

# NULIDAD DE LA HIPOTECA CONSTITUIDA POR EL ESPOSO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR CUYO USO HABÍA SIDO ATRIBUIDO JUDICIALMENTE A LA ESPOSA Y LOS HIJOS COMUNES

**JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ**  
*Secretario Judicial*

**Palabras clave:** separación judicial, uso de la vivienda, hipoteca nula.

## **ENUNCIADO**

Un matrimonio se ha separado judicialmente y la vivienda familiar le ha sido atribuida a la esposa, si bien se trata de una vivienda que pertenece en propiedad privativa al marido. Éste ha constituido un gravamen hipotecario sobre el inmueble cuyo uso había sido atribuido judicialmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, como vivienda familiar a la esposa y a los hijos comunes que con él conviven menores de edad, sin contar con su participación y consentimiento. El propietario de la vivienda declara al banco que estaba soltero al momento de constituir la hipoteca.

Ante ello la esposa se plantea iniciar la acción judicial para que se declare nula la hipoteca constituida, pues entiende que ha de salvaguardar el alojamiento familiar, interpretando restrictivamente las facultades de disposición del artículo 1.320 del Código Civil, incluyendo actos que supongan un peligro para la utilización de la vivienda por parte del grupo familiar. Igualmente desea atacar la hipoteca constituida por concurrir la inexistencia de buena fe de la entidad financiera a cuyo favor se constituyó la carga, pese a la falta de inscripción registral del derecho de uso, ya que al banco se le impidió franquear la entrada en la vivienda cuando acudió a la misma para tasarla pericialmente, por los familiares de quien pedía la financiación.

Informar sobre la cuestión.

## CUESTIONES PLANTEADAS:

- Nulidad de la hipoteca constituida por el esposo sobre la vivienda familiar cuyo uso había sido atribuido judicialmente a la actora y los hijos comunes.
- Falta de participación o consentimiento de la esposa y de autorización judicial sobre tal operación.
- Inexistencia de buena fe de la entidad financiera a cuyo favor se constituyó la carga, pese a la falta de inscripción registral del derecho de uso.

## **SOLUCIÓN**

La realidad jurídica que nos plantean los hechos del caso es la del ejercicio de una acción de anulación de constitución de hipoteca, ejercitada al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código Civil, dado que el gravamen se ha establecido sobre inmueble cuyo uso había sido atribuido judicialmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, 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 consorte que queda usando la vivienda familiar, 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 1.320 del Código Civil.

Además de ello, entiende la esposa que no existe buena fe en la entidad bancaria que se constituye como acreedora hipotecaria.

Se hace necesario, como primer paso, establecer ciertas precisiones, relativas a qué hay que entender como comprendidos dentro de la expresión «derechos sobre la vivienda familiar», mencionada en el artículo 1.320 del Código Civil.

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 1.320 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 sólo 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 1.320 del Código Civil. En primer lugar, desde luego no consta que la tesis de la entidad financiera sea que el uso de la vivienda familiar, en un potencial 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 jurisprudencia 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 sólo 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 Primera 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 1.320 del Código Civil la presente hipoteca.

De hecho, resulta revelador el contenido y fundamentación de la uniforme jurisprudencia 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 marido y propietario de la vivienda familiar, 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 artículo 1.322 del Código Civil, restando sólo 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 1.320 del citado texto legal.

Conviene también en este punto, inicialmente precisar, con la doctrina, que la interpretación más convincente de la expresión «adquirente de buena fe», empleada en el párrafo segundo del artículo 1.320 del Código Civil, no se refiere al tercer adquirente al que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (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 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2002, cuando afirma, «que el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del artículo 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».

La buena fe de la entidad financiera, en cuyo favor se constituyó 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 Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2008, citando a la Sentencia del Tribunal supremo de 25 de mayo de 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 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo 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 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2005 señala también que «la buena fe del artículo 34 de la LH comprende no sólo 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 sólo significa –requiere– el desconocimiento total de la inexactitud registral, sino también la ausencia de posibilidad de conocer la exactitud. 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 Sentencia del Tribunal Supremo 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.

Pues bien, en nuestro caso, 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, 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 ocu-

pantes 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 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 1.320 como el 96.4 del Código Civil tratan de proteger, faltando tal buena fe, por los motivos que hemos citado, debería anularse la hipoteca constituida estimándose la acción de anulación.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 96, 1.320 y 1.322.
- STS de 22 de abril de 2004.
- SAP de las Illes Balears de 20 de junio de 2006.