



Roj: **STS 1082/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:1082**

Id Cendoj: **28079110012012100092**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2012**

Nº de Recurso: **2258/2008**

Nº de Resolución: **78/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ENCARNACION ROCA TRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 14409/2008,**  
**STS 1082/2012**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil doce.

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 14ª, por **Dª María Virtudes**, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Susana Tellez Andrea contra la Sentencia dictada, el día 22 de septiembre de 2008, por la referida Audiencia y sección, en el rollo de apelación nº 124/2008, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Leganés, en los autos de procedimiento ordinario nº 206/2007. Ante esta Sala comparecen la Procuradora de los Tribunales Dª Susana Téllez Andrea, en nombre y representación de Dª María Virtudes, presentó escrito personándose ante esta Sala en concepto de parte recurrente. Igualmente, comparece, la Procuradora Dª Paz Landete García, en nombre y representación de la D. Ramón, en concepto de parte recurrida.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Leganés, interpuso demanda de juicio ordinario Dª. María Virtudes, contra D. Ramón. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "*.... se dicte sentencia por la cual, estimando la demanda en su integridad:*

*1º.- Decrete la disolución del proindiviso de la "vivienda letra NUM000, de la planta NUM001, de la CALLE000 nº NUM002 de Leganés (Madrid)".*

*Finca registral nº NUM003, folio NUM004, libro NUM005, del Registro de la Propiedad nº 1 de Leganés.*

*Y "Plaza de garaje nº NUM006, de la CALLE001 nº NUM007, de Leganés (Madrid)".*

*Finca registral nº NUM008, del folio NUM009, libro NUM010, del Registro de la Propiedad nº 1 de Leganés.*

*2º.- Que se valoren las citadas fincas en la suma estipulada en la demanda, entregando el demandado a mi representada la suma de 226.000 euros, y quedándose el demandado con la propiedad de las fincas.*

*3º.- Que subsidiariamente, no admitiendo el demandado la valoración y quedarse con la vivienda, al amparo de lo dispuesto en el artículo 404, se valore por perito judicial, y se saque a pública subasta, entregando el 50% de su valor a cada uno de sus propietarios: demandante y demandado.*

*4º.- Que se compensen todos los créditos entre el demandante y demandado, con relación a las costas tasadas y las que faltan por tasar en los procedimientos descritos. Todas ellas, con las cantidades a liquidar del proindiviso, entregando a cada uno lo que resulte a su favor.*



*Y todo ello con expresa condena en costas al demandado".*

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Ramón los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... dicte Sentencia por la que:

*1º.- Al correlativo*

*Se decrete la disolución del proindiviso del despacho-vivienda sito en CALLE000 nº NUM002 , NUM001 NUM000 de Leganés (Madrid), pero manteniéndose indemne el Derecho de Uso sobre la misma atribuido a mi representado en Sentencia de Divorcio.*

*Y de la plaza de garaje nº NUM006 , sita en la CALLE001 nº NUM007 de Leganés (Madrid).*

*2º.- Al correlativo*

*Que se valoren las fincas en la suma estipulada en la demanda.*

*3º.- Al correlativo*

*Al no convenir las partes que se adjudique a uno indemnizado al otro, conforme a lo dispuesto en el artículo 404 del CC , se acuerde la venta de las fincas en subasta pública y reparto del precio al 50%, debiendo garantizarse la subsistencia del derecho de uso, del art. 96 del Código Civil , atribuido judicialmente a mi representado por Sentencia de Divorcio.*

*4º.- Al correlativo*

*Conforme al art. 1195 del CC , se compensen las cantidades que en concepto de costas recíprocamente se adeuden las partes, aunque entendemos salvo mejor criterio del Juzgador, que tal compensación ha de tener lugar a través del Juzgado competente o bien extrajudicialmente.*

*Y todo ello con expresa condena en costas a las parte demandante".*

Contestada demanda y dado el oportuno traslado, se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa, compareciendo las partes debidamente representadas, ratificándose cada una de ellas en sus respectivas pretensiones, 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 nº 1 de Leganés dictó Sentencia, con fecha 3 de octubre de 2007 , y con la siguiente parte dispositiva: " FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales DOÑA ELVIRA RUIZ RESA, en nombre y representación de DOÑA María Virtudes , contra DON Ramón , representado por el Procurador DON MANUEL DIAZ ALFONSO, debo declarar y declaro la procedencia de la extinción del condominio existente entre la actora y el expresado demandado sobre la vivienda letra NUM000 , de la planta NUM001 de la CALLE000 nº NUM002 de Leganés (Madrid) y plaza de garaje nº NUM006 de la CALLE001 nº NUM007 de Leganés (Madrid); cesando el proindiviso, de tal modo que si ninguno de los litigantes-condueños-conviniere en su adjudicación indemnizando al otro en un 50% de su valor o sobre la venta extrajudicial de los mismos y con reparto del precio, se procederá a la venta del referido inmueble (vivienda y plaza de garaje) en pública subasta, con admisión de licitadores extraños y repartiéndose el precio por mitad entre los condueños, lo que se llevará a efecto en ejecución de sentencia si lo pidiere alguna de las partes, sin efectuar pronunciamiento sobre las costas causadas".

La representación de D. Ramón , presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose auto con fecha 2-11-2007, que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "DISPONGO: No haber lugar a la aclaración solicitada por la representación de DON Ramón manteniéndose en sus estrictos términos la Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil siete dictada en los presentes autos".

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Ramón . Sustanciada la apelación, la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 22 de septiembre de 2008 , con el siguiente fallo: " Que estimando el recurso de apelación formulado por don Ramón , que viene representado ante esta Audiencia Provincial por el procurador doña María Paz Landete García, contra la sentencia dictada el día 3 de octubre de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Leganés en los autos de juicio ordinario nº 206/2007, debemos revocar y revocamos la misma, y, en consecuencia, declaramos que no procede acceder a la división de la vivienda que es propiedad común de los litigantes sin respetar el derecho de uso que le corresponde a don Ramón en función de lo declarado en la sentencia de divorcio.

*No se hace expresa condena en costas en ninguna de las dos instancias".*



**TERCERO.** Anunciado recurso de casación por D<sup>a</sup> María Virtudes , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Susana Tellez Andrea, lo interpuso articulándolo en los motivos siguientes:

Primero.- La casa que constituyó el hogar familiar se adjudicó al marido en la sentencia de divorcio, no en virtud del art. 96 CC sino porque era el despacho profesional del marido y con la finalidad de que pagara la pensión de alimentos a su esposa e hijo.

Segundo.- Violación del art. 400 y 96 el Código Civil .

Tercero.- Infracción del art. 218 de la LEC .

Cuarto.- Infracción doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Por resolución de fecha 10 de diciembre de 2008, la Audiencia Provincial de Madrid, acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Susana Téllez Andrea, en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Virtudes , presentó escrito personándose ante esta Sala en concepto de parte recurrente. Igualmente, comparece, la Procuradora D<sup>a</sup> Paz Landete García, en nombre y representación de la D. Ramón , en concepto de parte recurrida.

Por auto de fecha 23 de febrero de 2010 la Sala acordó: "1º ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> María Virtudes contra la Sentencia dictada, con fecha 22 de septiembre de 2008, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), en el rollo de apelación nº 124/08 , dimanante de los autos de procedimiento ordinario nº 206/07 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de los Leganés EN CUANTO A LOS MOTIVOS 1º, 2º y 4º del escrito de interposición del recurso. 2º) NO ADMITIR el recurso en relación al MOTIVO 3º del escrito de interposición del recurso". Evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D<sup>a</sup> María Paz Landete García, en nombre y representación de D. Ramón , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el dos de febrero de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Resumen de los hechos probados.

1º D<sup>a</sup> María Virtudes y D. Ramón se hallan divorciados. En la sentencia de separación se atribuyó el uso y disfrute del piso común al esposo en razón de que desempeñaba en dicho piso su actividad profesional como abogado y que los ingresos que obtenía, eran los únicos de la familia "por lo que un pronunciamiento distinto no haría más que contribuir a la inestabilidad y deterioro económico de la misma, con grave peligro para los cónyuges y, en particular, para su hijo menor" . Esta medida fue confirmada en una sentencia del propio juzgado en procedimiento de modificación de medidas (17 mayo 2004 ) y también en la sentencia que decretó el divorcio, de 18 enero 2007.

2º D<sup>a</sup> María Virtudes demandó a D. Ramón , en solicitud de la división de la vivienda y de la plaza de garaje, que les fueron adjudicadas pro indiviso en la liquidación de la sociedad de gananciales. Pidió que se la adjudicara el marido y subsidiariamente, para el caso de que éste no admitiera la valoración y no se quedara con la vivienda, se sacara a pública subasta, con la entrega del 50% de su valor a los propietarios.

En la contestación a la demanda, el marido no se opuso a la división de la cosa común, siempre que se mantuviera el derecho de uso judicial del Art. 96 CC , que le fue atribuido en las sentencias de separación y de divorcio.

3º La sentencia del Juzgado de 1ª instancia e instrucción nº 1 de Leganés, de 3 octubre 2007 , estimó parcialmente la demanda de división. Dijo que: **a)** para que se respete el derecho de uso, este debe estar originado en el Art. 96 CC y "seguir cumpliendo la función de servir de hogar familiar, pues de no ser así, ninguna traba jurídica existirá para su libre disposición o división al faltar la razón de ser de la misma cual es la tutela de la situación familiar provocada por la crisis matrimonial "; **b)** en este caso, la atribución del uso no tuvo que ver con ningún pacto entre cónyuges, ni fue atribuido al hijo, ni se consideró el interés del marido como el más necesitado de protección, porque se le otorgó al tener allí su despacho profesional, y **c)** por ello, debe procederse a admitir la acción de división.



4º El marido interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue revocada por la SAP, sección 14, de Madrid, de 22 septiembre 2008 . Cita diversas sentencias de esta Sala y la doctrina aplicable al caso y dijo "QUINTO. *Expuesta la doctrina aplicable al caso, nos debemos ocupar del supuesto de hecho que nos ocupa en el que la sentencia de instancia entiende que el derecho de uso que ostenta el demandado debe extinguirse al procederse a la división del inmueble, puesto que no puede considerarse amparado en el artículo 96 del CC , ya que el Juzgado de Familia, sin tomar en consideración las necesidades familiares, solamente tuvo cuenta que en la vivienda tenía el demandado su despacho profesional. Esta valoración no la podemos aceptar, ya que en la sentencia dictada en el procedimiento de divorcio, que como ya dijimos es prácticamente de la misma fecha en la que se presentada esa demanda, pues la sentencia es de 18 de enero de 2007 y el día 19 del mismo mes se presentó la demanda que dio inicio a este procedimiento, indica que, "el demandado ostenta el interés más necesitado de protección en términos del Art. 96 del CC , lo que le hace acreedor a que le sea adjudicado su uso", explicando a continuación las razones en las que se basa, teniendo en cuenta el interés del hijo de los litigantes menor de edad, en concreto indicó "que el demandado vería sin duda minorados sus recursos económicos debido al notorio incremento de sus gastos al tener que procurarse otro despacho profesional y, probablemente, otra vivienda, de tal modo que es muy posible que no pudiera hacer frente a una pensión alimenticia por el importe aquí establecido". Por tanto, teniendo en cuenta las situación ante la que nos encontramos, donde el hijo, que vive con su madre en la ciudad de Segovia, tiene de 10 años y recibe una pensión del padre que se ha aumentado en el procedimiento de divorcio, no podemos afirmar que las bases que tuvo en cuenta el Juzgado de Familia, es decir la necesidad del uso de la vivienda para poder atender a sus necesidades y a las del hijo menor de edad, se hayan alterado en este momento, ya que debemos diferenciar los supuestos en que, en función de las condiciones de provisionalidad y temporalidad de esta medida, se aprecie claramente que las bases sobre las que sustentaron se han alterado significativamente, careciendo de sentido mantener el derecho de uso, de aquellos otros en los que no se comparten los razonamientos que han llevado al Juzgado de Familia a conceder tal derecho, que es un materia diferente y sobre la que no se puede entrar, pues la competencia para decidir de esta materia, a través de los procedimientos establecidos al efecto, corresponde a los Juzgados a los que les esta asignados las cuestiones relacionadas con el derecho de familia".*

Estima el recurso de apelación del marido, revocando la sentencia de primera instancia y declarando que "no procede acceder a la división de la vivienda que es propiedad común de los litigantes sin respetar el derecho de uso que le corresponde a D. Ramón en función de lo declarado en la sentencia de divorcio".

6º Recurre en casación D<sup>a</sup> María Virtudes . Los motivos 1, 2 y 4 fueron admitidos y no admitido el 3º. El recurso se formula al amparo del Art. 477.2 LEC .

#### **SEGUNDO.** *El recurso de casación.*

El recurso se plantea por la inadmisión de la sentencia recurrida de la división de un piso cuya titularidad es común entre los dos ex cónyuges, y cuyo uso fue atribuido al marido, porque su interés era el más digno de protección al ejercer su profesión de abogado en el inmueble.

Se van a estudiar conjuntamente los dos primeros motivos del recurso.

*Motivo primero* . La casa que constituyó el hogar familiar se adjudicó al marido en la sentencia de divorcio, no en virtud del Art. 96 CC , porque el hijo está viviendo en Segovia, sino porque era el despacho profesional del marido y con la finalidad de que pagara la pensión de alimentos a su esposa e hijo.

En el *motivo segundo* , se dice que se produce una violación de los Arts. 400 y 96 CC y que al alegar las SSTS 28 marzo 2003 y la de la Audiencia Provincial de 27 junio 2007 , no ha tenido en cuenta que en este caso, que el menor no se encuentra en el hogar familiar. El marido tiene allí su despacho profesional y la adjudicación es temporal y nunca puede constituir un abuso de derecho.

#### **TERCERO.** *Acción de división y derecho de uso.*

Dos son las cuestiones que se plantean en el presente recurso de casación: a) la referida a la acción de división, a la que el marido demandado no se opone, y b) la relativa al mantenimiento del derecho de uso al marido, por ser su interés el más digno de protección, según las sentencias de separación y divorcio.

a) El art. 400 CC recoge la vieja regla romana de acuerdo con la que nadie está obligado a permanecer en la división. El derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en el Art. 400 CC que el pacto entre los condóminos y aun así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad, y el Código civil permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable. Y por ello también debe aceptarse la acción de división ejercitada por la ahora recurrente. Ambos cónyuges están de acuerdo en la división y por ello debe procederse a dividir.



b) Sin embargo, no puede admitirse que la acción de división extinga el derecho de uso atribuido al marido copropietario, cuyo interés se ha considerado el más digno de protección y por ello, se le atribuyó el uso en su momento, sin que se hayan producido circunstancias modificativas que ahora obliguen a reconsiderar su mantenimiento.

**CUARTO.** *La aplicación de la doctrina de esta Sala en el mantenimiento del derecho de uso.*

En las SSTS 859/2009, de 14 enero 2010 y 861/2010, de 18 enero 2010 esta Sala ha mantenido la doctrina de que el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros. En concreto, la STS 859/2009 formula la siguiente doctrina casacional: "[...] *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)*". Esta doctrina está confirmada por la STS 861/2008, de 18 enero 2010, donde se añade que "*El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTS de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges [...]*".

Es cierto que las dos sentencias citadas se refieren a la atribución de la vivienda a los hijos, pero están de acuerdo con otras decisiones de esta Sala que declaran que el derecho del cónyuge a ocupar la vivienda familiar que le ha sido atribuida por sentencia es oponible a terceros (Ver SSTS de 27 diciembre 1999, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras).

En consecuencia, la acción de división del piso mantendrá el derecho del ex marido, titular de su uso, porque no han desaparecido las razones que motivaron su atribución en la sentencia de divorcio y su derecho es oponible a terceros.

*Se desestiman los motivos primero y segundo.*

**QUINTO.** *Efectos de la formulación de doctrina casacional.*

*Motivo cuarto.* Se infringe la doctrina de la STS 1067/1998 y otras de Audiencias Provinciales, que no se tienen en cuenta porque no plantea el recurso a partir del número 3 del Art. 477.2 LEC.

*El motivo se desestima.*

Tal como se ha dicho ya en el FJ anterior, esta Sala ha formulado ya doctrina en las SSTS 859/2009 y 861/2009, por lo que no cabe que nos volvamos a pronunciar.

**SEXTO.** *Desestimación del recurso y costas.*

La desestimación de los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D<sup>a</sup> María Virtudes determina la de su recurso y la anulación de la sentencia recurrida de la sección 14 de la AP de Madrid, de 22 septiembre 2008.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, procede imponer las costas de este recurso a la recurrente.

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

## FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D<sup>a</sup> María Virtudes contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14ª, de 22 septiembre 2008, en el rollo de apelación nº 124/2008.



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

3º Se imponen a la parte recurrente, las costas de este recurso.

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 .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel .-Antonio Salas Carceller .- Encarnacion Roca Trias .-Rafael Gimeno-Bayon Cobos .- Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala NUM001 del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO