un acto de disposición de derechos de la vivienda familiar, por aquél a quien pertenece privativamente el bien, sin consentimiento de su cónyuge que tenía atribuido el uso de la vivienda familiar, por resolución judicial anterior a la fecha en que se constituye la hipoteca, entendiéndose por ello vulnerados los artículos 96.4 y 1320 del CC .

Parte la recurrente, desde el inicio del escrito interposición del recurso, de la clara vulneración de los últimos artículos mencionados, y de entender que el Juzgador de instancia aprecia tal infracción en los dos primeros fundamentos jurídicos de los de la sentencia recurrida, expresando que a su juicio la demanda no ha prosperado por la buena fe del tercero apreciada en la sentencia. Por tanto, no podemos en modo alguno entender que la ausencia de perjuicio actual, y la conclusión, opuesta a su discurso inicial, que en la sentencia parece obtenerse en el fundamento jurídico cuarto, sobre que el acto de disposición que nos ocupa queda fuera del ámbito del artículo 1320 CC , haya sido excluido del ámbito del recurso por la demandante, que parte como presupuesto de la anulación de la constitución de la hipoteca, de la vulneración de tal precepto.

Esta última valoración nos obliga a realizar ciertas precisiones, relativas a que hay que entender como comprendidos dentro de la expresión "derechos sobre la vivienda familiar", mencionada en el artículo 1320 CC .

Con la doctrina debemos estimar que lo que prohíbe el precepto es atentar bajo cualquier forma, el pacífico goce de alojamiento por la familia, concepto más amplio que el del mero interés del otro cónyuge, situándose el problema en que la norma no determina la naturaleza de los derechos sobre la vivienda familiar a los que se refiere. Hemos de estimar que tanto el artículo 1320 como el artículo 96.4, ambos del Código Civil , limitan las facultades de disposición, y ciertamente por ello deben interpretarse restrictivamente, pero sin que ello suponga excluir actos que, aunque no sean rigurosamente dispositivos, como el arrendamiento o la hipoteca, sí suponen un peligro para la utilización de la vivienda y pueden disminuir las posibilidades de ocupación por parte del grupo familiar, teniendo en cuenta que la "ratio" del precepto es la de salvaguardar tal alojamiento familiar.

Por ello, debemos estimar que la hipoteca constituida en este caso, tras la separación del matrimonio, por el cónyuge que no tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, máxime cuando lo cierto es que el derecho de uso que ostenta la demandada no está inscrito en el Registro de la propiedad y desde luego solo podrá, en todo caso, acceder con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, compromete la ocupación del grupo familiar que tiene atribuido el uso de la vivienda.

El hecho de que la hipoteca no se haya ejecutado hasta el momento no elimina la inclusión de su constitución dentro del elenco de actos de disposición del artículo 1320 CC . En primer lugar, desde luego no consta que la tesis de la entidad financiera sea que el uso de la vivienda familiar, en proceso de ejecución hipotecaria, por hipoteca constituida válidamente antes de la atribución del uso de la vivienda familiar, posterior a su constitución o el uso que de tal inmueble mantengan la esposa o los hijos, en cualquier caso, incluso en el supuesto de familia bien avenida, entorpezca o pueda obstaculizar el proceso de ejecución de la hipoteca, cuando la atribución judicial que nos ocupa no crea un título ex novo sino una concentración de facultades a favor del cónyuge e hijos, a los que se le adscribe la posibilidad de utilización exclusiva de la vivienda que hasta entonces era compartida, y menos aún que tal ocupación pueda entorpecer la ejecución cuando la hipoteca se haya constituido, con las autorizaciones y consentimientos complementarios previstos en la Ley, cuando antes se haya atribuido el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges.

En consecuencia, dado que tal uso no genera derechos antes inexistentes, sin que el aquí analizado hubiese accedido al Registro, estableciendo la STS de 22 de Abril de 2004 que en tal situación no puede hacerse valer frente a los terceros adquirentes de buena fe, por el proceso de ejecución de la hipoteca válidamente constituida, precisando que, en todo caso, su posible inscripción futura, posterior a la de la hipoteca, manteniendo su válida constitución, no solo podría suscitar la cuestión de su eficacia frente a terceros que traen causa de la hipoteca válidamente constituida, creándose la apariencia de vinculación del derecho de uso judicialmente concedido como sujeto al devenir del precedente derecho hipotecario, mantenido como válido, y por tanto establecido con los requisitos de consentimiento, incluso complementarios legalmente exigibles, y que además tal derecho de uso y disfrute, inscrito después de la hipoteca, quedaría cancelado en virtud de mandamiento expedido por el Juzgado de 1ª Instancia, en caso de ejecución de la hipoteca, sin que en caso de adjudicación, en tal situación, y posterior transmisión a terceros a título oneroso y de buena fe, tras la cancelación de cargas, puedan tales adquirentes en cualquier caso verse afectados por los derechos de uso de la vivienda familiar no reflejados registralmente, necesariamente debe incluirse entre los actos de disposición del artículo 1320 del CC la presente hipoteca. En ese sentido resulta revelador el contenido y fundamentación de la Sentencia de la AP de Baleares 20 de junio de 2006 , que analizando el derecho del ejecutante, y de aquel que de él trae causa, derivados de procedimiento de ejecución hipotecaria, reconoce sus derechos a perseguir



la declaración de extinción de uso y disfrute de la vivienda litigiosa, estimándolo, tratándose de un derecho de uso de vivienda familiar inscrito después de la hipoteca.

Por tanto, la acción de anulación del acto de constitución de hipoteca, llevado a cabo por el demandado Sr. Candido , sobre bien privativo que era la vivienda familiar, cuyo uso había sido atribuido judicialmente en proceso de separación a la actora y a sus hijos, ante la ausencia de consentimiento de la demandante, ni autorización judicial, hace que sea claudicante frente al ejercicio de la acción de anulabilidad del art. 1322 CC , restando solo por analizar si la posición de la entidad financiera en este caso corresponde a la del denominado "adquirente de buena fe", a la que se refiere el artículo 1320 del citado texto legal.

TERCERO.- Conviene también en este punto, inicialmente precisar, con la doctrina, que la interpretación mas convincente, de la expresión "adquirente de buena fe", empleada en el párrafo segundo del artículo 1320 del CC , no se refiere al tercer adquirente al que se refiere el artículo 34 de la LH , pues la norma en tal caso sería inútil, sino al tercero en relación con el cónyuge no disponente y los hijos, como también expresamente señala la STS 11 de diciembre de 2002 , cuando afirma, "que el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del art. 1.320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal por el título que sea del bien en cuestión"

Ahora bien la buena fe de la entidad financiera, en cuyo favor se constituyo la carga hipotecaria, ante la falsa manifestación del disponente sobre su estado civil de soltero reflejada en la escritura, evidentemente falta si era conocedora del carácter familiar de la vivienda o si, como también ocurre, del mismo modo que cuando se examina la buena fe del tercero hipotecario, el banco estaba en disposición de conocer la situación del inmueble. En este sentido, como señala la STS de 22 de septiembre de 2008, citando a la STS de 25 mayo 2006 , "no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la debida diligencia normal o adecuada al caso se debería haber sabido", recordando la STS 7 de septiembre de 2007, con cita de las STS de 25 de octubre de 1999, 8 de marzo de 2001 y 11 de octubre de 2006, que debe considerarse "desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia "de la negligencia del ignorante". Así la STS de 18-2-05 señala también que "la buena fe del art. 34 LH comprende no solo el desconocimiento de la inexactitud registral sino también que no haya podido conocerse la situación real desplegando una mínima diligencia" y añade que "la buena fe no solo significa -requiere- el desconocimiento total de la inexactitud registral, sino también la ausencia de posibilidad de conocer la exactitud (SS de 14-2-00, 8-3-01, 7-12-04) no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido. Un fundado estado de duda en el adquirente, sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente en la forma que proclama el asiento registral, elimina la buena fe". Como dice la STS de 7 de diciembre de 2004 , no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la debida diligencia normal o adecuada al caso se debería haber sabido.

Por tanto, dado que, pese a faltar la inscripción registral del uso de la vivienda familiar, a la fecha de constitución de la hipoteca, una debida diligencia normal o adecuada al caso hubiera permitido conocer a la entidad financiera la situación de la vivienda familiar que nos ocupa, y la atribución de su uso judicialmente al grupo familiar, que tanto el artículo 1320 como el artículo 96.4 del CC tratan de proteger, faltando tal buena fe, por los motivos que a continuación expresaremos, revocando la sentencia de instancia, debe estimarse la acción de anulación de la hipoteca que nos ocupa.

Tal falta de diligencia se aprecia por los siguientes motivos:

El Banco, en otras operaciones financieras, concertadas con Construcciones Pérez Bueno e Hijos S.L., entidad a la que se había concedido el préstamo, para refinanciar una deuda anterior, y respecto a la que admitió en el interrogatorio la entidad demanda que carecía de liquidez, sin que podamos ingenuamente pensar que BBVA no tenía interés en garantizar su posición acreedora con la constitución de la hipoteca que nos ocupa, de posible ejecución forzosa en las situaciones a las que hemos hecho referencia en el anterior fundamento, independientemente del uso familiar atribuido del inmueble, tal y como resulta del folio 105 de las actuaciones, había contado como avalista de las obligaciones contraídas con dicha sociedad con la actora, exigiendo el aval de los socios de dicha entidad y sus esposas, conociendo por tanto el vinculo matrimonial entre la actora y el codemandado, ya que los otros dos avalistas de tal operación, concertada en abril de 2003, son la Sra. Gabriela y D. Carlos Ramón , unidos también por vinculo matrimonial, según resulta de la escritura de constitución de hipoteca, y constando, respecto del ultimo, su condición de administrador de la sociedad avalada, folio 134 de las actuaciones, reconociendo la apelada al Sr. Candido su pertenencia a la sociedad, sin tener tal vinculación su esposa, necesariamente debemos dar como demostrado que intervenía, como se desprende de los avalistas requeridos en estas operaciones para la misma entidad avalada, folio 103 de las actuaciones, e interrogatorio de la entidad codemanda, en la póliza de abril de 2003, por su condición de esposa de quien, en definitiva, constituyo la hipoteca objeto del litigio, como no puede ignorar la entidad bancaria.



El Banco, para autorizar el préstamo para refinanciar impagos (folio 103), requiere el aval de los socios de la misma entidad afianzada en abril de 2003, y de sus esposas, sin que entonces intervenga en tal condición la actora, pase al aval prestado por su marido aquí demandado, resultando difícilmente sostenible o creíble que en tal tesitura, sin que tampoco la esposa, actora en este procedimiento, hubiese intervenido en la ampliación del crédito de abril de 2003, obviamente posterior, siendo imposible por tanto que se llevase a cabo en marzo de 2003, y sí en marzo de 2004, folio 111 vuelto, pocos meses antes del inicio del proceso de separación en mayo del 2004, desconociera la situación de crisis matrimonial entre el Sr. Candido y la demandante, que no interviene, como en fechas anteriores, en las operaciones financieras en las que participa su marido respecto de Construcciones Pérez Bueno e Hijos S.L..

Pero es más, en tal situación, para la constitución de la hipoteca que nos ocupa, y tras encontrarse ya atribuido el uso del inmueble, sobre el que se trataba de constituir tal gravamen, a la esposa judicialmente, el Banco, al encargar una valoración de la vivienda, conoce que la empresa a quien se encomienda no puede acceder a su interior, ocupada por "familiares" del disponente que no le permiten el acceso (folio 118), y en tal situación donde al menos y en el mejor de los casos cuenta con indicios sobrados para conocer o al menos sospechar de la crisis matrimonial, ni se interesa en identificar a los ocupantes y determinar su vinculación con el demandado, y menos aún en conocer el título de uso de tales familiares, que desde luego, al no tratar de favorecer la valoración del inmueble, no parecen consentir ninguna operación que pueda afectar a su ocupación.

En consecuencia, con tales antecedentes, al menos podemos establecer que la buena fe de la entidad financiera, cuando desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso debería haber conocido, no puede apreciarse en este caso.

Por último, tratándose aquí de la cancelación de la hipoteca constituida por un avalista, que no percibió el importe del préstamo garantizado, tal y como se desprende del expositivo III de la escritura de 22 de febrero de 2006, no puede estimarse la pretensión de la actora dirigida a que restituya cantidad alguna el codemandado D. Carlos Ramón .

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC , no procede imponer las costas del recurso a ninguno de los litigantes; sin que proceda imponer tampoco las costas del litigio en primera instancia, no solo por la estimación parcial de la demanda, sino también tomando en consideración las serias dudas de derecho que presentaba el caso, teniendo en cuenta la dificultad que presenta el determinar la naturaleza de las figuras jurídicas analizadas.

Y por lo que antecede,

FALLAMOS

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto, contra la Sentencia de 21 de noviembre de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Motril, en los autos 426/07 , debemos revocar y revocamos dicha resolución, estimando parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la hipoteca constituida a favor de BBVA, inscrita en el Registro de la Propiedad uno de los de Motril, sobre la finca registral NUM000 , en virtud de escritura otorgada el 22 de febrero de 2006, ante el notario de Motril D. Juan Ignacio Ruiz Frutos, ordenando que se libren los oportunos mandamientos al Registro de la Propiedad para la cancelación de la mencionada hipoteca; soportando, en cuanto a las costas devengadas en ambas instancias, cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.