



Roj: **SAP CO 1594/2012 - ECLI:ES:APCO:2012:1594**

Id Cendoj: **14021370012012100582**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2012**

Nº de Recurso: **233/2012**

Nº de Resolución: **280/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FELIX DEGAYON ROJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

SECCIÓN PRIMERA

APELACIÓN DE JUICIO ORDINARIO

Sección 1ª .Rollo 233/12

Juicio Ordinario nº 954/09

Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Posadas

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Pedro Roque Villamor Montoro

Magistrados:

D. Felix Degayón Rojo

D. José Francisco Yarza Sanz

S E N T E N C I A N º 280/12

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

En la ciudad de Córdoba, a veinticinco de junio de dos mil doce.

La Sección Primera de esta Audiencia ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en los autos referenciados, seguidos a instancia de Florencia representada en primera instancia por el Procurador Sr. Valenzuela Romero y en segunda instancia por la procuradora Sra. Pozo Martínez y asistida de la Letrada Sra. Reillo Sáez contra **Dª María , Dª Noelia y D. Horacio y D. José** representados en primera instancia por el Procurador Sr. Almenara Angulo y estos últimos, en segunda instancia por la Procuradora Sra. Martón Guillén y asistidos del Letrado Sr. Romero Carretero y contra la entidad **CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA (LA CAIXA)** representada en primera instancia por el Procurador Sr. de la Rosa Pareja y en segunda instancia por la Procuradora Sra. Montero Fuentes-Guerra y asistida del Letrado Sr. Medina González, siendo en esta alzada la parte apelante, la entidad **CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA (LA CAIXA)** en virtud de la apelación interpuesta, siendo Ponente del recurso el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Audiencia Provincial DON Felix Degayón Rojo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y:

PRIMERO.- Seguido el juicio por su trámite, se dictó sentencia por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº2 de Posadas con fecha 29 de diciembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue



: "Que, ESTIMANDO la demanda interpuesta por D^a. Florencia , representada por el Procurador D. Javier Valenzuela Romero y asistida de la letrada D^a. Teresa Reillo Saez, contra la mercantil CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA, representada por el procurador D. Antonio de la Rosa Pareja y asistida del letrado D. Francisco José Montoro Cádiz, sobre acción de nulidad de hipoteca y D. José , Horacio , María , Noelia representados por el Procurador D. Sebastián Almenara Angulo y asistidos del letrado D. Diego Cobo Serrano, DEBO DECLARAR Y DECLARO la NULIDAD de la hipoteca suscrita por La Caixa con D. José y D. Horacio , D^a. María y D^a. Noelia el día 16 de noviembre de 2006, con protocolo 3.547 en la Notaría de D. Manuel Rodríguez-Poyo Segura que grava la finca NUM000 , tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM003 , inscripción NUM004 por falta de consentimiento de la demandante, al tratarse de la vivienda habitual y ACUERDO la cancelación de toda anotación registral que se hubiera efectuado respecto de dicha hipoteca en el Registro de la Propiedad y actos posteriores derivados de la misma, sin expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde recibido fue turnado, habiéndose celebrado vista el 19 de junio de 2012.

TERCERO.- En la tramitación de esta alzada se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, salvo que no se opongan a los que a continuación se exponen.

PRIMERO .- El presente recurso de apelación tiene por objeto la impugnación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Posadas de fecha 29 de diciembre de 2011 por la que se estima la demanda formulada por D^a. Florencia contra la entidad Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, La Caixa, y contra D. José , D. Horacio D^a. María y D^a. Noelia , y declara la nulidad de la hipoteca suscrita por La Caixa con las personas antes indicadas, otorgada el día 16 de noviembre de 2006 con protocolo nº 3.547 en la Notaría de D. Manuel Rodríguez Poyo-Segura, que grava la finca objeto de esta litis, por falta de consentimiento de la demandante, al tratarse de vivienda habitual, y acuerda la cancelación de toda anotación registral que se hubiera efectuado respecto de dicha hipoteca en el Registro de la Propiedad y actos posteriores derivados de la misma, sin expresa condena en costas.

El recurso ha sido interpuesto por la representación de la entidad La Caixa y en el mismo se alega en primer lugar que no hubo negligencia alguna por parte de la entidad prestamista pues la demandante no tiene derecho alguno salvo el usufructo para el caso de sobrevivir a su esposo, no constando licencia de primera ocupación del inmueble, el cual no era vivienda habitual al tiempo de la constitución de la hipoteca; si el Sr. Notario otorgó la escritura y el Sr. Registrador la inscribió en el Registro de la Propiedad, era porque no había indicios de que se tratase de una vivienda habitual familiar. También se alegó error en la valoración de la prueba, al considerar que existió conocimiento y consentimiento tácito de la demandante en el otorgamiento de la hipoteca, cuya señora deliberadamente no compareció ante la Notaría y después dejó transcurrir más de tres años desde la constitución de la hipoteca hasta la petición de nulidad de la misma una vez que ya se había celebrado la subasta del inmueble hipotecado. En tercer lugar se alegó que no se trataba de vivienda familiar en el momento de la constitución de la hipoteca, en base a los argumentos que constan, y finalmente argumentó que se ha producido un fraude procesal por parte de los codemandados allanados.

La parte demandante y apelada se ha opuesto al recurso rebatiendo todos y cada uno de los argumentos de la entidad apelante en base a los argumentos que constan en el escrito presentado.

SEGUNDO .- Centrado así el ámbito de este recurso, lo primero que ha de ponerse de manifiesto es que la acción ejercitada según se hace constar expresamente en el apartado IV de la fundamentación jurídica de la demanda, es la de anulación de la hipoteca constituida en su día por falta de consentimiento de la demandante, con fundamento en los arts. 1320 , 1322 y 1301 CC , esto es, por haberse dispuesto de la vivienda habitual constituyendo una hipoteca sobre la misma sin el consentimiento del cónyuge demandante. Se dice esto porque en el recurso se viene a entremezclar la falta de consentimiento *more uxoris* para la constitución de la hipoteca, con la falta de consentimiento de la demandante en cuanto que es titular de una expectativa de derecho de usufructo, cuyo derecho nacería para la demandante en el caso de que sobreviviera a su marido y codemandado, D. José . Por consiguiente, las consecuencias de la falta de consentimiento de la demandante por ser titular de ese derecho o futuro derecho (ya se considere expectativa de usufructo, usufructo sometido a condición suspensiva o bajo fideicomiso), no son objeto de este litigio, ni, por ende, de este recurso, en el que únicamente cabe examinar si debe prosperar o no la indicada acción de anulabilidad por no haber concurrido la hoy demandante al acto de otorgamiento de la mencionada escritura pública pese a ser la esposa del Sr. Noelia y -según se dice- tratarse de la vivienda familiar habitual el inmueble hipotecado.



Presupuesto lo anterior, conviene recordar que el art. 1320 CC establece que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial, añadiendo el párrafo segundo que la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe. Señala al respecto la STS, Sala Primera, de lo Civil, S de 30 Sep. 1997, que el artículo 1320 se integra en el ámbito del consentimiento uxorio del antiguo artículo 1413 del Código Civil con la eficacia de conceder legitimación al cónyuge que, teniendo que dar consentimiento "ex lege", sin embargo no lo concede, para, en sede del artículo 1322 del mismo ordenamiento, poder instar la anulabilidad del acto no consentido-.

Como afirma la SAP Madrid, Sección 21ª, S de 29 Mar. 2012 , el domicilio sede de la vida familiar aparece dotado de un específico régimen de disposición en nuestro ordenamiento que trasciende la mera titularidad jurídica sobre el mismo y al régimen común de disposición de bienes en derecho privado, en el que basta el consentimiento del titular mayor de edad, con plena capacidad jurídica de obrar, para que operen válida y eficazmente los actos dispositivos. A diferencia de ello, la disposición del domicilio familiar, ya en el curso del matrimonio, ya tras la separación, está especialmente tutelada o protegida frente a actos unilaterales de los cónyuges, al exigirse el consentimiento necesario. Expresión legal de este peculiar régimen son los arts. 90 , 96 , 103 , 1320 , 1357 , 1406 y 1407 del CC , así como el art. 91.3 del Reglamento Hipotecario , que desarrollan el principio de protección jurídica de la familia contenido en el art. 39 CE . Por tanto, la autonomía de la voluntad, que de ordinario es regla general en las relaciones de derecho privado, se encuentra limitada cuando se trata de la disposición de la vivienda familiar con la exigencia de que tal asentamiento familiar se conserve jurídicamente bajo el control de ambos cónyuges. Por ello, a tenor de lo dispuesto en el art. 1320 CC , el cónyuge que ostente la titularidad jurídica de la vivienda familiar, a título de propietario, no podrá enajenarla, ni arrendarla a un tercero, ni constituir sobre ella derechos reales limitados (derechos de usufructo, habitación, hipoteca, etc) que priven a la familia del uso y disfrute de la vivienda o que, de algún modo, pueda comprometerlo o ponerlo en peligro (SAP de Toledo de 21 de julio de 1991).

.....

Consecuentemente, el consentimiento del cónyuge no titular de vivienda se suma a los tradicionales presupuestos de la validez contractual (art. 1261 CC) y su ausencia hace que el contrato sea claudicante frente al ejercicio de la acción de anulabilidad del art. 1322 de dicho texto legal que es la ahora ejercitada, si bien con el límite que respecto de terceros -la entidad apelante debe ser tenida por tal- contempla el párrafo segundo del citado art. 1320 en cuanto que la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no habría de perjudicarlo si, como debe presumirse, ha actuado dicha entidad de buena fe

Dicho lo anterior, y a la vista de los motivos expuestos en el recurso, lo primero que ha de examinarse es si la vivienda hipotecada objeto de esta litis tenía o no la condición de vivienda familiar habitual en el momento de la constitución de la hipoteca -que es al que debe entenderse referido el art. 1320 CC) puesto que el destino posterior como vivienda familiar escapa del ámbito de dicho precepto-, y, caso afirmativo, dilucidar si la demandante prestó su consentimiento -entiéndase en el presente caso tácito- para la constitución de dicho gravamen. Incluso, cabría examinar si sus actos posteriores podrían dar lugar a una convalidación tácita de la acción de anulación ejercitada (art. 1311 y concordantes CC).

TERCERO .- Veamos, pues, en primer lugar si el referido inmueble tenía o no la condición de vivienda familiar habitual en términos tales que pudiera y debiera haber sido conocido por la entidad demandante, a cuyo respecto han de ponerse de manifiesto en primer lugar los siguientes extremos acreditados.

1. Mediante escritura pública otorgada el 28-9-01, rectificadora mediante otra de 8-5-02, D. José dona la nuda propiedad de la finca a la que posteriormente se aludirá, a sus hijos Sres. Noelia Horacio María , reservándose el derecho de usufructo sobre la misma, y al mismo tiempo se constituye un derecho de usufructo a favor de la esposa de aquél, hoy demandante, Dª. Florencia , de carácter sucesivo y para el caso de que fallezca antes que ella su esposo. En dicha escritura se hace constar que todos los intervinientes son vecinos de La Carlota y domiciliados en la AVENIDA000 , NUM005 , NUM008 Departamento. La finca aparece descrita, en lo que ahora interesa, como "Rústica, parcela de terreno de labor" situada en el NUM008 Departamento de La Carlota, con una extensión de 61 a y 92 ca.

2. Con fecha 19-10-04 se otorga escritura pública por la que se declara que sobre la finca antes indicada se ha construido una casa de una planta destinada a vivienda sita en el NUM008 Departamento, Monte Alto, al sitio que hoy denominan AVENIDA001 , NUM006 , de La Carlota. En la escritura consta que los comparecientes D. José y Dª. Florencia están casados en régimen de separación de bienes y con domicilio en AVENIDA000 , NUM008 Departamento, NUM007 , de La Carlota, mismo domicilio que aparece también respecto de los hijos Horacio y Dª. Noelia .



3. Según consta en la nota simple informativa aportada a los autos (folio 48), en el Registro de la Propiedad de Posadas aparece que la finca registral NUM000 es la parcela de terreno de labor antes indicada, con descripción de sus linderos, en la que hay una casa de una planta destinada a vivienda con una superficie construida de 381,74 m².

4. Con fecha 8-3-05 se otorgó escritura pública de concesión de préstamo hipotecario por la entidad Caja General de Ahorros de Granada, en cuyo acto de otorgamiento comparecieron por la parte prestataria D. José , su esposa D^a. Florencia y los tres hijos. En dicha escritura se hizo constar como domicilio de todos ellos (salvo respecto de D^a. María , ya casada) el de AVENIDA000 NUM007 de La Carlota. La hipoteca se constituyó sobre la finca objeto de este litigio, haciéndose constar expresamente en la escritura (folio 456, escritura aportada en segunda instancia) que dicha finca no constituía el domicilio conyugal de la hija casada.

5. El 16-11-06 se hipoteca nuevamente la referida casa, otorgándose la correspondiente escritura a cuyo acto comparece por la parte prestataria D. José , consignándose como domicilio del mismo en Monte Alto, AVENIDA000 NUM005 de La Carlota. También comparecieron los hijos Horacio y Noelia , constando el mismo domicilio, y María con otro domicilio la cual ya estaba casada. A dicho acto no compareció la demandante Sra. Florencia . En la escritura se hizo constar que los comparecientes eran dueños de la finca referida, "parcela de terreno de labor sita en" , así como que sobre la misma "hay una casa de una planta destinada a vivienda".

6. D. José y su esposa D^a. Florencia , así como los hijos, aparecen empadronados desde el 1/5/1996 en el domicilio de AVENIDA000 NUM007 , Monte Alto, La Carlota.

CUARTO .- Pues bien, de la prueba practicada no se desprende, a juicio de la Sala, que el inmueble hipotecado tuviese el carácter de vivienda familiar en el momento del otorgamiento de la hipoteca. Es cierto que en el acto del otorgamiento de la escritura de hipoteca del año 2005 aportada en esta alzada, por la que se constituyó la hipoteca de la Caja de Ahorros de Granada, compareció D^a. Florencia , pero también lo es que nada se dijo sobre que dicha vivienda constituyese el dominio conyugal de la misma y de D. José , del mismo modo que tampoco consta dicho dato en la escritura de hipoteca que se pretende anular. Si nada se dijo al respecto, a diferencia en este extremo de la hija casada, respecto de la cual se consigna expresamente que no constituía su domicilio conyugal, es porque no había indicio alguno que indicara que la vivienda fuese el domicilio conyugal del Sr. José y la Sra. Florencia . Además, y como se razonará posteriormente, el silencio de D. José sobre tal extremo en esta última escritura no debe perjudicar a la entidad bancaria cuya buena fe, se insiste, ha de presumirse.

Por otro lado, tanto en la escritura de donación y constitución de usufructo, como en la de rectificación, la de declaración de obra nueva y la de constitución de la hipoteca, en todas ellas se hizo constar como domicilio del matrimonio AVENIDA000 NUM005 ó NUM007 , el cual es distinto del domicilio donde se ubica la vivienda hipotecada (AVENIDA001). Y en el empadronamiento municipal consta desde 1996 como domicilio del matrimonio el antes indicado de la AVENIDA000 , que es el mismo que consta (o constaba) en sus respectivos DNI. Sin que la prueba testifical del vecino de la familia y de la cuñada pueda tener entidad suficiente para desvirtuar la presunción que emana de los empadronamientos referidos.

Así las cosas, a nivel es documento público no había constancia alguna de que el domicilio de los Sres. Horacio y Florencia fuese el de la vivienda hipotecada. Es cierto que en la tasación de la vivienda realizada por el perito a quien La Caixa le efectuó el encargo, se hizo constar que se trataba de vivienda aislada de primera residencia, ya terminada, ocupada por su propietario y que la misma tenía 7 años de antigüedad. Pero la explicación a tales datos se obtiene de la escritura de la hipoteca de 2005 con la Caja de Granada, en la que consta que el dinero obtenido era para la rehabilitación y mejora del inmueble (ver folio 431), lo que unido a la prueba personal practicada permite afirmar que en el momento del otorgamiento de la segunda hipoteca tales obras de rehabilitación y mejora de la vivienda hipotecada se encontraban ya concluidas y que la casa iba a ser habitada, estando en ese momento ya con los muebles de cocina y sanitarios pero a falta del mobiliario de las distintas dependencias. Ello coincidiría con lo manifestado por D. Juan Antonio y por el referido perito en el sentido de que el préstamo era, al menos en parte, para terminar las obras de la casa, las cuales, por lo demás, carecían de la preceptiva licencia, no existiendo tampoco la correspondiente licencia de primera ocupación.

En tal situación no puede afirmarse -por no estar acreditado- que la vivienda en cuestión constituyera en el momento de la hipoteca la residencia habitual del matrimonio, el cual es posible que aún estuviera habitando en la referida vivienda de la AVENIDA000 , que era propiedad de la madre de la demandante, en la cual estuvieron viviendo en un principio, cuya vivienda, por cierto, aún posee la familia Horacio María según expuso la testigo Sra. Mercedes . Por otro lado, los recibos de consumos de luz y agua aportados tanto en primera como en segunda instancia no son suficientemente acreditativos de que en la casa viviese la familia. De todo ello se desprende que no se ha acreditado el carácter de vivienda familiar habitual de la referida casa cuando se



otorgó la hipoteca, y menos aún que la entidad La Caixa tuviera motivos suficientes para considerar que el inmueble hipotecado podía constituir el domicilio familiar del cónyuge prestatario, no pudiendo hablarse, en fin, de mala fe por parte de la misma.

En este sentido, la prueba del carácter de vivienda habitual de la finca hipotecada corresponde a quien lo alega, tanto por constituir un supuesto mediante el que se pretende privar de eficacia y extinguir (recuérdese que se trata de una acción de anulabilidad y no de nulidad radical) un negocio jurídico que es válido y eficaz mientras no se declare judicialmente su nulidad, todo ello conforme al art. 217.3 LEC y teniendo en cuenta que la manifestación errónea -y, con igual fundamento, la falta de ella- sobre el carácter de vivienda habitual del bien hipotecado no perjudica a terceros de buena fe (art. 1320-2º CC), considerándose como tercero de buena fe a la entidad La Caixa que otorgó el préstamo hipotecario, pues no se olvide que la buena fe exigida por la ley consiste en que el tercero que adquiere ignore la condición de vivienda familiar de la que es objeto del negocio jurídico (SAP Madrid, Sección 21ª, S de 29 Mar. 2012), sin que una debida diligencia normal o adecuada al caso hubiera permitido conocer a la entidad financiera la posible condición como vivienda familiar del inmueble en cuestión.

Es quizá por ello, por lo que no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 91.1 del Reglamento Hipotecario , en cuanto que considera necesario para practicar la inscripción de cualquier acto dispositivo sobre la vivienda que, perteneciendo exclusivamente a uno de los cónyuges, sea al propio tiempo la vivienda habitual de la familia.

QUINTO .- No obstante, y aun en el supuesto de que pudiera entenderse acreditado que la referida casa constituyera el domicilio habitual de la familia, y que por tal motivo se exigiera el consentimiento de la hoy demandante, como cónyuge del disponente, para el otorgamiento de la escritura, tampoco cabría declarar la nulidad de la hipoteca conforme a los argumentos que a continuación se exponen.

En primer lugar, la exigencia del art. 1320 CC no es propiamente un consentimiento de quien es titular de un derecho, sino que, como enseña la STS, Sala Primera, de lo Civil, S de 19 Oct. 1994, el consentimiento del cónyuge no titular del derecho dispuesto constituye una mera aprobación o licencia, bien que con la consecuencia de que su falta determina que los actos realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados puedan ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos. Es por ello que, como dice la RDGRN de 25/4/2005, el poder de disposición corresponde exclusivamente al cónyuge titular, de tal modo que el consentimiento exigido de su consorte tiene el carácter de un asentimiento, que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno, es decir, concluido por otro, por la que un cónyuge concede su aprobación a un acto en el que no es parte.

En segundo lugar conviene también señalar que la jurisprudencia tiene afirmado en numerosas ocasiones que el consentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos (SSTS de 10 de octubre de 1982 , 28 de enero y 6 de diciembre de 1983 , 5 de mayo de 1986 , 20 de junio de 1991 , 15 de enero de 2008 entre otras). Según reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 16 de abril de 1985 , 6 de octubre , 6 de diciembre de 1986 , 20 de junio de 1991 , 19 de junio de 1993 , 2 de julio de 2003 , 29 de septiembre de 2006 y 15 de enero de 2008), el consentimiento del otro cónyuge puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio, y también inferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderarse la pasividad del mismo y su no oposición al acto de hipoteca conociendo su otorgamiento, así como la ausencia de fraude o perjuicio, e incluso el silencio, que puede ser, en estos casos, revelador de consentimiento. Y a los efectos de determinar la concurrencia del consentimiento uxoris el Tribunal tanto puede valerse de pruebas directas como de presunciones, como así lo destaca la precitada STS de 15 de enero de 2008 , cuando establece, que puede inferirse "la presencia del consentimiento "uxoris" a partir de los hechos acreditados en el proceso por medios directos de prueba, que operan como hechos base desde los que se desarrolla el proceso deductivo que conduce al resultado inferido".

Y en tercer lugar ha de dejarse constancia de que el art. 1320 CC es de interpretación restrictiva. Señala al respecto la STS, Sala Primera, de lo Civil, S de 8 Jun. 1993, que el artículo 1320, que como es sabido prohíbe el ejercicio de todo derecho que suponga atentar bajo cualquier forma contra el goce pacífico del alojamiento familiar, como todo precepto de carácter limitativo exige una interpretación restrictiva, criterio que se expresa también en la SAP Madrid, Sección 21ª, S de 29 Mar. 2012 , según la cual tanto el artículo 1320 como el artículo 96.4, ambos del Código Civil , limitan las facultades de disposición, y por ello deben interpretarse restrictivamente.

Partiendo de lo anterior, la Sala considera que existió, cuando menos, un consentimiento tácito de la hoy demandante para que se constituyera la hipoteca sobre la referida vivienda. Porque no resulta verosímil que la Sra. Noelia , que ya había concurrido el año anterior a la notaría para que se hipotecara la casa, no conociese



que iba a ser nuevamente hipotecada -con cancelación de la anterior hipoteca-, precisamente tratándose de la que iba a ser (o, según ella, era) su vivienda. Y no es creíble en primer lugar porque el motivo de no querer acudir de nuevo a la notaría, además de no estar acreditado, resulta banal, pues no se alcanza a comprender que por un supuesto atranque o disgusto - que en modo alguno está acreditado-, cuando acudió el año anterior a la notaría para que se otorgase la hipoteca anterior, constituya argumento o motivo racional suficiente para no querer ir de nuevo a la notaría, máxime tratándose de la hipoteca de la vivienda en la que dice que habitaba. Por otro lado, tampoco es de recibo que, pese a dedicarse al parecer a las labores propias de la casa, esté ajena a todo cuanto acontece de relevancia económica, como es la obtención de un préstamo hipotecario. No resulta admisible que siendo consciente de que existía un préstamo anterior de la Caja de Granada por algo más de 149.000 €, ignore que un año después ese préstamo se cancele y se obtenga uno nuevo por el doble de cantidad, la mitad del cual se utilizó para cancelar la hipoteca anterior. Incluso, como el propio Sr. Noelia reconoció, también se utilizó algún dinero para terminar la obra de la casa y el resto para atender las necesidades de los negocios familiares. Del mismo modo que tampoco resulta verosímil que de destine una cantidad tan importante de dinero para atender las deudas de los negocios familiares, administrados o gestionados éstos al parecer por el Sr. Noelia e hijo, y la esposa ignore que se ha utilizado con dicho fin, sin olvidar que tanto el Sr. Noelia como la Sra. Florencia mantienen -o, al menos, mantenían en la fecha de la hipoteca-, una relación normal de matrimonio, por más que se haya querido insinuar por aquél que actualmente las relaciones personales entre ambos cónyuges no son buenas.

Y tampoco puede soslayarse que desde la constitución de la nueva hipoteca el 16-11-06, la demandante nada opusiera hasta que, promovido el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de pago de las cuotas -cuyos impagos ha reconocido el Sr. Noelia -, no es hasta después de la adjudicación de la finca tras la correspondiente subasta cuando la Sra. Florencia promueve el 2/7/2009 un incidente de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria alegando su falta de consentimiento y conocimiento de la constitución de la hipoteca, interponiendo poco después, el 27/7/2009 la presente demanda, no siendo tampoco creíble que no conociese el procedimiento de ejecución pues los requerimientos se efectuaron en el domicilio de la AVENIDA001 .

Procede, pues, en virtud de los argumentos expuestos, la estimación del recurso de apelación, con la consecuencia de que ha de desestimarse la demanda interpuesta.

SEXTO .- Estimado el recurso, no procede la imposición de costas de esta alzada a ninguna de las partes (art. 398 LEC).

En cuanto a las costas de primera instancia, dadas las dudas de hecho existentes, que ya constató el propio Juez de primera instancia, resulta aconsejable que no se haga especial imposición de costas procesales de primera instancia, según autoriza el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

SÉPTIMO .- De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta, nº 8, de la L.O. del Poder Judicial , la estimación del recurso conlleva la devolución a la parte apelante de la totalidad del depósito constituido para su interposición.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. De la Rosa Pareja, en representación de CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA (LA CAIXA), contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Posadas de fecha 29 de diciembre de 2011 , siendo parte apelada D^a. Florencia , representada por el Procurador Sr. Valenzuela Romero, y D. José Y OTROS, representados por el Procurador Sr. Almenara Angulo, cuya sentencia se REVOCA y en su lugar ACORDAMOS DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA deducida por la Sra. Florencia , absolviendo a la parte demandada de la pretensión contra la misma formulada, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de primera instancia.

No procede hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada.

Procede la devolución a la parte recurrente la totalidad del depósito constituido para la interposición del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que en materia de recursos habrá de estarse al Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30-12-01.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.