

ADQUISICIÓN DE VIVIENDA POR UN MATRIMONIO PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES RESULTANDO QUE EL ESPOSO ESTÁ INCAPACITADO JUDICIALMENTE, SIENDO TUTORA LA ESPOSA Y POSTERIOR CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

La disposición de bienes del discapacitado y su cónyuge, tutor del mismo, sin autorización judicial no supone la nulidad general por los artículos 1.259 y 6.3 del Código Civil, sino la de los artículos 1.389 y 1.322 del mencionado Código, que establecen un tipo de ineficacia concreta para la disposición de gananciales sin la preceptiva autorización. El plazo legal de cuatro años empieza a contar desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato. A dicho supuesto debe equipararse el caso de falta de autorización judicial, ya sea porque el cónyuge no disponente se encuentre incapacitado, ya sea porque se ha producido dicha disposición directamente y en contra de lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código. Aunque no fuere aplicable el artículo 1.389 del Código Civil, los efectos no serían distintos en los casos en que los contratos se traten de contratos celebrados por un incapacitado, anulables durante cuatro años a contar desde que aquel saliere de tutela en el supuesto de que siguiera incapacitado y sujeto a tutela.

Palabras claves: compraventa; ineficacia: nulidad relativa y tercero adquirente: tercero hipotecario.

Fecha de entrada: 09-10-2016 / Fecha de aceptación: 21-10-2016

ENUNCIADO

El matrimonio adquiere en el año 2005 para la sociedad de gananciales una vivienda, estando incapacitado judicialmente el marido y siendo tutora la esposa sobre la que constituyen una hipoteca cambiaria mediante la correspondiente escritura pública. La tutora en ningún caso hizo constar que su marido estuviera declarado incapaz ni que ella fuera la tutora. La declaración de incapacidad estaba inscrita en el Registro Civil pero no se hizo constar en el Registro de la Propiedad.

Ante los impagos la compañía acreedora insta el procedimiento de ejecución hipotecaria en el año 2011, y tras la tramitación oportuna, la subasta es adjudicada a un tercero que nada tenía que ver con la acreedora hipotecaria.

Los actores pretenden la recuperación de la vivienda que fue adjudicada a dicho tercero por entender que era nula la hipoteca constituida, ya que fue constituida estando incapacitado el esposo y sin previa autorización judicial.

Cuestiones planteadas:

1. Adquisición de vivienda y posterior constitución de hipoteca interviniendo incapacitado judicialmente.
2. Ineficacia: nulidad relativa: anulabilidad.
3. Tercero adquirente: tercero hipotecario.
4. Conclusión.

SOLUCIÓN

1. La presencia de una persona declarada incapacitada y sometida a tutela exige para la validez de determinados actos la autorización judicial, como establece el artículo 271 del Código Civil. Esta exigencia tiene carácter general para todos los supuestos en que se extiende dicho precepto y se extiende, como no podría ser de otra manera, a los actos de disposición.

No obstante, la presencia de una persona que tenga un vínculo especial, como ocurre con el tutor que es además cónyuge del declarado incapaz por sentencia, pudiera presentar algunas peculiaridades que parece conveniente plantear, que es lo que sucede con el caso que se propone: matrimonio que adquiere un inmueble y constituye una hipoteca en garantía de la adquisición efectuada.

Se puede plantear la siguiente cuestión: en un acto de disposición que requiere el consentimiento de ambos cónyuges, puede ser realizado por el cónyuge capaz, que, por un lado, actúa por sí mismo, y a la vez como tutor del cónyuge incapacitado; estaría la esposa autorizada para contratar en su propio nombre y en el de su esposo sin pedir autorización judicial.

La respuesta ha de ser negativa.

El Código Civil dispone, a tenor del artículo 1.387, que «la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte». Y el artículo 1.389 dice que «el cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello plenas facultades», salvo que el juez considere de interés para la familia establecer cautelas o limitaciones, diciendo a continuación que «en todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial».

Por otro lado, el artículo 1.322 del mencionado texto legal establece que «cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos». Por otro lado, el artículo 271.2 del Código dice que el tutor necesita autorización judicial: 2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

A la vista de los preceptos mencionados el tutor necesitaría autorización judicial previa para la realización de actos de disposición, como los que se refieren en el caso. La esposa además carece de legitimación para anular dichos contratos, pues estaba capacitada, ni existía vicio del consentimiento, siendo doctrina tradicional del Tribunal Supremo que no puede instar la anulación el cónyuge que realizó el acto o contrato sin contar con el necesario consentimiento del otro (así la Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1994 o 31 de mayo de 1995).

Además, el comportamiento de la esposa esa en manifiesta contradicción con las exigencias de la buena fe, y su conducta no puede imputarse jurídicamente a su marido y tutelado, al efecto de negarle también la legitimación para anular el contrato de constitución de hipoteca; no cabe imputar la mala fe del representante legal al representado totalmente incapacitado. Ese actuar

reprochable no determinaría, en su caso, la desestimación de las pretensiones que hiciera valer en el momento procesal correspondiente en nombre y representación de su esposo incapacitado.

La actuación de la tutora no resulta sanada por actos propios de la misma, pues se omitió un acto fundamental: obtener la autorización judicial correspondiente para la realización del mismo.

2. Qué tipo de ineficacia correspondería a los actos de disposición sobre bienes gananciales efectuados por el cónyuge capaz sin la preceptiva autorización.

Por un lado, deben mencionarse las Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 y de 8 de julio de 2010, que declaran la nulidad de los actos de disposición realizados por el titular de la patria potestad y por el tutor sin autorización judicial.

Sin embargo, la existencia de normas específicas relativas a los actos de disposición de los bienes gananciales efectuados por la esposa sin autorización judicial, contenidas en los artículos 1.389.2 y 1.322 del Código Civil, impide aplicar la doctrina acogida por las sentencias mencionadas.

Existe, respecto de las disposiciones de bienes gananciales, una norma específica reguladora de la ineficacia de estos actos o contratos, que hay que aplicar necesariamente cuando se trata de disposición de bienes gananciales con las correspondientes autorizaciones. Se trata de la norma contenida en el artículo 1.322 del Código antes mencionada, que dice que cuando la ley exija para un acto de administración o disposición que un cónyuge actúe con el consentimiento del otro, «los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido». El supuesto contemplado en el artículo 1.389.2 está incluido en este supuesto, y obedece a la misma razón. Por tanto, la ineficacia de los actos otorgados por el cónyuge tutor sin autorización judicial no es la nulidad general de los artículos 1.259 y 6.3 del Código Civil, como ocurre con la disposición por el padre o tutor de los bienes de sus hijos o pupilos sin la autorización judicial, sino de un tipo de ineficacia concreto para la disposición de gananciales sin la preceptiva autorización. Estaríamos en presencia de un caso de anulabilidad que exige determinar el momento en que empieza a computarse el plazo, acudiendo a los artículos 1.301 y 1.310 del mencionado Código. Dichos preceptos disponen: el primer artículo citado dice que «la acción de nulidad solo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que estas hubiesen cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido

conocimiento suficiente de dicho acto o contrato» y el segundo dispone que «solo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261».

El artículo 1.301 del Código establece una norma específica para determinar el inicio del plazo en los casos en que la acción se dirija a «invalidar los actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando ese consentimiento fuere necesario». Este plazo empieza a contar desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato. A dicho supuesto debe equipararse el supuesto de falta de autorización judicial, ya sea porque el cónyuge no disponente se encuentre incapacitado, ya sea porque se ha producido dicha disposición directamente y en contra de lo dispuesto en el artículo 1.322 del mismo Código.

El supuesto del caso describe una situación de mantenimiento del matrimonio y de vigencia del régimen económico matrimonial, no siendo aplicable el supuesto de hecho, al que menciona el precepto y que se refiere a la ineficacia relativa o anulabilidad; sin embargo, los contratos serían anulables durante cuatro años desde que el incapacitado saliera de la tutela, siendo a partir de ese momento en el que empezaría a computarse los cuatro años de caducidad previstos legalmente. Además, la confirmación del contrato requeriría autorización judicial. La acción no habría caducado ni se hubiera confirmado válidamente el contrato que exigiría, como se indica, la autorización judicial.

La acción que procedería para invalidar el contrato de hipoteca suscrito sería la nulidad relativa o anulabilidad en el plazo concreto que establece el Código Civil, que es de cuatro años desde que el incapacitado saliera de la tutela, lo que no ha ocurrido.

3. Qué sucede con el tercero adquirente; le afecta la causa de ineficacia del contrato de constitución de hipoteca; hasta qué punto le afectaría la ineficacia del acto de disposición.

A tenor del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes», también aplicable a los actos o contratos anulables mientras dure la acción de anulación, el que las hipotecas sobre la vivienda se inscriban en el Registro de la Propiedad no sirve para convalidar los contratos de constitución de las mismas.

Cualquier pretensión contra el tercer adquirente carecería de virtualidad, porque la adquirió por medio de título válido, muchos años después de la adquisición inicial y de la constitución de la hipoteca; la validez del título de adquisición, a los efectos del artículo 34 de la LH, exige que pueda consistir en una venta judicial en un procedimiento de ejecución hipotecaria, sin que pueda colegirse que existió nulidad de la subasta o del título de adquisición, como la omisión de un trámite esencial, determinante de su nulidad; cualquier irregularidad que invalidara el título de adquisición debe acreditarse. El Tribunal Supremo así lo ha mantenido respecto de las adjudicaciones en procedimientos judiciales o administrativos de apremio; así Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2000 y Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 5 de marzo de 2007.

En este sentido debe partirse de la doctrina del Tribunal Supremo según la cual el artículo 34 de la LH contempla los supuestos de adquisiciones *a non domino*, de quien no es dueño, a favor de los terceros de buena fe que cumplan los requisitos exigidos en el mismo (adquisición onerosa de persona que aparezca como titular registral con facultades para transmitir y que, a su vez, inscriba su derecho).

La norma establece la protección del tercero hipotecario justificada por la necesidad de reforzar la confianza en el Registro y en la realidad de la que este se hace eco, garantizando a todos los que adquieren derechos inscritos llevados de esa confianza que van a ser mantenidos en la titularidad de los mismos, una vez que consten inscritos a su favor, al margen de las vicisitudes que puedan afectar al título del transmitente que no tengan reflejo registral, sin que, por tanto, la titularidad inscrita pueda verse atacada por acciones fundadas en una determinada realidad extraregistral ajena al contenido del Registro inmediatamente anterior a su adquisición. (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008 y 21 de junio de 2011, entre otras) .

Es tercero hipotecario el adquirente al que, por haber inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, no puede afectarle lo que no resulte de un determinado contenido registral, anterior a su adquisición, aunque en un orden civil puro el título por el que dicho contenido registral tuvo acceso al Registro adoleciera de vicios que los invalidara. Sienta como regla que el artículo 34 de la LH ampara las adquisiciones *a non domino* porque salva el defecto de titularidad o poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparece con facultades para transmitir la finca (Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007, y posteriores de 16 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 y 10 de octubre de 2007, 5 de mayo de 2008, 20 de noviembre de 2008, 6 de marzo de 2009 y 23 de abril de 2010, entre otras).

La posición del tercero es inatacable por tratarse de un tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la LH, pues tiene un título de adquisición válido como es la venta judicial en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

4. Conclusión.

La resolución exige partir de la falta de validez del acto dispositivo de la tutora, ya que no actúa con la preceptiva autorización judicial. Pero esa falta de validez ha de verse desde la perspectiva de la anulabilidad o nulidad relativa, pues así lo prevé el artículo 1.301 del Código Civil para el caso de disposición por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, extensible a los supuestos de falta de autorización judicial, y por tanto con un plazo de caducidad de cuatro años, que para el supuesto concreto empezaría a correr desde que el tutelado saliera de la tutela, lo que no ha sucedido. Es decir, se podría interponer demanda a tal fin. No obstante esa demanda estaría abocada a la desestimación, al haber adquirido el inmueble objeto de la ejecución hipotecaria tras el correspondiente procedimiento judicial y la venta judicial respectiva, y sin que quepa objetar respecto del mismo defecto de trámite esencial que determine su nulidad, y ostentar la posición de tercero hipotecario a los efectos el artículo 34 de la LH, por no ser de aplicación el artículo 33 de la misma ley y reunir todos los requisitos que exige el precepto y la doctrina jurisprudencial.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Código Civil, arts. 6.3, 271, 1.259, 1.261, 1.301, 1.310, 1.322 1.387 y 1389.
- Ley Hipotecaria de 1946, artículos 33 y 34.
- SSTs de 19 de octubre de 1994, 31 de mayo de 1995, 5 de marzo de 2007, 16 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 y 10 de octubre 2007, 5 de mayo de 2008, 20 de noviembre de 2008, 14 de junio de 2008, 6 de marzo de 2009 y 23 de abril de 2010 y 21 de junio de 2011.
- Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007, 22 de abril de 2010 y de 8 de julio de 2010.