



Roj: **SAP B 4315/2015 - ECLI:ES:APB:2015:4315**

Id Cendoj: **08019370162015100222**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **13/05/2015**

Nº de Recurso: **516/2013**

Nº de Resolución: **221/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS VALDIVIESO POLAINO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSEXTA

ROLLO Nº. **516/2013-C**

JUICIO ORDINARIO NÚM. 197/2012

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 50 DE BARCELONA

SENTENCIA nº 221/2015

Ilmos. Sres.

DOÑA INMACULADA ZAPATA CAMACHO

DOÑA MARTA RALLO AYEZCUREN

DON JOSÉ LUIS VALDIVIESO POLAINO

En la ciudad de Barcelona, a 13 de mayo de 2015.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimosexta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario, número 197/2012 seguidos por el Juzgado de Primera Instancia 50 de Barcelona, a instancia de Doña Leocadia representada por el procurador D. JOSE CARLOS GONZALEZ RECIO, contra don Jose Ignacio e INLI 2000, S.L. en liquidación representados por el procurador D. IVO RANERA CAHIS, y contra PERGO (EUROPE) AB representada por el procurador D. CARLOS MONTERO REITER. Estas actuaciones penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia dictada el día ocho de abril de dos mil trece por el Sr. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"F A L L O

Desestimo totalmente la demanda formulada por la representación procesal de doña Leocadia contra D. Jose Ignacio , INLI 2000, S.L. EN LIQUIDACIÓN y PERGO (EUROPE) AB, absolviendo a los demandados de todas las pretensiones declaratorias y condenatorias de dicha demanda, imponiendo las costas procesales a dicha persona demandante, excepto de las devengadas por la personación y defensa de don Jose Ignacio e Inli 2000, sociedad limitada en liquidación, sobre las que no se efectúa imposición especial, conforme a los fundamentos anteriores."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por D^a. Leocadia , mediante su escrito motivado, dándose traslado a las partes contrarias se opusieron en tiempo y forma legal la



codemandada Pergo Europe, A.B. así como los codemandados Jose Ignacio e Inli 2000, S.L. en liquidación mediante sus respectivos escritos motivados, impugnando estos últimos la resolución en lo que les era desfavorable de cuya impugnación se dio traslado a la apelante principal que nada manifestó declarándosele precluido dicho trámite. Elevados los autos a esta Audiencia Provincial se procedió a dar el trámite pertinente señalándose para votación y fallo el día 7 de abril de 2015.

TERCERO .- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el magistrado señor JOSÉ LUIS VALDIVIESO POLAINO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero : El proceso se refiere a la validez o no de una hipoteca constituida sobre una vivienda familiar por falta de consentimiento de la esposa del propietario e hipotecante, que residía en la vivienda.

El 4 de septiembre de 2008 D. Jose Ignacio constituyó hipoteca sobre la finca de su propiedad sita en CALLE000 número NUM000 , NUM001 NUM002 , de Barcelona, con una superficie de 154,88 metros cuadrados. Lo hizo mediante una escritura notarial en la que solo intervino él, en nombre propio y en nombre y representación de Inli 2000, S.L., y de Pergo (Europe) AB. Tanto el señor Jose Ignacio como dichas dos sociedades han sido demandados en el proceso. La escritura fue ratificada por Pergo mediante otra escritura de 24 de diciembre de 2008, en la que aceptó la hipoteca constituida a su favor.

En la escritura de 4 de septiembre, el señor Jose Ignacio , como administrador de Inli 2000, S.L., reconoció que ésta debía a Pergo la cantidad de 375.509 euros, como consecuencia de sus relaciones comerciales. La sociedad deudora se obligó a pagar dicha deuda mediante 36 pagos mensuales, comprensivos de capital e intereses, éstos al tipo del 9 por ciento anual, aunque los de demora para caso de impago se fijaban en el 15 por ciento. La hipoteca se constituyó para garantizar dicha deuda y el señor Jose Ignacio se constituyó en fiador personal de la misma, de forma solidaria con la sociedad deudora, administrada por él y de la que era socio.

Dña. Leocadia entabló demanda en solicitud de que se anulase la hipoteca porque ella, esposa del propietario de la vivienda hipotecada, residía en la misma y no consintió en la constitución del gravamen. La acreedora Pergo conocía que la vivienda constituía el domicilio familiar de D. Jose Ignacio o tenía medios racionales y motivos suficientes para conocerlo, dadas las muy prolongadas relaciones comerciales del señor Jose Ignacio o sociedades participadas por él con la sociedad Pergo.

Inli 2000, S.L., y D. Jose Ignacio se allanaron a la demanda y Pergo no contestó en tiempo oportuno, aunque después ha mantenido la oposición. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda.

La hipoteca fue ejecutada y la finca fue adjudicada a Pergo.

Segundo : Efectivamente no es aplicable el invocado artículo 231-9 del Código Civil de Cataluña, pero sí el 9 del Código de Familia de 1998, que exigía también el consentimiento del cónyuge del propietario para hipotecar la vivienda familiar.

Hace el Juzgado en la sentencia una referencia un tanto confusa a la aplicabilidad del artículo 569-31 del Código Civil de Cataluña con preferencia al citado artículo 9.

La cuestión es intrascendente porque el precepto del Código Civil no es incompatible con el del artículo 9 , ni lo modificó por tanto. En ambos se imponía y se impone el consentimiento del cónyuge del titular de la vivienda familiar y en ambos se disponía y se dispone que el tercero de buena fe no puede ser perjudicado si el hipotecante falta a la verdad al manifestar que la vivienda no constituye residencia familiar.

Lo que procede, por tanto, es constatar si concurren los requisitos exigidos por el repetido artículo 9 para que pueda anularse la hipoteca.

Tercero : El primero de esos requisitos es, lógicamente, que el inmueble hipotecado sea vivienda familiar, lo que la sentencia recurrida cuestiona.

Es verdad que los documentos relativos a suministros podrían haber sido más reveladores del consumo efectivo de electricidad, gas o teléfono, pero lo cierto es que se han aportado documentos de empresas suministradoras reveladores de la contratación con referencia a la vivienda hipotecada y de fechas no muy lejanas a la en que se constituyó la hipoteca.

El documento 15 de la demanda es un recibo del servicio de mantenimiento de la empresa suministradora de agua correspondiente al año 2002, el cual no revela consumo y es muy anterior a la fecha de la hipoteca. El documento 23 es un recibo igual correspondiente al ejercicio del año 2008. El documento 31 es también un recibo de la empresa de aguas de Barcelona, de noviembre de 2011, y no indica ningún suministro concreto.



El 21 es un recibo de una empresa de telecomunicaciones correspondiente a consumo en el mes de febrero de 2007, que no indica lugar de suministro aunque, como todos los documentos aportados para acreditar la condición de vivienda familiar, sitúa el domicilio de la señora Leocadia y del señor Jose Ignacio en la vivienda hipotecada.

El documento 22 es un recibo de Telefónica correspondiente al período de 16 de octubre a 15 de noviembre de 2007, en el que consta la vivienda hipotecada como la de prestación del servicio. El documento 25 es otro recibo igual, correspondiente al período de 13 de diciembre a 12 de noviembre de 2008.

El documento 24 es un recibo de una suministradora de electricidad, correspondiente al período de 27 de noviembre de 2007 a 25 de enero de 2008, con suministro en la vivienda que nos ocupa. La lectura fue real y en el recibo se indica un consumo por importe neto de 48,39 euros. El 32 es igualmente un recibo de Endesa que se refiere a una factura que no se aporta, de modo que no sabemos si recoge suministros, por más que el importe (115,75 euros) lo sugiere. Es de agosto de 2011 y no indica domicilio de suministro.

Por último, en cuanto a recibos de suministros, el documento 33 es un recibo de Gas Natural, de 2011, que se remite a una factura no aportada y que no recoge tampoco consumo concreto alguno.

Pese a que las facturas podrían haber sido más reveladoras de consumos, el conjunto de documentos permiten afirmar que la vivienda que nos ocupa era vivienda familiar en la época en que se constituyó la hipoteca. Los documentos administrativos de ambos cónyuges indican el domicilio de CALLE000 y hay distintos documentos médicos (34 a 40 de la demanda) indicativos de la residencia del señor Jose Ignacio en la vivienda.

La conclusión que se extrae de todo ello es que la vivienda era, en efecto, la residencia familiar de los señores Jose Ignacio y Leocadia cuando se constituyó la hipoteca.

Cuarto : La parte demandante ha sostenido en el litigio que la constitución de la hipoteca fue a título gratuito, de modo que procede sin más la anulación. El señor Jose Ignacio personalmente nada debía a Pergo y ésta nada entregó al primero a cambio de que constituyese la hipoteca.

El artículo 9 del Código de Familia determinaba que no era anulable la hipoteca constituida sin el consentimiento del cónyuge del propietario cuando el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso. Se trata, por tanto, de si en este caso la adquirente del derecho real de hipoteca actuó a título oneroso al adquirir la garantía.

Desde un punto de vista indirecto así fue, puesto que Pergo entregó mercancías, con lo que se constituyó en acreedora de Inli 2000, S.L. Pero la constitución de la hipoteca no fue un acto realizado a título oneroso porque fue protagonizado por quien nada debía a Pergo. El señor Jose Ignacio era socio y administrador de la sociedad deudora, pero personalmente nada adeudaba a la acreedora. No tenía ninguna obligación de otorgar la hipoteca ni recibió nada a cambio de hacerlo y, por consiguiente, desde ese punto de vista, entregó algo a título gratuito. Podría habersele exigido responsabilidad como administrador, pero esa es otra cuestión. En tanto no se hubiese declarado judicialmente dicha responsabilidad nada debía y por consiguiente al otorgar la hipoteca no actuó a título oneroso.

Quinto : Desde otro punto de vista la acreedora tenía medios racionales y motivos suficientes para conocer que la vivienda era la residencia del señor Jose Ignacio y, puesto que éste era casado, de su esposa.

En efecto, en primer lugar se trata de un piso en un edificio en la CALLE000 de Barcelona, lo que debía razonablemente sugerir que podía tratarse de una vivienda. El que en dicha vivienda tuviesen su domicilio sociedades participadas por el señor Jose Ignacio no es indicio sólido de que no pudiese constituir domicilio familiar, pues es muy frecuente que se fije como domicilio social el de uno de los socios de la sociedad, para lo que por otra parte no hay ningún impedimento legal.

Por otra parte Pergo mantenía relaciones comerciales con el señor Jose Ignacio desde años antes de otorgarse la hipoteca. En la contestación al recurso se admite que desde antes del año 2000. Dada esa relación tan prolongada es razonable que el personal de Pergo en España conociese el domicilio personal del señor Jose Ignacio . El documento 6 de la demanda es una nota de Pergo Iberia indicativa de la identidad de sus distribuidores en Cataluña, entre los que figura Inli 2000, S.L., de la que se dice estaba domiciliada en CALLE001 NUM003 , que es la dirección que facilitó el señor Jose Ignacio como domicilio al comparecer a otorgar la escritura pública.

Evidentemente, como hemos apuntado ya, ello no es incompatible con que en esta última dirección estuviese el domicilio del señor Jose Ignacio . Pero los testigos que comparecieron en el juicio manifestaron que en CALLE001 había una nave industrial en la que a veces iban a buscar materiales.



Por otra parte Pergo manifiesta que el otorgamiento de la escritura de hipoteca fue una reacción a la preparación en curso de una demanda de responsabilidad personal del señor Jose Ignacio por las deudas de Inli. El abogado y representante de Pergo manifestó en su declaración en el juicio que cuando preparaba una demanda solía averiguar el domicilio mediante consulta en el registro mercantil. Dada dicha circunstancia se hace difícil pensar que no hubiera venido en conocimiento (antes de la escritura de hipoteca, que es cuando estuvo preparando la demanda) de que el domicilio de D. Jose Ignacio era el de la CALLE000 .

Por consiguiente, además de que no puede considerarse que el acto de constituir la hipoteca fuese a título oneroso, se llega a la conclusión de que la acreedora, aunque de verdad hubiese ignorado la condición de vivienda familiar de la finca hipotecada, habría actuado de forma negligente, porque fácilmente podría haber conocido dicha condición y tenía interés en asegurarse de dicha circunstancia de la que no podía ignorar que dependía la validez de la garantía, tanto conforme a la legislación catalana como conforme al artículo 1.320 del Código Civil . No puede decirse por tanto que Pergo actuase de buena fe, porque la buena fe no consiste solo en la ignorancia de una circunstancia sino también en que no hubiese podido evitarse tal ignorancia mediante una diligencia media. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria y así ha de afirmarse en general cuando se trata de considerar la buena fe como ignorancia de un dato.

Sexto : Procede, por todo lo expuesto, la estimación del recurso y de la demanda, con cancelación del asiento de hipoteca y de todos los que de él traigan causa.

Se impondrán las costas ocasionadas en la primera instancia a la actora a la demandada Pergo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no se hará especial pronunciamiento respecto a las del recurso.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Dña. Leocadia contra la sentencia de fecha ocho de abril de dos mil trece, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona en el proceso mencionado en el encabezamiento, revocamos dicha sentencia y, en su lugar, estimando la demanda, anulamos la constitución de hipoteca sobre la finca sita en CALLE000 número NUM000 , NUM001 NUM002 , de esta ciudad, registral NUM004 , efectuada mediante escritura autorizada por la notaria de Madrid Dña. María Jesús Guardo Santamaría en fecha cuatro de septiembre de dos mil ocho, bajo número 2.884 de su protocolo y, en su virtud, acordamos la cancelación en el Registro de la Propiedad número seis de Barcelona de la inscripción a que dicha escritura y la de su ratificación dieron lugar, cuarta de la finca, y de todos los asientos que de dicha inscripción traigan causa. Imponemos a la demandada PERGO (EUROPE) AB las costas ocasionadas en primera instancia a la señora Leocadia y no hacemos especial pronunciamiento respecto a las demás costas ocasionadas en el proceso. Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de esta sentencia, para su cumplimiento.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (si el recurso presenta tal interés conforme a la ley) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste último si se presentare conjuntamente con el primero. Deberán ser interpuestos, en su caso, ante esta Sección, en el plazo de veinte días, constituyendo el depósito correspondiente.

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

PUBLICACIÓN .- En este día, y una vez firmada por todos los magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.