



Roj: **AAP CO 411/2017 - ECLI:ES:APCO:2017:411A**

Id Cendoj: **14021370012017200118**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **20/03/2017**

Nº de Recurso: **1226/2016**

Nº de Resolución: **123/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FERNANDO CABALLERO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA

SECCIÓN PRIMERA

AUTO Nº 123/17

Illtmos. Sres.

Presidente:

D. Pedro Roque Villamor Montoro

Magistrados:

D. Felipe Luis Moreno Gómez

D. Fernando Caballero García

Apelación Civil

Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Córdoba

Ejecución Forzosa nº 578/16

Rollo 1226/16

En Córdoba a veinte de marzo de dos mil diecisiete

La Sección Primera de esta Audiencia ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra Auto de fecha 20/9/16 , dictado en los autos referenciados, recurso interpuesto por DON Ruperto representado por la procuradora Sra. Ruiz Sánchez y asistido del letrado Sr. Manzano Serrano, siendo parte apelada DOÑA María Angeles , representada por el procurador Sr. Melgar Raya y asistida del letrado Sr. Moya Moyano, y habiendo sido designado Ponente del recurso el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Audiencia Provincial **DON Fernando Caballero García**.

HECHOS

Se aceptan los **hechos** de la resolución recurrida.

PRIMERO. - Seguido el juicio por su trámite, se dictó Auto con fecha 20/9/16 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Córdoba cuya parte dispositiva es como sigue: "Decido: Dejar sin efecto la ejecución despachada por auto de fecha 23 de mayo de 2016, que se deja sin efecto, sin pronunciamiento expresa sobre las costas de la oposición".

SEGUNDO. - Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite el Juzgado elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde fue recibido y turnado, habiéndose celebrado deliberación y fallo el día 16/3/17.

TERCERO. - En la tramitación de esta alzada se han observado las prescripciones y formalidades legales.



RAZONAMIENTOS JURIDICOS

No se aceptan los fundamentos de derecho del auto apelado

PRIMERO .- En el presente procedimiento ha recaído el auto de 20 de septiembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Córdoba en la ejecución de título judicial 578/16, por el que se estimaba la oposición formulada.

Frente a dicho auto, la procuradora Sra. Ruiz Sánchez en nombre y representación de D. Ruperto ha interpuesto recurso de apelación en el que alega: i) que el desalojo e la vivienda constituye un pronunciamiento implícito en el cese de la atribución y ii) que el ejecutante se encuentra legitimado en cuanto que ha sido parte en el procedimiento de modificación de medidas donde ha recaído la sentencia.

SEGUNDO. - Tal y como hemos expuesto, nos encontramos que con fecha de 2 de abril de 2014 recayó sentencia en el procedimiento de modificación de medidas seguido entre D. Ruperto y D^a. María Angeles en la que se establecía:

"El uso de la vivienda que fuera familiar, sito en la CALLE000 n° NUM000 de esta ciudad, a favor de la demandada y los hijos mayores de edad se mantiene por un plazo de 2 años, desde la fecha de la sentencia, transcurrido dicho plazo cesa automáticamente dicha atribución "

D. Ruperto formuló demanda de ejecución de dicho título judicial ya que consideraba que el plazo de la atribución de la vivienda expiró el 2 de abril de 2016 e interesaba se procediera a entregar el uso de la vivienda familiar al ejecutante.

Mediante auto de 20 de septiembre de 2016 , se estimó la demanda de oposición formulada al considerar que el transcurso de 2 años supone el cese del uso, no que tenga que entregarse al demandante la vivienda, máxime cuando existe contienda judicial sobre la titularidad de la vivienda (juicio ordinario 375/14 seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Córdoba).

TERCERO .- Como hemos indicado, el recurso de apelación descansa en dos argumentos: que el ejecutante se encuentra legitimado para instar la ejecución en cuanto que ha sido parte en el procedimiento judicial en el que ha recaído el título cuya ejecución se pretende y que el desalojo de la vivienda familiar constituye un pronunciamiento implícito en el cese de la atribución.

Sobre la cuestión relativa a la legitimación del ejecutante, debemos señalar que de la documental aportada resulta que la vivienda en cuestión aparece inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de la sociedad de gananciales de D. Ruperto y D^a. Adelaida desde el 10 de agosto de 1994 (inscripción 10^a). Por lo tanto, ésta era la situación registral en el momento que se establece la atribución del uso de la vivienda familiar (sentencia de 2 de abril de 2014). Por otro lado, tal y como se recoge en la sentencia, en la actualidad existe una contienda judicial sobre la titularidad de la vivienda que es objeto de enjuiciamiento en el procedimiento ordinario 375/14 del Juzgado de 1^a Instancia nº 8 de Córdoba.

Debemos destacar que, pese a la contienda judicial, hay atender a la situación registral de conformidad con el párrafo tercero del artículo 1 y del artículo 38,1 de la Ley Hipotecaria que establece que los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad pertenecen a sus titulares. Ahora bien, *una cosa es la esfera relativa a la propiedad y otra es la esfera del Derecho de Familia*. Así tenemos que, de conformidad con la documental y la situación registral, la propiedad de la vivienda corresponde a D. Francisco y D^a Adelaida desde 1994. Por otro lado tenemos que dicha vivienda ha sido el domicilio familiar de D. Ruperto y D^a. María Angeles y sus hijos. Por lo tanto, en la esfera del Derecho de Familia, que vincula únicamente a las partes de la familia, al existir un atribución temporal del uso de la vivienda a favor de la madre y los hijos mayores de edad, lo que se contempla es la imposibilidad que el padre pueda reclamar el uso de la vivienda del que venía disfrutando durante ese periodo temporal. Pero esta atribución no afecta a los titulares dominicales de la vivienda quienes en cualquier momento, sin necesidad de esperar al transcurso de los dos años, pueden recabar la posesión material de la vivienda. Así ha tenido ocasión de exponerlo con total claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2015 :

"Tal como afirma la STS 178/2011, de 18 de marzo " B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia de pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 , la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios."

Es cierto, así se dice en dicha sentencia, que la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus



propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda. Esta es la razón por la que el uso de dicho domicilio lo otorga de forma temporal, "hasta el momento en que se rescinda el contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de la demandante y demandado... o en el momento en el que desalojen la citada finca los actuales inquilinos si dicho desalojo se produce con anterioridad a la finalización legal del contrato"; supuesto en el que deberán abandonar inmediatamente la vivienda propiedad de los padres del demandado, ocupando como vivienda habitual otra propiedad de ambas partes, supuesto que aquí no se da."

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, el Sr. Ruperto se encuentre legitimando para instar la ejecución del título judicial y por tanto, para que se le entregue el uso de la vivienda que fuera familiar transcurrida en plazo de dos años desde la fecha de la sentencia por la que fue atribuida a la madre y los hijos mayores, a fin de que el padre puede volver a disfrutar el uso sobre dicha vivienda y todo ello sin perjuicio de los derechos dominicales del titular de la vivienda en cuanto al mantenimiento o extinción de dicho precario.

CUARTO .- La última cuestión que se planteaba en el recurso de apelación era la relativa a la pretendida pluspetición de la ejecución en cuanto que la sentencia no indicaba nada sobre el desalojo de la vivienda.

Sobre esta cuestión debemos indicar, tal y como se indicaba en la jurisprudencia invocada por la parte apelante, que *aunque la sentencia no contiene un pronunciamiento expreso sobre el desalojo de la vivienda una vez transcurrido dicho plazo este pronunciamiento se encuentra implícito en la decisión de la extinción del uso de la vivienda* en cuanto una consecuencia necesaria de la misma.

Por lo tanto, a tenor de lo dispuesto procede estimar el recurso de apelación y por tanto, dejar sin efecto el auto recurrido acordando la desestimación de los motivos de oposición formulado y debiendo continuar este procedimiento de ejecución por sus tramites legales.

QUINTO - En cuanto a las costas de la primera instancia, al haberse desestimado los motivos de oposición, procede imponer a la parte ejecutada las costas de la instancia de conformidad con el artículo 561,1,1º y el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En cuanto a las costas de esta segunda instancia, habiéndose estimado el recurso de apelación, no procede imponer a la parte apelante las costas del recurso según determinan los artículos 394.2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación.

LA SALA ACUERDA:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Ruiz Sánchez en representación de D. Ruperto contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Córdoba de 20 de septiembre de 2016 en el procedimiento de ejecución de título judicial nº 578/16, por lo que procede revocar dicho auto en el sentido de acordar que procede el despacho de ejecución. Con imposición de las costas causadas en primera instancia a la parte ejecutada y sin pronunciamiento en costas de esta alzada.

Notifíquese este auto a las partes, con indicación de que contra el mismo no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por este auto lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba reseñados en el encabezamiento. Doy fe.