



Roj: **SAP TF 978/2008 - ECLI:ES:APTF:2008:978**

Id Cendoj: **38038370042008100140**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **4**

Fecha: **20/02/2008**

Nº de Recurso: **600/2007**

Nº de Resolución: **49/2008**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PABLO JOSE MOSCOSO TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N.º 49 .

Rollo n.º 600/07.

Autos n.º 884/06.

Juzgado de 1ª Instancia n.º 5 de La Laguna.

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Pablo José Moscoso Torres.

MAGISTRADOS

Don Emilio Fernando Suárez Díaz.

Doña Pilar Aragón Ramírez.

=====

En Santa Cruz de Tenerife, a veinte de febrero de dos mil ocho.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación

interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de La Laguna, en los autos n.º 884/06,

seguidos por los trámites del juicio ordinario y promovidos, como demandante, por DON Germán y la entidad "GESTIONES HIPOTECARIAS DE TENERIFE S.L.", que han comparecido ante este Tribunal representados por el

Procurador Don Jaime Comas Díaz y dirigidos por el Letrado Don Pablo Fernando Coito Fontserre, contra DOÑA María Antonieta , representada en primera instancia por la Procuradora Doña Rosario Hernández Hernández y dirigida

por el Letrado Don Plácido Alonso Peña Fumero; ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo

Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Pablo José Moscoso Torres, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrada-Juez Doña María Mercedes Santana Rodríguez dictó sentencia el veinticuatro de julio de dos mil siete cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:



«FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Lorenzo Martín Sáez en nombre y representación de D. Germán y Gestiones Hipotecarias de Tenerife S.L. asistidos del Letrado D. Pablo Fernando Coito Fontseré contra Dña. María Antonieta representada por la Procuradora Dña. Rosario Hernández y asistida por el Letrado D. Plácido Alonso Peña Fumero y en su consecuencia debo absolver a la demandada de las pretensiones en su contra deducidas, todo ello sin hacer especial pronunciamiento en materia de costa en esta primera instancia. ».

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandante, DON Germán y "GALLARDO INVERSIONES INMOBILIARIAS S.A.", en el que solicitaba que se tuviera por preparado recurso de apelación contra tal resolución, petición a la que se accedió por el Juzgado mediante providencia en la que se acordó, además, emplazar a dicha parte por veinte días para la interposición de tal recurso; en el plazo conferido, se interpuso por escrito dicho recurso con exposición de las alegaciones en que se fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandada, DOÑA María Antonieta, presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos y mediante providencia de cinco de diciembre pasado, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día trece de febrero del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada desestimó la demanda en la que los actores pretendían la declaración de la prioridad de su título dominical frente a la posesión de la demandada de la vivienda sita en la C/ DIRECCION000, NUM000, Portal NUM001, Piso NUM002, de la Laguna, así como la condena de ésta al desalojo de la referida finca, dejándola libre a favor de sus propietarios. Dicha resolución se funda, en síntesis, en que en este caso los adjudicatarios de la finca subastada en el proceso de ejecución hipotecaria "no puede(n) esgrimir, frente al titular del derecho de uso atribuido en aplicación del art. 96 del CC, su condición de tercero hipotecario, pues falta el requisito de la buena fe" y ello porque, si bien tal derecho no había sido inscrito en el Registro de la Propiedad, constaba en el proceso de ejecución "mediante exhorto recibido del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de La Laguna", tal y como se expresa en la misma demanda que inició este procedimiento.

Los actores no están de acuerdo con esa decisión y han apelado la sentencia dictada, negando que tuvieran conocimiento del derecho de uso no inscrito en el Registro, al propio tiempo que entienden que con la resolución apelada "se anula de un golpe, íntegramente, la protección que durante siglos, ha concedido la constitución de préstamos con garantía hipotecaria...".

SEGUNDO.- Para la solución del recurso es preciso tener en cuenta los siguientes extremos de hecho que resultan de las actuaciones:

a) En escritura pública otorgada el 28 de junio de 1996, el Banco Hipotecario de España, S.A. concedió ciento veintiocho préstamos destinados a financiar la construcción de otras tantas viviendas, sobre las que se constituía garantía hipotecaria para asegurar su cumplimiento, a la entidad COBASA, entre cuyas viviendas se encontraba la ya mencionada.

b) Esta vivienda fue adquirida, en estado de soltero, por Don Carlos María en escritura pública otorgada el 8 agosto de 1997, subrogándose en el préstamo hipotecario correspondiente a la misma.

c) El día 10 de diciembre de 1998 se dictó sentencia de separación del matrimonio contraído por el Sr. Carlos María y la demandada, Doña María Antonieta, matrimonio que, según dicha resolución, "ha durado prácticamente ocho meses", pues se había celebrado el 6 de septiembre de 1997.

d) En dicha sentencia se atribuyó el uso de la vivienda familiar a la esposa porque "será ella quien ostente la guardia y custodia del hijo cuando nazca".

e) Ante el impago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (antes Banco Hipotecario de España) instó el procedimiento para exigir el pago de deuda garantizada por hipoteca, presentando la demanda pertinente el 31 de marzo de 2003.

f) En este procedimiento de ejecución, fue adjudicada la finca hipotecada a los actores (DON Germán y la entidad "GESTIONES HIPOTECARIAS DE TENERIFE S.L.") en común y pro indiviso "por partes iguales del 50%",



dictándose auto de adjudicación en 14 de febrero de 2005, en el que, además, se acordaba la cancelación la hipoteca y "en su caso, de todas las inscripciones y anotaciones posteriores" a la misma.

g) Con posterioridad y en el mismo proceso de ejecución, se solicitó por los adjudicatarios el lanzamiento de la demandada de la vivienda adjudicada, lo que se denegó por auto de 7 de junio de 2005, promovándose a continuación por aquéllos un incidente de nulidad de actuaciones, resuelto por auto de 2 de septiembre siguiente en el que se acordó "no haber lugar a la nulidad instada".

TERCERO.- La solución del recurso pasa por tener en cuenta, según considera la Sala, algunos principios y criterios legales y jurisprudenciales sobre las materias que suscita el litigio.

En primer lugar, que tal y como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 26 de diciembre de 2005, así como la de 31 de diciembre de 1994 que se cita en ella), la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y la atribución de éste a uno de los cónyuges en un proceso de separación o divorcio no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía.

En segundo lugar, que, como señala la primera de las sentencias citadas, la protección de la vivienda ligada a la de la familia opera en las relaciones entre cónyuges, pero no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte, porque no pueden serlo, en el procedimiento matrimonial, de manera que la sentencia dictada en proceso de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual; de la misma manera, hay que añadir aquí, tal sentencia no puede alterar la titularidad o los derechos preexistentes de terceros sobre la vivienda, que no pueden quedar afectados por tal resolución, extraña a esos terceros.

En tercer lugar que en el ámbito de la ejecución hipotecaria es de plena aplicación el principio de purga de cargas y gravámenes posteriores, pues el art. 134 de la Ley Hipotecaria -LH- señala que el testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación determinarán la cancelación, aparte de la hipoteca, de "todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción..."; es decir, la Ley opta por un sistema de "subsistencia" de cargas anteriores y de "purga" o extinción de todas las cargas y gravámenes posteriores, incluida la propia hipoteca que se ejecuta, de modo que la ejecución hipotecaria va a implicar la cancelación de todo derecho real o de crédito publicado con posterioridad a la hipoteca, y ello porque el adjudicatario ha de recibir los bienes judicialmente enajenados libres de toda carga o limitación que no sea anterior o preferente a su propio crédito, esto es, en el estado que tenían al ser inscrita la hipoteca.

En cuarto lugar, que al margen del carácter (personal o real) del derecho al uso a la vivienda familiar atribuido en decisión judicial al amparo del art. 96 del CC, se trata de un derecho que puede tener acceso al Registro de la Propiedad, pero bien entendido que, en caso de que no lo tenga, su titular no puede tener mejor condición que si hubiere accedido al misma.

Por otro lado y según lo antes señalado, el rematante o el adjudicatario traen causa del momento hipotecario representado por la inscripción de la hipoteca de cuya ejecución se trate, no le pueden ser oponibles actos posteriores, aunque se encuentren inscritos; es decir, si el adjudicatario trae causa de este preciso momento, en el que la finca se declara libre de cargas, el juego de los principios de fe pública (art. 34 LH) y de legitimación o exactitud registral (art. 38 LH) determina entonces que no le pueda ser opuesto el derecho de uso inscrito con posterioridad a la hipoteca. Y con mayor razón, le serán inoponibles cualesquiera actos que, siendo susceptibles de inscripción en el Registro, no la hayan efectivamente causado.

En quinto lugar, que precisamente por todo ello, ya el auto del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 1995 señala que para que la inscripción del derecho de uso en el Registro proteja a su titular, debe de anteceder a la hipoteca, es decir, su inscripción tiene que ser anterior a la de ésta.

CUARTO.- En función de los criterios y principios señalados, entiende la Sala que el recurso debe estimarse; en efecto, en el momento de la adquisición de la vivienda y constitución de la hipoteca por el esposo de la demandada, el mismo ni siquiera se encontraba casado, ni, desde luego, se había constituido el derecho al uso por la demandada; éste se estableció en sentencia dictada en el mes de diciembre de 1998, después de constituida la hipoteca; se trata, por tanto, de una carga o gravamen posterior, que ni siquiera fue inscrita en el Registro de la Propiedad y que, incluso en caso de que lo hubiera sido, resulta alcanzada por la "purga" establecida en el precepto ya citado, sin que se pueda oponer a los actores adjudicatarios porque estos traen causa del momento en que se constituyó la hipoteca, es decir, antes del matrimonio y de que se confiriera el uso a la demandada.

Por otro lado y si, como se ha señalado, el derecho de uso no puede generar un derecho antes inexistente y trae causa del derecho de su concedente (es decir, del esposo de la demandada), debe seguir el régimen de



éste y quedar resuelto por las mismas causas, no siendo aceptable una mayor protección del derecho de uso de la vivienda por parte de la familia del deudor hipotecario en las supuestas de crisis matrimonial de la que la misma familia gozaría de no producirse ésta.

En definitiva y como también se ha señalado por alguna Audiencia Provincial (sentencia de la de Zaragoza, Sección 5ª, de 15 de marzo de 1999), la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a la demandada no puede superponerse de manera preferente sobre una garantía hipotecaria constituida antes de contraer matrimonio con el titular de la finca que soportaba tal carga; y aceptar otra conclusión supondría una minusvaloración de la misma garantía hipotecaria que no tiene amparo suficiente en nuestro ordenamiento jurídico.

A lo anterior y según entiende la Sala, no se opone la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 , que contempla un caso más complejo de constitución de usufructo y posterior atribución de uso, en la que no se analizan los principios hipotecarios mencionados y que, por otro lado, ha podido ser matizada por la posterior ya citada de 26 de diciembre de 2005.

QUINTO.- Procede, en consecuencia, estimar el recurso y revocar la sentencia para, a su vez, estimar la demanda interpuesta y declarar la prioridad del derecho de propiedad de los actores sobre la posesión de la demandada, aunque no quepa (ni sea necesario) declarar la nulidad de su título posesorio, pues el mismo ni era ni ha devenido nulo, sin perjuicio de que se haya extinguido o no pueda oponerse frente a aquéllos; de igual modo, y como consecuencia de lo anterior, procede decretar el lanzamiento de la demandada de dicha vivienda, naturalmente sin perjuicio de que pueda ejercitar las acciones personales que le correspondan como consecuencia de la modificación que lleva consigo esta decisión, contra quienes deban responder por ello.

En cuanto a costas y procediendo, en lo sustancial, la estimación íntegra de la demanda, procede la imposición de las originadas en primera instancia a la demandada (art. 394 de la LEC), sin que por la estimación del recurso, deba hacerse imposición especial sobre las originadas en segunda instancia.

FALLO

En virtud de lo que antecede, LA SALA DECIDE:

- 1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar la sentencia apelada.
- 2.- Estimar la demanda interpuesta por los actores, DON Germán y entidad "GESTIONES HIPOTECARIAS DE TENERIFE S.L.", y, en consecuencia: a) declarar la prioridad de su derecho de propiedad de la vivienda descrita en la demanda sobre la posesión de la demandada, DOÑA María Antonieta ; b) decretar el desalojo de ésta de la referida vivienda con apercibimiento de lanzamiento, poniéndola a la libre disposición de los actores; c) imponer a la demandada las costas de primera instancia.
- 3.- No hacer imposición especial sobre las costas causadas con el recurso.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.