



Roj: **SAP GI 1004/2011 - ECLI:ES:APGI:2011:1004**

Id Cendoj: **17079370012011100313**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2011**

Nº de Recurso: **271/2011**

Nº de Resolución: **296/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

### SECCION PRIMERA

### GIRONA

### APELACION CIVIL

Rollo nº: **271/2011**

Autos: procedimiento ordinario nº: 342/2008

Juzgado Primera Instancia 2 La Bisbal d'Empordà

**SENTENCIA N° 296/11**

Ilmos. Sres.:

#### PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

#### MAGISTRADOS

Doña M<sup>a</sup> Isabel Soler Navarro

Doña Núria Lefort Ruiz de Aguiar

En Girona, treinta de junio de dos mil once

**VISTO**, ante esta Sala el Rollo de apelación nº **271/2011**, en el que ha sido parte apelante D<sup>a</sup>. Josefa, representada esta por la Procuradora D<sup>a</sup>. IMMACULADA BIOSCA BOADA y dirigida por el Letrado D. JOSE LUIS MANUEL HIDALGO; y también como parte apelante D<sup>a</sup>. Trinidad, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. MERCÈ CANAL PIFERRER y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. JOSEFA CABRERA AGUILERA; y como parte apelada Rodolfo, no comparecida en esta alzada.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado Primera Instancia 2 La Bisbal d'Empordà, en los autos nº 342/2008, seguidos a instancias de D<sup>a</sup>. Josefa, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Angeles Nobalvos Martí y bajo la dirección del Letrado D. Josep Lluís Solsona Cotela, contra D. Rodolfo, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Montserrat Cabello Paneque, bajo la dirección del Letrado D. Xabier Puig Malet, y contra D<sup>a</sup>. Trinidad, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Cristina Peya Estévez, bajo la dirección de la Letrada D<sup>a</sup>. Josefa Cabrera Aguilera dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "FALLO: SE ESTIMA íntegramente la demanda interpuesta por Benito, representada por el Procurador D<sup>ña</sup>. Monserrat Cabello Paneque, y ANULO la compraventa formalizada por escritura pública de 13 de diciembre de 2007, sobre la vivienda sita en la c/ DIRECCION000 núm. NUM000, NUM001 NUM002 de Palafrugell, inscrita en el Registro de La Propiedad de



Palafrugell, tomo NUM003 , libro NUM004 , folio NUM005 , finca núm. NUM006 , celebrada entre Trinidad y Josefa . Se desestima la demanda interpuesta por Josefa , representada por la Procuradora María Ángeles Nobalvos y se absuelve a Benito de las pretensiones frente a él ejercitadas. Se imponen las costas a Josefa y Trinidad " .

**SEGUNDO.-** La relacionada sentencia de fecha 15/10/2010 , se recurrió en apelación por la parte demandante y de una de las demandadas, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

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

**VISTO** siendo Ponente la lltma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. Núria Lefort Ruiz de Aguiar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-** Se interpuso recurso de apelación por DOÑA Josefa y DOÑA Trinidad , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 2 de La Bisbal de fecha 29 de octubre de 2010 , en la que se desestimó la demanda interpuesta por la apelante en ejercicio de la acción de división de cosa común y se estimó la acción de anulabilidad del contrato de compraventa sobre la finca cuya división se pretendía celebrado entre las apelantes, acción que fue ejercitada por D. Benito .

**TERCERO.-** I.- La actora DOÑA Josefa ejercitó la acción de división de cosa común respecto de la finca de la que es copropietaria con el demandado D. Benito al haberla adquirido por compraventa a DOÑA Trinidad el 13/12/07. El demandado D. Benito contestó a la demanda oponiéndose y manifestando haber interpuesto acción de nulidad del contrato de compraventa por el que habría adquirido la vivienda la actora, solicitando la acumulación de procesos al más antiguo. En el proceso que se sigue por la nulidad del contrato ambas codemandadas se opusieron sosteniendo la validez del mismo.

II.- La sentencia de instancia resuelve desestimando la acción de nulidad ejercitada con carácter principal y estimando la de anulabilidad ejercitada de forma subsidiaria, así como desestimando la acción de división de cosa común.

III.- La apelante DOÑA Josefa impugna la sentencia de instancia por entender que incurre en error de hecho en la valoración de la prueba y en infracción de normas sustantivas, en concreto el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 38 de la misma ley . Entiende que la vivienda de autos no tiene la condición de vivienda familiar por cuanto el apelado y su esposa no tuvieron hijos, por lo que únicamente es posible hablar de domicilio conyugal. Teniendo en cuenta que la también apelante y codemandada DOÑA Trinidad , manifestó en la escritura que la vivienda no era su residencia conyugal habitual, sólo de ella es predicable la mala fe. La apelante consultó el Registro de la Propiedad y adquirió la vivienda confiando en la información que aparecía en el mismo, sin que por otra parte hubiera podido averiguar la condición de cónyuges separados de los propietarios de la vivienda.

La apelante DOÑA Trinidad funda su recurso en que no concurre en la vivienda de autos la condición de residencia familiar que le atribuye la sentencia de instancia, lo que hace innecesario que concurra el consentimiento del otro cónyuge, así como que el actor en el procedimiento de nulidad no ha visto amenazado el uso que le fue atribuido por la sentencia de divorcio, único caso en el que procedería la nulidad que se pretende.

El apelado no impugna los recurso presentados.

**CUARTO.-** La presente resolución debe partir de la base fáctica que contiene la sentencia de instancia que no ha sido discutida y que se concreta en los siguientes hechos:

- 1.- D. Benito y DOÑA Trinidad contrajeron matrimonio y constante éste adquirieron por mitad proindiviso la vivienda objeto del presente litigio. El día 9/01/03 DOÑA Trinidad abandonó voluntariamente el domicilio conyugal, mientras D. Benito continuó residiendo en dicha vivienda.
- 2.- El día 13/12/07 DOÑA Trinidad vendió a DOÑA Josefa la mitad indivisa de la vivienda litigiosa. En el contrato de compraventa hizo constar que ésta no era su residencia conyugal habitual.
- 3.- En la fecha en que DOÑA Trinidad vendió la vivienda no había sido presentada la demanda de divorcio.
- 4.- La sentencia de divorcio atribuye a D. Benito el uso de la vivienda litigiosa hasta el momento en que se ejercite la acción de división de cosa común.



Antes de entrar a resolver sobre el fondo del asunto es preciso pronunciarse sobre la excepción procesal planteada por la apelante DOÑA Josefa , pues su estimación haría innecesario resolver sobre el fondo, así como por idéntico motivo, sobre la cuestión planteada por la apelante DOÑA Trinidad respecto de la no aplicabilidad al presente supuesto de lo previsto en el artículo 9 del C.F. en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 del mismo precepto.

La apelante DOÑA Josefa reproduce en el recurso la excepción procesal de defecto en la forma de proponer la demanda que ya planteó en la contestación. Cierto es que aparentemente la acción de nulidad y la de anulabilidad serían incompatibles entre sí pues no se pueden pretender a la vez cosas que resultan contradictorias, es cierto asimismo que la demanda no aclara si ejercita ambas acciones de modo acumulado o subsidiario, pero también lo es que, habiendo planteado la excepción en la contestación a la demanda la apelante no la reprodujo en la audiencia previa y de la sentencia resulta que la misma fue rechazada al entender el Juez a quo que el actor había ejercitado las acciones incompatibles de forma subsidiaria. A criterio de este Tribunal aun poniendo de manifiesto que la demanda resulta imprecisa en cuanto al modo en que se ejercitan las acciones y desde ese punto de vista no puede considerarse del todo correcta, en virtud del principio pro actione y teniendo en cuenta que la imprecisión en la forma de proponer la demanda no ha causado indefensión a las demandadas, procede rechazar este motivo de recurso.

La apelante DOÑA Trinidad funda el recurso en error de derecho por entender que en atención a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 9 del Código de Familia debió desestimarse la pretensión de anulabilidad al no alegar ni probar el actor que la compraventa pudiera afectar al uso de la vivienda que a él corresponde. El motivo debe ser rechazado pues al tiempo de realizarse la compraventa el matrimonio se encontraba separado de hecho de modo que el precepto invocado no resulta de aplicación. Por otra parte, aun en el supuesto en que se considerara aplicable dicho precepto es evidente que ello no obsta a la necesidad de consentimiento del hoy apelado en tanto sin duda la venta no podía respetar un derecho de uso que en dicho momento no había sido establecido en sentencia, pero es que además, vista la sentencia de divorcio y los términos en que se atribuye el uso de la que fue vivienda familiar al apelado, la venta realizada afectaría en cualquier caso al derecho de uso atribuido en la medida en que éste cesará en el momento en que se ejercite la acción de división de cosa común.

**QUINTO.-** Así las cosas la controversia en esta alzada se centra en determinar las siguientes cuestiones: a) tenía al tiempo de la compraventa el carácter de vivienda familiar la que fue objeto del contrato a los efectos previstos en el art. 9 CF vigente en dicho momento, b) actuó de buen fe la compradora DOÑA Josefa .

Tal como recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de febrero de 2011 "La protección de la vivienda familiar, como elemento de soporte y estabilidad de la propia familia, empieza en el año 1981 cuando la Ley 11, de 13 de mayo, introduce, entre otros, el art. 1320 en el Código Civil de 1889 por el que se establece que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. Este principio protector se recogió en el CC como régimen económico primario -aplicable fuese cual fuese el régimen económico que rigiese el matrimonio- para adaptar la legislación a la Constitución de 1978 y a los principios de protección a la familia derivados de la misma.

Este tipo de disposiciones reflejan la preocupación del legislador por solucionar el derecho a la vivienda con carácter general y particularmente por adaptar la regulación del mismo a las necesidades e intereses del individuo en su grupo familiar. Se pretende armonizar el derecho personal a la vivienda que corresponde a los miembros de la familia particularmente de los cónyuges con los intereses que uno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre la vivienda con el fin de evitar que el cónyuge con una posición jurídica más fuerte pudiese dejar sin hogar al más débil por actos de disposición no consentidos por ambos, incluso en situaciones de normalidad matrimonial.

En el derecho catalán se introdujo la acción de anulabilidad a través del art. 9 de la Compilación, según reforma efectuada por Llei 8/1993, de 30 de septiembre , viniéndose a resolver la dudas suscitadas por la eventualidad de la aplicación en Catalunya del art. 1320 C.C . Con la promulgación del Codi de Família por Llei 9/1998, de 15 de julio , quedó definitivamente configurado el principio por el también art. 9, en forma detallada y completa, disponiéndose en su apartado primero que, con independencia de cual sea el régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro o, en su defecto, sin la autorización judicial producida por razones de interés de la familia o por otra causa justa, no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, gravamen o, en general, de disposición de su derecho en la vivienda familiar o en los muebles de uso ordinario que comprometa el uso, aunque se refiera a cuotas indivisas. El acto efectuado en contravención a esta exigencia de consentimiento o autorización es anulable a instancia del otro cónyuge o de los hijos menores que convivan en la vivienda en el término de cuatro años."



Resolver sobre la primera de las cuestiones planteadas obliga a definir qué se entiende por vivienda familiar. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del CF, debe entenderse por domicilio familiar el que hubiere sido designado por el marido y la mujer de común acuerdo, si bien ante terceros se presume que lo es "aquél donde los cónyuges conviven habitualmente". En el presente supuesto no ha sido objeto de discusión que la vivienda litigiosa fue el domicilio familiar constante matrimonio, así como que ambos residieron en la misma hasta que se produjo la separación de hecho. Tampoco ha sido objeto de discusión que al tiempo de realizarse la venta los hoy litigantes se encontraban separados de hecho, no existiendo pues resolución judicial sobre el uso de la vivienda propiedad de ambos cónyuges. Es por ello que este Tribunal concluye que la vivienda vendida tenía al tiempo de realizarse la compraventa la consideración de vivienda familiar a los efectos de lo previsto en el artículo 9 del CF, pues lo fue mientras duró el matrimonio que en el momento en que se produjo la venta se encontraba sólo separado de hecho, sin que por lo tanto la vivienda hubiera perdido tal condición pese a que en ese momento los litigantes ya no convivían. Esta es la solución que resulta más acorde tanto con el derecho positivo como con la doctrina recogida en la sentencia del TSJC transcrita en el párrafo anterior, en tanto la protección que dispensa el artículo 9 del CF despliega sus efectos no sólo respecto

Sentado lo anterior resta por determinar si DOÑA Josefa es un tercero de buena fe. Cabe recordar que es objeto de controversia en esta alzada la eficacia de la compraventa celebrada entre las codemandadas, hoy apelantes, el 13/12/07, por lo que, como señala la Sentencia del TSJC antes citada "no nos hallamos ante la protección registral que dispensa el art. 34 de la Ley hipotecaria a los terceros hipotecarios, al discutirse en el presente caso la validez del propio acto de adquisición".

Como se ha señalado ya en el presente supuesto el 13/12/07 las apelantes otorgaron escritura pública de compraventa respecto de la que era vivienda familiar de la vendedora. En dicha escritura ésta señaló que no era su domicilio conyugal habitual, lo que siendo cierto no excluye el carácter de vivienda familiar que concurría en la que era objeto de la compraventa. La cuestión se centra en determinar si la compradora actuó de buena fe entendiendo que ello supone, como concluye la sentencia de instancia y recoge de modo pacífico la jurisprudencia, por todas la ya citada de 28/02/11 del TSJC, "un estado psicológico determinado por el desconocimiento o equivocado conocimiento de la realidad ( SS de 16 de marzo de 1981, 10 de febrero de 1983 y 6 de febrero de 1984 ) y, más concretamente en un error del adquirente acerca de la disponibilidad del derecho por parte del transmitente, no es menos cierto que ese estado psicológico tiene también un componente objetivo consistente en el comportamiento exigible según el modelo socialmente admitido y, en definitiva, en la diligencia con la que ha de actuar el sujeto para merecer amparo del ordenamiento y para que, en el conflicto suscitado, prevalezcan sus intereses. La buena fe obliga por tanto al adquirente a una conducta activa, extendida incluso a no omitir circunstancias o diligencia alguna para el logro de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente ( STS de 30-1-1060 )".

Aplicar la doctrina expuesta al presente supuesto lleva a concluir la ausencia de buena fe en la apelante en tanto no agotó la diligencia exigible para averiguar la relación de parentesco que unía a los codueños, pues no basta con la consulta a los registros públicos de los que resulta la titularidad, sino que, ante la situación de cotitularidad dominical que de éstos evidenciaban no la mínima diligencia exige recabar mayor información que podía haberse obtenido con facilidad contactando con el cotitular del bien, de tal forma que hubiera tenido la oportunidad de consentir la compraventa u oponerse a la misma.

**SEXTO.-** Por todo lo dicho, procede desestimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas del recurso al recurrente.

En los procedimientos seguidos por razón de una reclamación de cantidad inferior a ciento cincuenta mil euros, no se puede interponer recurso de casación, ni por interés casacional, según lo que ha venido reiterando el Tribunal Supremo en los autos de fechas 26.2.02, de 5.2.02 (tres de la misma fecha) y de 12.2.02 (siete de la misma fecha). Considera el Tribunal Supremo que las vías procesales del artículo 477.2 de la L.E.C. son distintas y excluyentes y, por este motivo, los asuntos por razón de la cuantía no pueden usar la vía del interés casacional (artículo 477.2.3) que queda reservada únicamente a los procedimientos seguidos por razón de la materia.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS:**

**DESESTIMAMOS** el recurso de apelación formulado por la representación del apelante D. Josefa Trinidad, contra la resolución de fecha 15/10/2010, dictada por el Juzgado Primera Instancia 2 La Bisbal d'Empordà, en los autos de nº 342/2008 de Procedimiento ordinario, de los que este Rollo dimana, y **CONFIRMAMOS** íntegramente el Fallo de la misma, con imposición a las apelantes de las costas de esta alzada.



No procede interponer recurso alguno contra la presente resolución.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Iltrma. Sra. Magistrada - Ponente D<sup>a</sup>. Núria Lefort Ruiz de Aguiar, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ