



Roj: **STS 1894/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:1894**

Id Cendoj: **28079110012010100216**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/01/2010**

Nº de Recurso: **5806/2000**

Nº de Resolución: **859/2009**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 1638/2000,**
STS 1894/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Enero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el número 5806/2000, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la procuradora D. Beatriz Ruano Casanova, más adelante sustituida por el procurador D. Alfonso de Murga Florido, en nombre y representación de D.^a Camino , contra la sentencia dictada en grado de apelación rollo 367/00, por la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 6/11/00, dimanante de los autos 492/99 el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valladolid. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador D. Isacio Calleja García en nombre y representación de D.^a Lourdes y D. Martin .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . - El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valladolid dictó sentencia de 13 de junio de 2000 en el juicio de menor cuantía n.º 492/1999, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que debo desestimar la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Muñoz Santos en nombre y representación de D. Martin , D.^a Lourdes e Inmobiliaria Pasa, S. L., contra D.^a Camino absolviéndola de los pedimentos de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO . - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Se ejercita por la actora acción reivindicatoria de la propiedad o dominio, y que se ordene entregar la posesión material al reivindicante. Para que prospere esta acción han de concurrir los siguientes requisitos: 1.º) que el actor justifique cumplidamente que ostenta el dominio de la cosa cuya posesión reclama en la reivindicatoria, bien por haberlo adquirido originariamente, bien derivativamente por cualquier título hábil para transmitir el dominio que ostenta el tradens y la subsiguiente transmisión o adquisición del mismo por el accipiens unido al modo o *traditio* de la cosa por cualquiera de los medios que reconoce nuestro derecho en el artículo 609 CC ; 2.º) que se acredite que el dominio, que se invoca como fundamento de la acción, recae sobre la concreta cosa objeto de la misma, identificándole plenamente; 3.º) es preciso que la acción se dirija inexcusablemente contra el poseedor o detentador de la cosa cuya propiedad se reclama, detentador que si opone un título que legitime la posesión, impone al reivindicante las necesidades de pedir y demostrar la ineficacia del mismo para oponerse a la entrega de la posesión inmediata que el actor pretende.

»Segundo. En los presentes autos se efectúa la acción reivindicatoria sobre el piso sito en la CALLE000 n.º NUM000 - NUM001 de Valladolid, que fue propiedad de D. Alfonso y D.^a Camino que en escritura pública



a 28 de mayo de 1988, venden a la Sociedad Inmobiliaria Pasa, S. A., sin más cargas que una hipoteca a favor de la Sociedad Formesa, S. A., anotación preventiva de embargo a favor de D. Eulogio , e hipoteca a favor de D. Joaquín (folios 218 y siguientes), a pesar de esta venta el matrimonio continúa viviendo en la citada finca, siendo adjudicado el uso de fecha 15 de abril de 1992 por sentencia de separación (folio 19 y siguientes) a D.ª Camino , solicitada modificación de medidas por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sentencia 21-mayo-1999), se mantiene ésta, donde en el fundamento tercero se hace referencia a no haber sido bien planteada la demanda. En fecha 2 de julio de 1999, por escritura pública se vende la finca objeto de autos por parte de Inmobiliaria Pasa, S. L. a D. Martin y D.ª Lourdes , reflejando como cargas que se encuentra poseída de hecho por D.ª Camino , separada judicialmente del Sr. Alfonso .

»Tercero. Por lo que no cuestionándose por las partes la titularidad dominical de los demandantes (sería dudoso respecto a Inmobiliaria Pasa, S. L. pues ha vendido la finca) y la identidad de la finca. El problema se plantea solamente a si la posesión es con título que legitime la misma, en el supuesto de autos, se posee en virtud de sentencia de separación, asignación del uso del domicilio familiar que se hace en aplicación del artículo 96 CC , que no altera el título en que se venía disfrutando la vivienda (precario, comodato, arrendamiento, etc.), la parte actora sostiene que la demandada carece de título. Nos encontramos con un uso de la vivienda atribuido judicialmente, teniendo en cuenta el artículo 1320 y artículo 96 CC, 94.1 .º del Reglamento Hipotecario y Disposición Adicional 9 de la Ley 30/1981 de 7 de julio , este uso constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, por lo que el tercer adquirente recibe la cosa con la carga de la ocupación y el poseedor es poseedor legítimo, caso contrario primarían los actos fraudulentos del cónyuge, quedando a merced de su voluntad tutelar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la complicidad de terceros que adquieran o compren la vivienda, siendo la atribución judicial título legítimo, justificativo de la ocupación, por lo que procede desestimar la demanda, al no darse los requisitos exigidos para que pueda estimarse la acción ejercitada, ya que existe título en la demandada título que podría ser afectado por modificación de medidas, o ejerciendo otro tipo de acción, que no la ejercitada.

»Cuarto. De conformidad con el artículo 523 LEC , las costas procesales serán impuestas a la parte actora».

TERCERO . - La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó sentencia de 6 de noviembre de 2000 en el rollo de apelación n.º 367/2000 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Martin y D.ª Lourdes contra sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º Cinco de Valladolid en autos de juicio declarativo de menor cuantía n.º 492/99, debemos revocamos y revocamos dicha resolución condenando a Camino a reintegrar la vivienda objeto de litigio, libre de muebles y enseres, a los demandantes antes indicados, con apercibimiento de lanzamiento en su caso. Igualmente y desestimando el recurso de apelación por lo que se refiere a la mercantil Inmobiliaria Pasa S. L. se confirma el pronunciamiento desestimatorio efectuado en la primera instancia apreciando la falta de legitimación activa de dicha entidad. No se hace expresa condena en las costas de ninguna de las instancias».

CUARTO . - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. D. Martin , D.ª Lourdes y la entidad mercantil Inmobiliaria Pasa S. L. interponen recurso de apelación contra sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º Cinco de Valladolid, desestimatoria de la demanda formulada por los ahora apelantes en ejercicio de acción reivindicatoria contra D.ª Camino , demanda en la que se reclamaba por los actores el reintegro de la posesión de la vivienda sita en el numero NUM000 piso NUM001 de la CALLE000 de esta Ciudad, propiedad del Sr. Martin y esposa, por haberla adquirido de la mercantil coapelante, y que viene siendo ocupada por la demandada en virtud de la atribución del uso efectuada por el Juzgado de Familia de Valladolid como medida complementaria de la sentencia de separación de la demandada y su esposo, D. Alfonso .

»Segundo. Entienden los apelantes que es equivocada la decisión judicial en la instancia en la que, sin llegar a cuestionarse la titularidad dominical de los demandantes y suscitando tan solo ligeras dudas respecto a la legitimación activa de la mercantil Inmobiliaria Pasa S. L., se concluye desestimando la demanda al entender que la demandada, Sra. Camino , goza de título suficiente que justifica su ocupación de la vivienda, al haberle sido conferido dicho uso de conformidad a lo establecido en el artículo 96 CC , al regular las consecuencias de índole personal y patrimonial derivadas de la separación matrimonial de la demandada y su esposo. Reproduce la parte apelante los argumentos expuestos en su demanda para entender que la situación de ocupación de la vivienda por la señora Camino no puede estar amparada más que en un precario al que legítimamente cabe poner fin.



»Tercera. Antes de entrar en la cuestión básica del presente pleito, que no es otra que determinar la naturaleza y alcance de la posesión que respecto de la vivienda litigiosa mantiene la demandada, conviene precisar, a juicio de la Sala, que si bien no existen dudas respecto a la titularidad dominical que sobre la vivienda ostentan D. Martín y D.^a Lourdes y por tanto su legitimación activa, por ser los adquirentes de la misma en documento privado de fecha 10 de marzo de 1998 y posterior escritura pública de fecha de 2 de julio de 1999, convenido con la mercantil Inmobiliaria Pasa S. L., propietaria de la misma desde que la adquirió a D. Alfonso y D.^a Camino con fecha 28 de mayo de 1988, no concurre sin embargo la necesaria legitimación activa para demandar en la mercantil actora y coapelante, ya que transferida por ella la vivienda en su día y producida la traditio ficta a que se refiere el artículo 1462 CC, desde ese momento deja de ser propietaria de la vivienda objeto de litigio y por ello y con independencia del compromiso contraído de facilitar la entrega de la posesión real y efectiva a los compradores, es decir, la posesión mediata de la vivienda, lo cierto es que los únicos que ostentan título legítimo de dominio para el ejercicio de la acción reivindicatoria son los adquirentes de la misma, o lo que es lo mismo el Sr. Martín y su esposa. Por ello debe desestimarse la demanda y con ello el recurso en lo relativo a la Inmobiliaria Mercantil Pasa S. L..

»Cuarto. Entrando ya en el fondo propiamente dicho, la sentencia recurrida estima que el derecho de uso de la que fue vivienda familiar constante el matrimonio de D.^a Camino y D. Alfonso conferido por el Juzgado de Familia en la sentencia de separación del matrimonio, en aplicación de lo establecido en el artículo 96 del Código constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares y que confiere un título legítimo de dominio a la demandada que no puede ser enervado por la acción reivindicatoria entablada. Por el contrario, considera esta Sala que asiste la razón a los apelantes y que la sentencia de instancia no solo se contradice cuando antes de los argumentos que llevan a la desestimación de la demanda admite expresamente que ... la asignación del uso del domicilio familiar que se hace en aplicación del artículo 96 CC no altera el título en que se venía disfrutando la vivienda, sino que además, la resolución recurrida asume sin discusión la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, claramente explicitada entre otras en sentencia de 11 de noviembre de 1992, referida a supuestos en los que no concurre el presupuesto de hecho que acontece en el caso presente, pues la indicada doctrina atiende a situaciones en las que el uso del domicilio o vivienda familiar había sido asignado o atribuido judicialmente en un procedimiento matrimonial en el que estaba presente el titular dominical del inmueble, pues este pertenecía bien con carácter ganancial a ambos cónyuges, bien en parte privativa y en parte ganancial o, como ocurre en el supuesto examinado por la mentada sentencia del Tribunal Supremo, de forma privativa al cónyuge no adjudicatario. Por el contrario, el supuesto litigioso nos presenta una situación radicalmente distinta, pues ahora nos encontramos ante una vivienda cuyo uso es adjudicado a uno de los cónyuges por la sentencia de separación que resuelve la situación de crisis matrimonial, sin que ninguno de los cónyuges sea titular dominical de la misma, pues al tiempo de efectuarse la atribución judicial del uso pertenecía ya a un tercero, la mercantil Inmobiliaria Pasa S. L. que la había adquirido con anterioridad y que es quien la transfiere posteriormente a los actuales titulares dominicales de la misma.

»Quinto. Es por ello que, atendiendo precisamente a la advertencia que la Juzgadora de Instancia realiza en su resolución, debe examinarse la condición del derecho en cuya virtud se ocupaba la vivienda familiar, pues no puede olvidarse que estamos a presencia de una situación derivada de la crisis matrimonial. Así, siendo evidente que la resolución judicial de atribución del uso del domicilio familiar no crea en el presente caso per se un derecho originario, nuevo, que sea oponible erga omnes, debe entenderse que frente a terceros podrán excepcionarse tan solo las facultades que con anterioridad a la atribución judicial del uso a uno de ellos disfrutaban ambos cónyuges, y en consecuencia lo único que determina la resolución judicial recaída en el proceso matrimonial es la concentración en uno de los cónyuges de las facultades de dominio, posesión, uso y disfrute que con anterioridad ostentara el matrimonio.

»Sexto. Es por ello que entiende la Sala que el recurso de apelación debe prosperar y que al menos en relación con el Sr. Martín y su esposa la demanda debe ser estimada, pues una vez que el matrimonio formado por D. Alfonso y D.^a Camino vende, con fecha 28 de mayo de 1988, su vivienda a la sociedad mercantil Inmobiliaria Pasa S. L. su permanencia en el inmueble no puede deberse más que al ánimo de liberalidad de la sociedad compradora, en atención posiblemente a que los socios de la misma eran los hijos del matrimonio, pero dicha circunstancia en modo alguno puede conseguir el efecto pretendido por la demandada referente a que se constituyó en favor de los vendedores un usufructo vitalicio sobre la vivienda, pues en modo alguno se desprende así de la indicada escritura de venta, en la que perfectamente pudo hacerse constar tal evento si ciertamente hubiera sido esa la intención de los contratantes. En consecuencia, la ocupación de la vivienda no puede catalogarse más que a título de precario, situación en la que tras la atribución exclusiva del uso por el Juzgado de Familia se encontraba D.^a Camino desde el año 1992, y por ello se encuentran ahora perfectamente legitimados los actuales propietarios para ponerle fin merced al presente procedimiento.



»Séptimo. Consecuencia de los anteriores pronunciamientos es que debe estimarse la demanda formulada por D. Martín y D.^a Lourdes y desestimarse la pretensión de la codemandante Inmobiliaria Pasa S. L., pronunciamiento que debería tener su reflejo en la condena en costas, de tal forma que la demandada debería abonar las causadas en la primera instancia a los actores a quienes se estima la demanda y a su vez la mercantil a quienes se rechazan sus pretensiones las originadas a la demandada. Sin embargo, al darse la circunstancia de que la demanda se ejercita por ambos demandantes con una sola representación y defensa nos encontramos en realidad con una estimación parcial de la demanda y por ello en correcta aplicación de los preceptos legales correspondientes al caso, no procede efectuar expresa condena en las costas procesales de la primera instancia. Y en lo que se refiere a la apelación, la parcial estimación del recurso determina que tampoco procede efectuar condena de las causadas en la segunda instancia. Artículos 523 y 710 LEC ».

QUINTO . - En la escritura pública de compraventa otorgada por Inmobiliaria Pasa, S. L. a favor de los demandados el 2 de julio de 1999 ante el notario de Valladolid D. Julián Manteca Alonso-Cortés, al n.º 1446 de su protocolo, a la que se refiere la sentencia recurrida, se recogen las siguientes manifestaciones: En la descripción del inmueble: «[...] Estado arrendaticio. Libre de arrendamiento, según manifiestan, si bien se encuentra poseída de hecho por Doña Camino , separada judicialmente del Sr. Alfonso . [...]» En la estipulación quinta: «Tanto la sociedad vendedora, por su representante, como la parte compradora, se obligan de común acuerdo a instar el inmediato desalojo de Doña Camino que ocupa la finca y, de no lograrlo, igualmente se obligan a tramitar los procedimientos judiciales que correspondan para ello.» Según la estipulación sexta: «La transmitente entregará la posesión de hecho de la finca objeto de esta operación una vez consiga el desalojo de la actual ocupante referido en la estipulación anterior [...]».

SEXTO . - En el escrito de interposición del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Camino se formulan los siguientes motivos de casación, al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 de la LEC por incurrir la sentencia recurrida en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate:

Motivo primero. «Se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de las siguientes normas del ordenamiento jurídico: artículo 1462.2 CC ; artículo 609 CC ; artículo 1095 CC ; artículo 96 CC ; artículo 1320 CC y artículo 6.2 CC .»

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Cabe fundamentar el recurso de casación al amparo del artículo 1692.4 LEC por infracción del artículo 1462.2 en relación con los artículos 609.2 y 1095 todos ellos CC producida, al entender la sentencia recurrida que la escritura pública de compraventa de 2 de julio de 1999 produjo efecto traditorio a favor de D. Martín y D.^a Lourdes , cuando en realidad resulta patente en la misma la falta de posesión de la transmitente y consiguientemente la falta de entrega de modo que la titularidad dominical de acuerdo con los artículos 609.2 y 1095 CC no les fue transmitida y permanece en el patrimonio de Inmobiliaria Pasa S. L., por falta de consumación del contrato.

Íntimamente ligado con la posesión otro precepto infringido es el artículo 96 en sus párrafos 1 .º y final, arts. 1320 y 6.2 CC , así como de la jurisprudencia que los interpreta, pues en ningún caso puede calificarse de precario como hace el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida, la situación del cónyuge demandado desde el momento de la atribución por sentencia firme del uso de la vivienda familiar habitual. Lo que la ley califica de uso puede que no sea en sentido técnico el derecho de uso que define el artículo 524 CC , pero no puede confundirse con el precario, con la mera tolerancia, sin que se produzca una infracción de lo dispuesto en el citado artículo cuya finalidad común con la del artículo 1320 CC , es evitar la evicción del interés familiar más necesitado de protección.

Respecto al derecho de propiedad de los recurridos la sentencia impugnada con revocación de la dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5, estima parcialmente la demanda declarando el derecho de propiedad de D. Martín y su esposa pero no la propiedad de la codemandante Inmobiliaria Pasa, S. L., ya que por efecto de la transmisión de la mercantil a D. Martín (que la sentencia de instancia conjeturaba como *obiter dictum*), se entiende producida la *traditio ficta* a que se refiere el artículo 1462 CC .

Al respecto señalar que el artículo 1462.2 CC establece que cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujese claramente lo contrario, que es precisamente lo acontece en los hechos probados del supuesto de hecho que nos ocupa, pues la escritura pública y la demanda indican que la vivienda se encontraba poseída por la recurrente de modo que no puede producirse la entrega presunta a que se refiere el artículo 1462.2 CC y, en consecuencia, falta la *traditio ficta* y no puede consumarse la transmisión ni devenir dueño D. Martín sino que, por el contrario, continúa siendo dueña la mercantil Inmobiliaria Pasa, S. L., cuya relación con



la familia de la recurrente (cónyuge e hijos) continúa siendo la misma que en el momento en que recayeron las resoluciones judiciales que le atribuyeron el uso de la vivienda familiar habitual.

La cuestión no es baladí pues decae el razonamiento de los fundamentos jurídicos quinto y sexto de la sentencia recurrida e, incluso, la actitud «liberal» de la entidad mercantil se mantiene incólume o, por el contrario, trasluce una intención de defraudar el peculiar estatuto de la vivienda familiar habitual impuesto en este caso por resoluciones judiciales basadas en el artículo 96 CC .

Mientras la sentencia de primera instancia entendió que la recurrente posee legítimamente y con título la vivienda litigiosa con base en sendas resoluciones judiciales de atribución del uso, llegando a indicar que su desconocimiento permitiría «que primasen los actos fraudulentos del cónyuge» la sentencia recurrida se aparta de esa tesis con el argumento muy poco acertado de que la permanencia de la recurrente «no puede deberse más que al ánimo de liberalidad de la sociedad compradora», que iría así contra su propia naturaleza posponiendo el lucro de sus socios a intereses puramente filantrópicos.

La realidad no puede ser más diferente de ese esquema porque las situaciones que afectan a la vivienda familiar habitual que contemplan los arts. 1320 y 96 CC , son situaciones de coposesión en origen según afirmó la STC 135/86 , coposesión que se transmuta en posesión exclusiva de uno de los cónyuges por virtud de resolución judicial de convenio homologado judicialmente por los que se atribuye el uso de la vivienda familiar habitual en base a un verdadero «derecho real de ocupación creado por la Ley» (O' Callaghan, La vivienda..., pág. 184 ; Isac, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1986, pág. 1727). Derecho real que Lacruz Berdejo califica como un usufructo vitalicio o en base a «determinadas relaciones contractuales de carácter atípico y forzoso» constituidas *ope sententiae* (G. García Cantero, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, T. II, pág. 408, Edersa, Madrid, 1982).

Ello sucede según E. Roca Trías (Comentario CC, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, T. I, pág. 401), «porque las necesidades familiares tienen una protección prioritaria en relación a las titularidades protegibles en virtud del derecho de propiedad».

Sea cual sea la índole del derecho del cónyuge no titular que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar habitual es claro que no puede ser objeto de disposición sin el doble consentimiento que exigen tanto el artículo 1320 como el artículo 96 *in fine* CC y en esa disposición se incluye sin duda la renuncia (G. García Cantero, op. cit. págs. 414 y 415).

Los socios de la mercantil que habían sido en parte coposedores de la vivienda familiar habitual con la recurrente no pueden válidamente renunciar a ese derecho de uso (y de hecho no todos lo hacen por cuanto en parte se oponen en la Junta General de Inmobiliaria Pasa, S. L.), cualquiera que sea su naturaleza en perjuicio de la recurrente de acuerdo con el artículo 6.2 CC .

La recurrente ostenta una posesión titulada que no ha sido impugnada con éxito por los recurridos y, en consecuencia, no se cumplen los requisitos de la acción reivindicatoria.

Si se analiza la sentencia recurrida es evidente que no ha tenido en cuenta la existencia de una posesión legal de la recurrente y que al no tenerlo en cuenta vulnera el artículo 1462.2 CC pues la escritura pública no ha podido equivaler a la entrega de la cosa porque se deduce claramente lo contrario. Por tanto, se vulnera el artículo 96 CC relativo al uso de la vivienda familiar atribuido por el Juzgado, uso ratificado recientemente tanto por el Juzgado de 1.ª Instancia como por la Audiencia Provincial de Valladolid al resolver el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Alfonso , esposo de la recurrente, en un procedimiento de modificación de medidas en el que solicitaba que se privara del uso de la vivienda a la esposa que fue denegado.

Se vulnera igualmente el artículo 1320 CC , pues para disponer los derechos sobre la vivienda habitual se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, o en su caso, autorización judicial, quedando patente la mala fe del comprador porque consta en autos que conociendo la situación, sin embargo, ha adquirido la vivienda.

Y se vulnera también el artículo 6.2 CC que establece que la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

Sobre todos estos conceptos la jurisprudencia es terminante.

Cita la STS de 17 de febrero de 1998 , la cual declara que según reiterada jurisprudencia la conjunción del título y modo son requisitos necesarios en nuestro derecho para la transmisión de la propiedad.

Cita la STS de 18 de octubre de 1994 , según la cual el uso atribuido judicialmente debe configurarse como derecho oponible a terceros pues el mismo se conforma como derecho real de eficacia total y constituye título apto y suficiente que aleja toda situación de precario.



Cita la STS 11 de diciembre de 1992 , según la cual dicho uso (se refiere a la atribución del domicilio conyugal a uno de los cónyuges) debe configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al Registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza y constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares.

Cita la STS de 3 de junio de 1991 , según la cual la renuncia de derechos como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo ha de ser, además, de personal, clara, terminante e inequívoca sin condicionante alguna como expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma y revelación expresa o táctica pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos.

Motivo segundo. «Por el mismo cauce procesal del n.º 4 del artículo 1692 CC [debe decir LEC] denuncia igualmente la infracción por la sentencia recurrida del artículo 348. 2 CC y jurisprudencia concordante.»

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Se separa este punto del anterior por considerar que en el primero se analizan temas relativos al derecho de propiedad y a la situación posesoria de la recurrente y en este, temas relativos a la acción reivindicatoria ejercitada por los recurridos donde los conceptos de propiedad, *traditio* , posesión, etc., analizados en el primer punto tienen muchísima importancia.

Es evidente que la recurrente es poseedora del piso en virtud de un *ius possidendi* que dimana del uso que le fue concedido por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 en los autos de separación matrimonial n.º 1008/91-A, confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 3 de noviembre de 1993 , posesión que ha sido ratificada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 y por la Audiencia Provincial de Valladolid en un procedimiento de modificación de medidas n.º 472/98.

Resulta evidente que sea o no la posesión de naturaleza jurídico real constituye una carga que ha de soportar la entidad propietaria. Frente a esta situación, la sentencia recurrida alude a precarios y comodato y no tiene ningún apoyo jurídico.

La sentencia recurrida parece asumir la calificación de la posesión de la recurrente como precario sin apoyo en los hechos probados que denotan el tránsito de una coposesión de la vivienda familiar habitual hacia una posesión exclusiva.

Si se tiene en cuenta que la demanda rectora del proceso plantea una acción reivindicatoria de modo inequívoco («Suplico al Juzgado... tenga por formulada demanda... sobre acción reivindicatoria»), la sentencia consecuentemente con la acción ejercitada debería argumentar sobre el título de los recurridos y la falta de título de la recurrente difícilmente predicable en este caso de quien posee «ope sententiae».

De lo expuesto resulta que no se trata ni de comodato ni de precario como decide la sentencia recurrida, sino de una posesión legítima que no ha variado desde sus inicios.

Este hecho determina la imposibilidad del ejercicio de una acción reivindicatoria por tener la posesión los recurridos, pues falta, en consecuencia, el requisito indispensable del que ejercita la acción reivindicatoria: que tenga el pleno dominio del bien cuya reivindicación pretende.

Si se analiza la sentencia recurrida es evidente que no ha tenido en cuenta:

- 1.º Que ejercita una acción reivindicatoria alguien que no tiene el pleno dominio del bien.
- 2.º Que se ejercita una acción reivindicatoria contra alguien que está poseyendo legalmente un piso en virtud de las referidas sentencias judiciales.
- 3.º Que esta situación, además, es conocida tanto por la sociedad demandante como por los compradores del piso.

Se ha vulnerado el artículo 348.2 CC en el que se establece que el propietario tiene acción contra el tenedor y poseedor de la cosa para reivindicarlo y es evidente que faltan los requisitos exigibles para que pueda ser ejercitada la acción porque ni cabe el ejercicio de una reivindicatoria por el que no sea titular de pleno dominio ni cabe contra alguien que este poseyendo el bien legalmente.

Añade que la situación es conocida por los recurridos por lo que resulta patente la mala fe.

Cita de nuevo, la STS de 17 de febrero de 1998 .

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma con sus copias y la escritura acreditativas de la representación que ostenta, se sirva admitirlo, y tener por formalizado e interpuesto



en tiempo y forma, en nombre de su representada, D.^a Camino , recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (sección primera), de fecha 6 de noviembre de 2000 , recaída en el rollo n.º 367/2000-A, dimanante de los autos n.º 492/99-E del Juzgado de 1ª Instancia n.º 5 de Valladolid, admitir dicho recurso a trámite y en su día anular la mencionada sentencia, dictando otra conforme a las pretensiones de esta parte con arreglo a los motivos expresados en el recurso y en definitiva desestimando la acción reivindicatoria ejercitada en su día por los demandantes, D. Martin , D.^a Lourdes y la sociedad Inmobiliaria Pasa S. L., y con expresa condena en costas a estos por su evidente temeridad y mala fe».

SÉPTIMO . - Por ATS de 24 de noviembre de 2003 se admitió el recurso de casación.

OCTAVO.- En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de D. Martin y D.^a Lourdes , se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Al primer motivo.

Se imputa a la sentencia recurrida la infracción de los artículos 1462.2.º, 609, 1095, 96, 1320 y 6.2 CC. Además de acumular desordenadamente los preceptos que se dicen infringidos no se indica el motivo de su infracción, es decir, si es por no haber sido aplicados, por serlo indebidamente o bien por no haberles dado la sentencia recurrida la interpretación correcta.

De la exposición de la recurrente se deduce que imputa a la sentencia recurrida el error de haber estimado que se había completado el proceso adquisitivo de la vivienda litigiosa por los recurridos, pues a juicio de la recurrente, no se ha cumplido el requisito de la *traditio* , al no tener la posesión inmediata la vendedora sino la recurrente y para ello hace una interpretación subjetiva y equivocada del artículo 1462.2.º CC e intenta fundamentar su posesión en un supuesto derecho de usufructo y en la adjudicación del uso atribuido judicialmente en el pleito de separación seguido con su esposo.

Aunque cita en el recurso como infringido el artículo 1320 CC no se hace referencia al mismo pues dicho precepto impone el consentimiento conjunto de ambos esposos para la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual pero, en este caso, la disposición se ha hecho por la que fue propietaria Inmobiliaria Pasa, S. L., a favor de los recurridos y la venta previa de dicha vivienda fue realizada concurriendo al otorgamiento de la escritura tanto el esposo como la propia recurrente.

Por ultimo, cita como infringido el artículo 6.2.º CC imputando a determinados socios de Inmobiliaria Pasa, S. L. (que no han sido parte en este procedimiento) haber efectuado una renuncia de un supuesto derecho de uso en perjuicio de tercero.

El motivo no debe prosperar.

a) Sobre el supuesto incumplimiento de la *traditio* .

En la escritura pública de compraventa otorgada por Inmobiliaria Pasa, S. L. a favor de los recurridos el 2 de julio de 1999 ante el notario de Valladolid D. Julián Manteca Alonso-Cortés, al n.º 1446 de su protocolo, - que consta en los autos-, se recogen las siguientes manifestaciones: En la descripción del inmueble: «Libre de arrendamiento, según manifiestan, si bien se encuentra poseída de hecho por Doña Camino , separada judicialmente del Sr. Alfonso .» Y en la estipulación quinta: «Tanto la sociedad vendedora, por su representante, como la parte compradora, se obligan de común acuerdo a instar el inmediato desalojo de Doña Camino que ocupa la finca y, de no lograrlo, igualmente se obligan a tramitar los procedimientos judiciales que correspondan para ello». Según la estipulación sexta: «La transmitente entregará la posesión de hecho de la finca objeto de esta operación una vez consiga el desalojo de la actual ocupante referido en la estipulación anterior».

Tales manifestaciones no privan de eficacia al otorgamiento de la escritura pública como *traditio* instrumental, es decir, no pueden impedir que la escritura equivalga a la entrega de la cosa pues del tenor de la misma no resulta ni se deduce claramente lo contrario como exige el artículo 1462.2.º CC .

La jurisprudencia tradicionalmente acepta que la tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca vendida (SSTS de 8 de mayo de 1982, 8 de julio de 1983, 17 de diciembre de 1984, 7 de febrero de 1985 y 29 de mayo de 1997 , entre otras).

Muy claramente, la STS de 22 de diciembre de 2000, recogiendo lo afirmado por las SSTS de 16 de febrero de 1970 y 8 de mayo de 1982, consagró que la tradición instrumental o *ficta* posee la misma eficacia que la ocupación material con lo cual se quiere decir que no es suficiente alegar que existe otro poseedor cuando es este poseedor el que se opone como tal, con olvido del conflicto real aquí planteado o de su condición de pretendido titular dominical en pugna con el otro título, fundado en que adquirió las fincas con precedencia



pero con una titulación que, pese a su inscripción registral, está también puesta en duda y discusión en la contienda, precisamente porque su adquisición y tradición real ha sido objetada.

La presunción del artículo 1462.2.º CC de que el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega no tiene el carácter de todas las presunciones *iuris tantum* sino que según la jurisprudencia (SSTS de 22 de marzo de 1952 y 28 de junio de 1961) solo puede rebatirse demostrando que de la propia escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario (STS 22 de diciembre de 2000).

Los términos de la escritura son absolutamente claros. Se reconoce una posesión de hecho sin título y se obliga a instar su inmediato desalojo.

b) Sobre el supuesto derecho de usufructo.

No existe en las actuaciones ni un solo elemento de prueba que sugiera la posibilidad de que se hubiera constituido a favor de la recurrente un derecho de usufructo sobre la vivienda litigiosa. Tampoco la recurrente imputa a la sentencia la infracción por inaplicación de algún precepto del CC regulador de los modos de constitución del usufructo como el artículo 468 CC .

Como acertadamente reconoce la sentencia recurrida, la permanencia de la recurrente en la vivienda no pudo deberse más que al ánimo de liberalidad de la sociedad compradora en atención posiblemente a que los socios de la misma eran los hijos del matrimonio, pero dicha circunstancia en modo alguno puede conseguir el efecto pretendido por la recurrente de que se constituyó a favor de los vendedores un usufructo vitalicio sobre la vivienda, pues en modo alguno se desprende de la escritura de venta en la que perfectamente pudo hacerse constar tal evento si ciertamente hubiera sido esa la intención de los contratantes. En consecuencia, la ocupación de la vivienda no puede catalogarse más que a título de precario.

En la escritura de compraventa otorgada el 28 de mayo de 1981 ante el notario D. Arturo López-Francos Bustamante por la que los cónyuges D. Alfonso y D.ª Camino vendieron a la mercantil Inmobiliaria Pasa, S. L., la vivienda litigiosa no se constituyó ningún derecho de usufructo (pues se habría transmitido exclusivamente la nuda propiedad), ni tampoco lo fue en ningún acto posterior.

Así se reconoce expresamente por la Audiencia Provincial de Valladolid en su sentencia de 21 de mayo de 1999 , en el pleito sobre modificación de medidas de la separación judicial -autos 95/99-A-, a instancias de D. Alfonso contra su esposa (la hoy recurrente) al afirmar: «...actualmente e incluso al momento en que fue acordada la separación matrimonial, la citada vivienda familiar no era propiedad de ninguno de los cónyuges, sino de la sociedad Pasa, S. L., por lo tanto, es evidente que la decisión judicial sobre el uso de tal vivienda adoptada en el seno del proceso matrimonial, en ningún caso produjo una alteración en perjuicio de tercero, del título jurídico en virtud del cual se venía usando y ocupando la vivienda familiar; y la segunda, es que hoy día no parece que persistan aquellas circunstancias que sirvieron de soporte a la decisión jurisdiccional que concedió el uso y disfrute de dicha vivienda a la esposa y prole del matrimonio. Y es que, al margen de que existen datos inequívocos (consumos de luz, agua caliente, teléfono, testificales) que revelan la escasísima utilización que en los últimos cinco años se ha venido haciendo de la vivienda, resulta que todos los hijos del matrimonio hacen vida independiente de sus padres y tienen fijada su residencia habitual en lugar distinto del que fuera domicilio conyugal.

No existe pues en principio ningún obstáculo insalvable para que la actual propietaria de la vivienda, pudiera instar, si a sus intereses conviniera, la recuperación de su posesión, vía judicial si fuere preciso».

c) Sobre los efectos de la atribución judicial del uso en la separación matrimonial.

La recurrente pretende que se reconozca un derecho de uso sobre la vivienda litigiosa -que efectivamente le fue concedido como medida complementaria de la separación judicial-, con efectos como para evitar la efectividad de la *traditio* instrumental y que se le reconozca dicho derecho al uso por encima del de propiedad de los recurridos.

La jurisprudencia es absolutamente clara al respecto.

Cita la STS de 31 de diciembre de 1994 , según la cual siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí solo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda.



Como puede comprobarse la jurisprudencia mantiene que nadie puede dar lo que no tiene y, en consecuencia, la atribución del uso de la vivienda como medida complementaria de la separación judicial no puede suponer la atribución de un derecho derivado de una titularidad de la que se carecía por el matrimonio.

d) Sobre la posible renuncia en perjuicio de tercero de algunos socios de Inmobiliaria Pasa, S. L.

Carece de fundamento la imputación de infracción del artículo 6.2.º CC .

Se dice que algunos socios de la citada sociedad (dos hijos de la recurrente) al votar a favor del acuerdo de autorizar la venta de la vivienda, propiedad de la citada sociedad, renunciaron a un derecho de uso que les correspondía.

Tal razonamiento no es de recibo. Quien decide vender es la sociedad mediante acuerdo adoptado en Junta General. Acuerdo que fue impugnado por la recurrente y que fue desestimado en sentencia de 9 de mayo de 2000 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Valladolid confirmada por la de 23 de octubre de 2000 de la Audiencia Provincial que ratificó la validez del citado acuerdo. Pero, en cualquier caso, aunque hipotéticamente se admitiera que hubo renuncia a un supuesto derecho de uso, tal renuncia no perjudica a tercero (en este caso a la recurrente), pues nadie está obligado a vivir donde no quiere cuando ha alcanzado la mayoría de edad.

Pero, por si no fuera suficiente, tal presunta infracción no podría denunciarse en este procedimiento en el que no han sido demandados los presuntos renunciantes.

Al segundo motivo. Imputa a la sentencia recurrida la infracción del artículo 348.2 CC y jurisprudencia concordante.

El motivo no debe prosperar.

La recurrente hace una particular valoración de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, alude a la posesión en precario sin más argumento que la reiteración de lo dicho en el motivo anterior.

La sentencia recurrida no ha podido infringir ni el artículo 348.2 CC ni la jurisprudencia que lo interpreta, pues reconociendo previamente acreditada la perfecta adquisición del dominio por los recurridos merced a la escritura pública de compraventa en la que confluye el título y la tradición instrumental, la acción reivindicatoria ejercitada necesariamente habría de prosperar, teniendo en cuenta que la Sala de instancia acepta que la posesión de la recurrente era en precario sin más título que la propia condescendencia de la sociedad entonces propietaria.

Según la jurisprudencia si el poseedor alega justo título para poseer a él le corresponde su prueba (STS de 21 de abril de 1997). Pues bien, la recurrente, no ha podido demostrar un derecho a poseer distinto de la mera condescendencia de Inmobiliaria Pasa, S. L., y como expresa claramente la STS de 31 de diciembre de 1994 , la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente.

Termina solicitando de la Sala «que tenga por presentado este escrito y en su virtud, por impugnado, en nombre de quien comparece, el recurso de casación interpuesto por D.ª Camino , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 6 de noviembre de 2000 y previa la tramitación legal pertinente, lo desestime, con expresa imposición de las costas a la recurrente».

NOVENO . - Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 1 de octubre de 2009, y por providencia de 18 de noviembre de 2009 se acuerda señalar para votación y fallo del mismo el Pleno de la Sala que ha de celebrarse el día 14 de diciembre de 2009 .

DÉCIMO . - En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AH, antecedente de hecho.

CC, Código Civil.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

RC, recurso de casación.

RDGRN, resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

TS, Tribunal Supremo.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - *Resumen de antecedentes.*

1. Los cónyuges D. Alfonso y D.^a Camino , propietarios de una vivienda, la vendieron mediante escritura pública de 28 de mayo de 1988, a la sociedad Inmobiliaria Pasa, S. L., pero continuaron viviendo en la citada finca.
2. Por sentencia de separación de 15 de abril de 1992 el uso de la vivienda fue adjudicado a D.^a Camino .
3. Por sentencia de 21 de mayo de 1999 la Audiencia Provincial de Valladolid denegó la modificación de las medidas de separación por no haber sido bien planteada la demanda.
4. Mediante escritura pública de 2 de julio de 1999 se vendió la vivienda por Inmobiliaria Pasa, S. L., a D. Martin y D.^a Lourdes , y se expresó, como cargas, que se encontraba poseída de hecho por D.^a Camino , separada judicialmente del Sr. Alfonso .
5. D. Martin , D.^a Lourdes e Inmobiliaria Pasa, S. L., ejercitaron una acción reivindicatoria sobre la vivienda.
6. El Juzgado desestimó la demanda.
7. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid revocó la sentencia y, apreciando la falta de legitimación activa de Inmobiliaria Pasa, S. L., condenó a D.^a Camino a reintegrar la vivienda a los restantes demandantes.
8. Se fundó, en síntesis, en que (a) la resolución recurrida aplica la doctrina jurisprudencial del TS (STS de 11 de noviembre de 1992) a un supuesto radicalmente distinto, en el que ninguno de los cónyuges es titular dominical de la vivienda al tiempo de efectuarse la atribución judicial del uso; (b) la resolución judicial de atribución del uso del domicilio familiar no crea un derecho oponible *erga omnes* [frente a todos], sino que sólo pueden oponerse frente a terceros las facultades que con anterioridad a la atribución judicial del uso disfrutaban ambos cónyuges; (c) vendida la vivienda a Inmobiliaria Pasa, S. L., la permanencia de los cónyuges en el inmueble no puede deberse más que al ánimo de liberalidad de la sociedad compradora; (d) no puede aceptarse que se constituyese en favor de los vendedores un usufructo vitalicio sobre la vivienda, pues en modo alguno se desprende así de la escritura de venta.
9. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de D.^a Camino , el cual se ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2.º LEC , por razón de la cuantía.

SEGUNDO . - *Enunciación de los motivos de casación.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de las siguientes normas del ordenamiento jurídico: artículo 1462.2 CC ; artículo 609 CC ; artículo 1095 CC ; artículo 96 CC ; artículo 1320 CC y artículo 6.2 CC .»

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que (a) no hubo entrega de la titularidad dominical por falta de posesión de la transmisora; (b) no puede calificarse de precario la atribución por sentencia firme del uso de la vivienda familiar habitual, sino que se trata de una titularidad posesoria que deriva de una coposesión inicial, pues la vivienda no puede ser objeto de disposición sin el doble consentimiento que exige el CC; (c) no ha existido *traditio ficta* [entrega presunta], porque de la escritura resultaba claramente lo contrario, en contra de lo que afirma la sentencia recurrida.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula.

«Por el mismo cauce procesal del n.º 4 del artículo 1692 CC [debe decir LEC] denuncia igualmente la infracción por la sentencia recurrida del artículo 348.2 CC y jurisprudencia concordante.»

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que (a) el *ius possidendi* [derecho de poseer] de la recurrente, sea o no de naturaleza jurídico-real, constituye una carga que ha de soportar la propietaria y no un precario; (b) el título de los recurridos deriva de la posesión concedida por la sentencia judicial y falta para el ejercicio de la acción reivindicatoria el pleno dominio del bien cuya reivindicación se pretende.

Ambos motivos, que por estar estrechamente relacionados entre sí serán examinados conjuntamente, deben ser desestimados.

TERCERO . - *Reclamación por un tercero de la vivienda familiar cuyo uso se ha asignado a uno de los cónyuges.*

A) El uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del artículo 96 CC se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del artículo 96, último párrafo, CC . El alcance de la facultad de oponerse a



la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente.

La jurisprudencia de esta Sala, no obstante, ha experimentado vacilaciones en cuanto a la determinación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda atribuido por sentencia y en cuanto a los efectos del mismo. En algunos casos se ha calificado a este derecho como un derecho de eficacia real oponible a terceros (SSTS 13 de diciembre de 1991, RC n.º 2987/1991, 18 de octubre de 1994, RC n.º 1817/1991), y se ha afirmado que la protección de la vivienda familiar frente a terceros se produce con un ámbito objetivo equivalente al del derecho que la familia tiene al uso, incluyendo en este concepto el derecho privativo del cónyuge a quien se priva del uso. De esta suerte, se ha estimado en alguna ocasión que en el supuesto de pertenencia de la vivienda como bien privativo a uno de los cónyuges, de pertenencia al patrimonio ganancial o de titularidad en régimen de comunidad en favor de ambos cónyuges, la reclamación de un tercero, aunque haya adquirido la finca en pública subasta a raíz de la división de la comunidad, no determina la extinción del derecho de uso, consecuencia de una situación jurídica tutelada legalmente (SSTS 11 de noviembre de 1992, 14 de julio de 1994, 22 de abril de 2004, 6 de junio de 2007 y 27 de noviembre de 2007, RC n.º 4615/2000) y que en las situaciones en las cuales existe una relación contractual que justifica la posesión por parte de uno de los cónyuges, deben aplicarse, frente a la reclamación del tercero, los efectos que el CC atribuya al expresado contrato, que puede ser el de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado (SSTS 2 de octubre de 2008 y 30 de octubre de 2008, RC n.º 2771/04).

El expresado panorama jurisprudencial exige que, con fines de unificación de doctrina, se pronuncie el Pleno de esta Sala acerca de la naturaleza y de los efectos del derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC . Así lo hacemos en el mismo sentido fijado por la STS 18 de enero de 2010, RC n.º 1994/2005 .

B) El artículo 96 I CC establece que «[e]n defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.» El artículo 96 III CC añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.»

El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV CC en los siguientes términos: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.»

De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008).

La aplicación de esta doctrina debe ser amoldada a las circunstancias en aquellos casos en los cuales la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece en propiedad al otro cónyuge, sino que ha sido atribuido a éste en virtud de un contrato, como puede ocurrir cuando se considera probado que la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge en virtud de un contrato de comodato. En estas situaciones, si la ley no reconoce el derecho del cónyuge a quien se concede el uso a subrogarse en los derechos contractuales del otro cónyuge, resulta procedente examinar la naturaleza de los actos realizados por éste último en el ámbito de la relación contractual que mantenía con el propietario de la vivienda. Este examen debe realizarse con el fin de decidir si la legitimación del propietario para reclamar la vivienda deriva de actos del cónyuge no titular que constituyen actos de disposición o, por el contrario, nace de otras circunstancias derivadas del contenido del contrato, como puede ser la existencia de una condición resolutoria para el caso de separación o extinción de la relación conyugal. En la hipótesis de la concurrencia de actos de disposición, estos actos solo pueden ser realizados si concurren los presupuestos establecidos en el artículo 96 III CC . La falta de estos presupuestos es determinante de un supuesto de nulidad oponible a terceros, siempre que concurra la debida publicidad registral, salvo que se den los presupuestos para la protección del tercero hipotecario o de buena fe.



Como decimos en la sentencia del Pleno de la Sala contemporánea a ésta, resulta, pues, matizada nuestra anterior jurisprudencia (SSTS 2 de diciembre de 1992, 17 de julio de 1994 y 14 de abril de 2009, entre otras) en el sentido de que si el título que permitió a uno de los cónyuges el uso de la vivienda perteneciente al tercero tiene naturaleza contractual, el otro cónyuge no se subroga en la relación contractual por el hecho de habersele atribuido el uso de la vivienda por sentencia dictada en pleito matrimonial.

Estas situaciones contrastan con aquellas en las cuales los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, mediante la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista. Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista. En este punto, la doctrina que se fija en esta sentencia no comporta variación sustancial de la que viene manteniendo esta Sala (SSTS de 30 de noviembre de 1964, 13 de diciembre de 1991, RC n.º 2987/1991, 26 de diciembre de 2005), con arreglo a la cual la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial

C) La aplicación de esta doctrina al caso examinado nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer más que a título de precario el inmueble aquí reivindicado.

En efecto, la sentencia recurrida declara que «una vez que el matrimonio formado por D. Alfonso y D.ª Camino vende, con fecha 28 de mayo de 1988, su vivienda a la sociedad mercantil Inmobiliaria Pasa S. L., su permanencia en el inmueble no puede deberse más que al ánimo de liberalidad de la sociedad compradora». Añade que «[determinada circunstancia de la venta] en modo alguno puede conseguir el efecto pretendido por la demandada referente a que se constituyó en favor de los vendedores un usufructo vitalicio sobre la vivienda, pues en modo alguno se desprende así de la indicada escritura de venta, en la que perfectamente pudo hacerse constar tal evento si ciertamente hubiera sido esa la intención de los contratantes».

Estas declaraciones deben ser respetadas en casación, pues se desenvuelven en el terreno que es propio del tribunal de apelación de valoración del resultado de la prueba e interpretación de las cláusulas contractuales, y no se aprecia en ellas arbitrariedad o manifiesto error suficiente para justificar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (que podría hacerse valer mediante el recurso extraordinario por infracción procesal) ni una desnaturalización de los preceptos sustantivos aplicables mediante la alteración de los supuestos de hecho. Por otra parte, el tenor de las estipulaciones quinta y sexta del contrato de 28 de mayo de 1988, recogidas en el AH quinto, en la que se hace constar el compromiso de ambas partes para instar el inmediato desalojo de la ocupante de la finca, que se describe como poseedora de hecho, no permite mantener que la interpretación realizada por la sentencia recurrida en el sentido de haber existido transmisión de la propiedad sea arbitraria.

D) Los argumentos en que se funda el recurso deben, en consonancia con lo razonado, ser desestimados por las siguientes razones:

a) No puede aceptarse que no hubiera entrega de la titularidad dominical, pues, admitido que la entrega se produce en virtud de la escritura pública de compraventa si en ella no consta claramente lo contrario, la interpretación que de la escritura pública realiza la sentencia recurrida permite afirmar que no concurre esta última circunstancia.

b) En el momento en que se produjo la separación conyugal la vivienda había sido enajenada a la sociedad adquirente mediante un contrato en el que intervinieron ambos cónyuges, por lo cual no puede aceptarse el argumento de que la vivienda no podía ser objeto de disposición, como vivienda habitual, por no concurrir consentimiento de ambos cónyuges.

c) Por lo que acaba de decirse carece de relevancia el argumento de que la titularidad posesoria del cónyuge que permanece en el uso de la vivienda deriva de la coposesión por parte de ambos cónyuges.



d) La sentencia judicial se limita a hacer efectiva la protección de la familia dentro de los límites del derecho de ésta a la titularidad de la vivienda, pero no modifica dichos límites.

CUARTO . - *Desestimación del recurso.*

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 LEC, en relación con el 398 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Camino contra la sentencia de 6 de noviembre de 2000 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid en el rollo de apelación n.º 367/2000, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Martín y D.^a Lourdes contra sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º Cinco de Valladolid en autos de juicio declarativo de menor cuantía n.º 492/99, debemos revocar y revocamos dicha resolución condenando a Camino a reintegrar la vivienda objeto de litigio, libre de muebles y enseres, a los demandantes antes indicados, con apercibimiento de lanzamiento en su caso. Igualmente y desestimando el recurso de apelación por lo que se refiere a la mercantil Inmobiliaria Pasa, S. L. se confirma el pronunciamiento desestimatorio efectuado en la primera instancia apreciando la falta de legitimación activa de dicha entidad. No se hace expresa condena en las costas de ninguna de las instancias».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Juan Antonio Xiol Rios, Roman Garcia Varela, Xavier O'Callaghan Muñoz, Jesus Corbal Fernandez, Francisco Marin Castan, Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Encarnacion Roca Trias. Rubricado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.