

Roj: **STS 5062/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:5062**Id Cendoj: **28079110012010100578**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/10/2010**Nº de Recurso: **2305/2006**Nº de Resolución: **584/2010**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 923/2006,**  
**STS 5062/2010**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Octubre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto, ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, por BELMONTE DEL TAJO, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. José Pedro Vila Rodríguez, contra la Sentencia dictada, el día 18 de enero de 2006 en el rollo de apelación nº 585/2005, por la referida Audiencia y Sección, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Colmenar Viejo, en el procedimiento ordinario nº 722704. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, en nombre y representación de BELMONTE DEL TAJO, S.A., en concepto de parte recurrente. Asimismo comparece el Procurador D. Francisco García Crespo, en nombre y representación de Dª Isabel en calidad de parte recurrida.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Colmenar Viejo, interpuso demanda de juicio ordinario la entidad "BELMONTE DEL TAJO", contra Dª. Isabel . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"...dicte sentencia en la que, con estimación íntegra de la demanda, se declare el derecho de mi representada la entidad "BELMONTE DEL TAJO, S.A.", a poseer la vivienda que le ha sido adjudicada en el procedimiento hipotecario: Urbana en Navacerrada, al sitio de la DIRECCION000 , señalada con los números NUM000 y NUM001 del plano general de la urbanización, sobre la que existe construida una vivienda, finca registral NUM002 . Inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Colmenar Viejo, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que en el plazo de 30 días desaloje, la vivienda bajo apercibimiento de lanzamiento".*

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de Dª. Isabel los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"...dicte Sentencia en la que se reconozca la posesión inmediata de Dña. Isabel y de sus hijas como mejor derecho a poseer, en virtud del título que supone el derecho real de uso atribuido por la sentencia de separación de fecha 5 de abril de 2000 , con expresa condena en costas a la demandante".*

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a ambas partes para la celebración de la oportuna Audiencia Previa, la que tuvo lugar en el día y hora señalados, acordándose en dicho acto señalar día y hora para la celebración del oportuno Juicio, el que se celebró y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.



El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 26 de mayo de 2005 y con la siguiente parte dispositiva: " FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Sr. Hernández Urizar, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de BELMONTE DEL TAJO, S.A. contra DÑA. Isabel DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de todas las peticiones de la demanda con toda clase de pronunciamientos favorables. Con expresa condena en costas a la parte actora. Llévase testimonio de esta resolución a los autos".

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación BELMONTE DEL TAJO, S.A. . Sustanciada la apelación, la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 18 de enero de 2006 , con el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Belmonte del Tajo, S.A. contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Colmenar Viejo en el Juicio Ordinario 722/04 , DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma, haciendo expresa imposición de las costas producidas en esta alzada a la parte apelante".

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación por "BELMONTE DEL TAJO, S.A.", contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia dictó Auto con fecha 7 de febrero de 2006 , que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "LA SALA ACUERDA: NO HA LUGAR a tener por preparado el RECURSO DE CASACIÓN, formulado por el Procurador D. PEDRO VILA RODRÍGUEZ, en nombre del apelante BELMONTE DEL TAJO contra la sentencia de fecha 18 de enero de 2006, dictada por esta Sala en el presente recurso de apelación nº 585/05". Contra dicha resolución se interpuso por la representación de Belmonte del Tajo, recurso de queja que fue resuelto por la Sala I del Tribunal Supremo por Auto de fecha 26 de septiembre de 2006 , y que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "La SALA ACUERDA: ESTIMAR EL RECURSO DE QUEJA interpuesto por el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, en nombre y representación de "BELMONTE DEL TAJO, S.A." contra el auto de fecha 7 de febrero de 2006 , que se deja sin efecto, por el que la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª) denegó tener por preparado recurso de casación contra la Sentencia de 18 de enero de 2006 , debiendo comunicarse este Auto a la referida Audiencia para que continúe la tramitación de dicho recurso y a la que se devolverá el rollo de apelación núm. 585/2005".

Devueltos los autos la Audiencia Provincial dictó resolución de fecha 6 de noviembre de 2006 , teniendo por preparado el recurso de casación formulado en su día por la representación de la entidad "Belmonte del Tajo, S.A.", con fundamento en los siguientes motivos:

Único.- Al amparo del ordinal 2º del artículo 477.2.2 . en relación con el art. 477.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los arts. 1320 y 96 del Código Civil , art. 13 de la Ley Hipotecaria , art. 94.1 del Reglamento Hipotecario y Disposición Adicional 9º de la Ley 30/1981 de 7 de julio .

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, en nombre y representación de la mercantil BELMONTE DEL TAJO, S.A., en concepto de parte recurrente. Asimismo se personó el Procurador D. Francisco García Crespo, en nombre y representación de Dª Isabel , en concepto de parte recurrida. Admitido el recurso por Auto de fecha 9 de diciembre de 2008 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Francisco García Crespo, en nombre y representación de Dª Isabel , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

**QUINTO.** Se señaló como día para la celebración de la Vista solicitada el quince de septiembre de dos mil diez, a las diez treinta horas de su mañana, en que el acto tuvo lugar, asistiendo a dicho acto el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, y el Letrado D. Ramón Díaz Leal, en representación y defensa de la parte recurrente; asimismo asiste el Procurador D. Francisco García Crespo y la Letrada Dª Carmen Monasterio Zoco, en representación y defensa de la parte recurrida.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. Dª. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.

1º El 23 de noviembre de 1995, D. Luis Francisco hipotecó un bien privativo en el que había constituido el domicilio familiar. Su esposa, Dª Isabel , demandada y recurrida en este pleito, compareció en el acto de la constitución y otorgó el consentimiento para la hipoteca.

2º Dº Luis Francisco y Dª Isabel se separaron en 5 abril 2000. La sentencia de separación atribuía el domicilio familiar a la esposa y las hijas del matrimonio. Dª Isabel consiguió la posesión de la vivienda en 2001 y en julio de 2002 intentó inscribir en el Registro de la propiedad el derecho de uso, sin conseguirlo.

3º Habiendo resultado impagado el préstamo garantizado con la hipoteca, el acreedor, Banco Esfinge, S.A. procedió a instar la ejecución. En los edictos publicados el 28 de febrero y el 30 julio 2003, se hacía constar que la finca subastada se encontraba ocupada.



4º Al conocer la existencia de dicho procedimiento, Dª Isabel comunicó al juzgado con fecha 17 junio 2003 , la situación posesoria de la vivienda y el título que la legitimaba para poseer. En 3 septiembre 2003, el Juzgado acordó que la condición de Dª Isabel como ocupante constara a los efectos de la subasta. La entidad ejecutante recurrió dicha providencia, siendo desestimado el recurso de reposición por auto de 26 septiembre 2003 , donde se reconocía de nuevo la sentencia de separación como título suficiente para la ocupación. Por causa no acreditada, los nuevos edictos no llegaron a publicarse.

5º La subasta tuvo lugar el 1 octubre 2003. La finca se adjudicó a BELMONTE DEL TAJO, S.A.

6º BELMONTE DEL TAJO, S.A. demandó a Dª Isabel y solicitó que se declara su derecho a poseer la vivienda adjudicada en el procedimiento hipotecario. Dª Isabel se opuso, alegando los hechos que se han resumido.

7º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Colmenar Viejo desestimó la demanda de BELMONTE DEL TAJO, S.A. Se dice que debe estudiarse si procede o no el desalojo, a lo que entiende que la respuesta *"debe ser negativa"* . Señala que *"[...] la demandada tiene a su favor un derecho real de uso de la vivienda, que le permite el derecho a poseerla. El ius possidendi, de similares características al que tiene el arrendatario, el usufructuario o el enfiteuta, es merecedor de protección jurídica en plena coexistencia con el del propietario en los términos del Art. 432 CC , que permite la confluencia de la posesión mediata y la inmediata"* . *"[...]no puede olvidarse que la atribución del uso de la vivienda fue hecha con carácter definitivo antes del procedimiento de ejecución hipotecaria y, por tanto de la adquisición (sic) es posterior y resulta la coexistencia de dos posesiones distintas y compatibles"* .

8º El demandante BELMONTE DEL TAJO, S.A., recurrió en apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 18 enero 2006 , confirmó la sentencia apelada, utilizando tres tipos de argumentos: a) la apelante no desarrolló una conducta diligente, porque *"una actuación mínimamente diligente le hubiera debido conducir a tomar conocimiento mediante el examen pormenorizado de los autos de cuál era la condición del ocupante y cuál era el título que legitimaba dicha ocupación"* , lo que excluye la buena fe del apelante; b) en los edictos se hizo constar que de acuerdo con el Art. 661 LEC , que la finca se encontraba ocupada, habiendo advertido el juzgado que los ocupantes tenían derecho a permanecer en el inmueble, a salvo las acciones que pudieran corresponder para desalojarles, y c) en la situación entre dar preferencia al derecho del adjudicatario frente al de la esposa como vivienda familiar, hay que mantener la preferencia de éste último. Además, Dª Isabel no era prestataria.

9º BELMONTE DEL TAJO, S.A. formula el presente recurso de casación, al amparo del Art. 477,2.2 LEC , con un único motivo, que fue admitido por auto de 9 diciembre 2008 .

## SEGUNDO.

El recurrente señala la infracción de los Arts. 1320 y 96 CC, 13 LH; 94.1 RH y DA 9ª de la ley 30/1981, de 7 de julio . En el acto de la vista, el recurrente aludió a las nuevas circunstancias acontecidas desde la presentación del recurso de casación y concretamente las sentencias del pleno de esta Sala de 14 y 18 enero 2010 .

En su razonamiento, BELMONTE DEL TAJO, S.A. utiliza diferentes argumentos: 1º Resume los hechos; 2º Respecto a la infracción del Art. 1320 CC , dice que integra la norma básica de protección de la vivienda en fase de normalidad del matrimonio y es un mecanismo para asegurar la ocupación por el cónyuge no titular. No hay norma que de preferencia a la vivienda en relación a las ejecuciones. Añade que en la crisis matrimonial, *"se rompe la situación coposessoria que presupone el Art. 1320 CC "* , por lo que hay que determinar quién va a ser el titular del uso y por ello, se debe aplicar el Art. 96.4 CC ; 3º El derecho de uso atribuido en la resolución judicial se debería haber inscrito en el Registro de la Propiedad, para que no pudiera verse perjudicado por las posteriores transmisiones efectuadas por el propietario. Desde la STS de 11 diciembre 1992 se hace resistente el derecho al uso. La atribución de la vivienda familiar es oponible a terceros, pero ello se encuentra supeditado a que su titularidad traiga causa de un acto de disposición llevado a cabo por el cónyuge no usuario con posterioridad a la decisión judicial. Esta oponibilidad deberá referirse a quien tenga inscrito el derecho. La sentencia dictada en el procedimiento matrimonial no puede perjudicar a los terceros que no han sido parte en aquel proceso. Por ello, si el derecho a la vivienda no tuvo acceso al Registro, no será oponible al tercero adjudicatario, que se verá protegido por las normas de la Ley Hipotecaria.

## TERCERO.

Para centrar la discusión, deben examinarse los tres grupos de argumentos de la recurrente, a los que se añaden los utilizados en el acto de la vista, a los que se aludirá a lo largo de los fundamentos de esta sentencia.

Respecto a la enumeración de los hechos acaecidos, debe rechazarse el recurso, puesto que si se trata de una alegación, incurre en supuesto de la cuestión y debería haberlo llevado al recurso extraordinario por infracción



de las reglas de la prueba y si solo es una enumeración de los hechos a los efectos de orientar al juez en la casación, resulta absolutamente inútil al resultar los hechos probados de la sentencia apelada.

#### CUARTO.

Es cierto que esta Sala ha declarado en las sentencias a que se refirió la recurrente en el acto de la vista oral, que el derecho a la vivienda acordado judicialmente en la sentencia de separación o de divorcio no tiene carácter de derecho real. Las sentencias de 14 y 18 enero 2010 coinciden en la misma doctrina en relación a la naturaleza del derecho atribuido al cónyuge adjudicatario de la vivienda y señalan que: *"De la ubicación sistemática de este precepto [art. 96 CC] 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 sentencia antes citada, de 18 enero 2010 dice que *"el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el Art. 83.3 CF y el Art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad"*.

Ciertamente, la doctrina resumida ha sido dictada para los supuestos en que un tercero ha cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, sin contraprestación, pero ello no impide que la fijación jurisprudencial de la naturaleza del derecho al uso atribuido a uno de los cónyuges en sentencia de separación o divorcio sea aplicable en todos aquellos casos en que ello sucede. Por ello, debe entenderse aplicable en este supuesto la doctrina anterior, por lo que debe rechazarse que el derecho de D<sup>a</sup> Isabel tenga la naturaleza de derecho real.

#### QUINTO.

A partir de lo dicho en el Fundamento anterior, la discusión que se produce en el presente supuesto debe centrarse en lo siguiente: a) constante matrimonio, la esposa consintió en el acto de disposición del marido sobre la vivienda familiar, que consiste en el otorgamiento de una hipoteca en garantía de deuda propia del marido; b) se produce la separación y el inmueble se adjudica a la esposa e hijas comunes; c) el crédito resulta impagado y el banco acreedor ejecuta la hipoteca; d) en subasta se adjudica a la ahora recurrente, que pretende obtener la posesión del inmueble.

El problema así planteado se centra en determinar los efectos del consentimiento prestado por la esposa para la hipoteca del bien destinado a domicilio familiar.

La jurisprudencia ha interpretado el art. 1320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar (SSTS de 3 enero 1990 y 31 diciembre 1994). La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real.

El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como "declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno -es decir, concluido por otro- por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte", siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión.

En el presente litigio, la esposa, D<sup>a</sup> Isabel, aceptó la hipoteca constituida por su marido sobre un bien destinado a vivienda habitual; de este modo, el negocio jurídico de disposición es válido y no puede ser anulado, porque en su celebración concurren los requisitos exigidos en el art. 1320 CC cuando el bien hipotecado se destina a vivienda familiar. En consecuencia, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y sus hijas.





Además, es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial.

La parte recurrida alega que debe aplicarse lo dispuesto en el art. 669.2 LEC, que establece que "por el mero hecho de participar en la subasta se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor". Dicha disposición no es aplicable a este caso porque la pretendida carga, es decir, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca, consentida, por la esposa recurrida.

*En consecuencia de lo anterior, se estima el único motivo del recurso.*

#### **SEXTO.**

La estimación del único motivo del recurso formulado por la representación procesal de BELMONTE DEL TAJO, S.A., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 18 enero 2006, determina la de su recurso de casación.

No se imponen a ninguna de las partes las costas del presente recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el art. 398-1 LEC.

#### **SÉPTIMO.**

Al haberse estimado el recurso de casación presentado por la representación procesal de BELMONTE DEL TAJO, S.A. se casa y anula la sentencia recurrida, por lo que esta Sala debe asumir la instancia y dictar nueva sentencia. Por tanto, se estima la demanda presentada por BELMONTE DEL TAJO, S.A. y en consecuencia se declara el derecho de la entidad BELMONTE DEL TAJO, S.A. a poseer la vivienda que le ha sido adjudicada en el procedimiento hipotecario: "Urbana en Navacerrada.-Parcela de terreno en término de Navacerrada, al sitio de la DIRECCION000, señalada con los números NUM000 y NUM001 del plano general de la urbanización, sobre la que existe construida una vivienda, finca registral NUM002. Inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Colmenar Viejo", con desalojo de la demandada D<sup>a</sup> Isabel, cuya fecha se determinará en ejecución de sentencia.

Al tratarse de una cuestión que presenta serias dudas en la interpretación de las disposiciones aplicables, no se imponen las costas de la primera instancia ni de la apelación a ninguna de las partes litigantes.

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

#### **FALLAMOS**

1º Estimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de BELMONTE DEL TAJO, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, de 18 enero 2006, dictada en el rollo de apelación nº 585/05.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º En su lugar se dicta sentencia asumiendo la instancia y se estima la demanda presentada por la representación procesal de BELMONTE DEL TAJO, S.A. y en consecuencia se declara el derecho de la entidad BELMONTE DEL TAJO, S.A. a poseer la vivienda que le ha sido adjudicada en el procedimiento hipotecario: "Urbana en Navacerrada.-Parcela de terreno en término de Navacerrada, al sitio de la DIRECCION000, señala con los números NUM000 y NUM001 del plano general de la urbanización, sobre la que existe construida una vivienda, finca registra NUM002. Inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Colmenar Viejo", con desalojo de la demandada, cuya fecha se determinará en ejecución de sentencia.

4º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes.

5º No se imponen las costas de la primera instancia ni las de la apelación a ninguno de los litigantes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ