

ANEXO DE JURISPRUDENCIA (ESPAÑOIA)

La que sigue es una selección de jurisprudencia que permite comprobar, a partir de las cinco sentencias del Tribunal Supremo de España que se transcriben, tanto el rango legal y jurisprudencial que alcanza la protección a la vivienda familiar, como que instrumento legal de dicha protección no es solamente la norma que exige el acuerdo de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición y gravamen. Medio legal de articular la protección son también los preceptos que, en los casos de ruptura, prevén que los cónyuges o el juez decidan acerca de la atribución a uno de ellos del uso de la vivienda familiar. Ambas clases de normas existen en la legislación Salvadoreña, cuyo artículo 46 CF es análogo al artículo 1320 del Código Civil español y cuyos artículos 108 y 111 CF pueden ser equiparados al artículo 96 del Código Civil de España. El artículo 46 CF disciplina la protección de la vivienda familiar en una situación determinada de la familia, en que no se ha producido la ruptura y los artículos 108 y 111 CF la regulan cuando se ha producido la quiebra de la unidad familiar básica. Pero no debería ser discutible que unas y otras son normas de protección, si bien en muy diversas circunstancias de la familia.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1149/1992 (Sala de lo Civil), de 11 diciembre de 1992

Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete

En esta sentencia, el TSE trata de la naturaleza y efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges. Sostiene que, en caso de venta de la vivienda a un tercero por parte del cónyuge propietario a quien no se atribuyó el uso, dicho tercer adquirente no puede invocar con fortuna su derecho dominical para conseguir el desalojo del cónyuge a quien se atribuyó aquel uso. Menos en un caso como el examinado por el TSE, en que se detecta la falta de buena fe de dicho tercer comprador. (Para la mejor comprensión de la sentencia a la luz del derecho salvadoreño y especialmente de alguna afirmación contenida en ella, debe tenerse en cuenta que en el derecho español puede tenerse la posesión sin ánimo de dueño y sin la pretensión de llegar a serlo, lo que es diferente de la concepción que de la posesión se ofrece en el Art. 745 CC Salvadoreño).

D. José Luis H.L. formuló demanda de menor cuantía contra D^a Encarnación P.O. sobre acción reivindicatoria e indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de 1^a Instancia n^o 7 de Madrid dictó sentencia, el 8 de abril de 1988, desestimando la demanda. El actor apeló y la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 21 de marzo de 1990, desestimó el recurso. El demandante interpuso recurso de casación. El T.S. declara no haber lugar al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Origen del presente proceso es la acción reivindicatoria que ejercita el actor, hoy recurrente, sobre el piso 7.º de la Calle García de Paredes núm. 88, de Madrid, contra su actual ocupante. Extremos de naturaleza fáctica acreditados y aceptados por la sentencia recurrida son los siguientes: 1.º) Que en fecha 11-7-1978, se dictó Auto de medidas provisionales por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de los de esta capital, atribuyendo el uso del domicilio conyugal constituido por el piso reivindicado a la demandada-recurrida, en procedimiento de medidas provisionales entabladas por el otro cónyuge. 2.º) Que el 2-8-1978 el referido consorte donó el piso en cuestión a su hija doña Daniela Odilia W. 3.º) Que con fecha 9-3-1979, otorgó escritura pública de venta doña Daniela Odilia W. representada por su padre y donante don Adolfo W. G., en favor del actor-recurrente, titular registral actual; 4.º) Que decretada la nulidad canónica del matrimonio se dictó sentencia en autos de solicitud de medidas judiciales dimanantes de sentencia de nulidad dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 24 de los de Madrid, con fecha 20-4-1985 cuyo pronunciamiento tercero dispone «la actora doña Encarnación P. O., continuará, con la hija confiada a su custodia, en el uso del disfrute de la vivienda familiar». Tanto la sentencia de primera instancia como la de la segunda, que acepta sustancialmente la anterior, rechazaron la pretensión deducida en juicio.

SEGUNDO.- Opone a la sentencia impugnada, como primer motivo el actor-recurrente, bajo la tutela procesal del antiguo núm. 5.º del Art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la pretendida infracción del Art. 348 del Código Civil y doctrina jurisprudencial aplicable, a cuyo fin sostiene que la recurrida carece de título legítimo para mantenerse en la posesión de la vivienda objeto de reivindicación y, por ello, que debió habersele condenado en los términos propuestos en la demanda. Consecuentemente el problema que se plantea deriva de la naturaleza que deba darse al uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente, en aplicación de normas legales, no obstante ser en aquella fecha su dueño privativo el otro cónyuge, al cónyuge no propietario y efectos de este uso sobre el titular dominical de la vivienda, cuando éste sea una persona ajena a la relación matrimonial en crisis o extinta, y, más concretamente, cuando la dicha titularidad nace después de haberse determinado el uso por decisión judicial, a causa de un acto de disposición efectuado por el otro cónyuge o por quien trae derecho del mismo. Hoy en día, teniendo en cuenta las leyes vigentes [Art. 1320 y Art. 96 ambos del Código Civil, 94.1 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947\476, 642 y NDL 18733) y disposición adicional 9.ª de la Ley 30/1981, de 7 julio (RCL 1981\1700 y ApNDL 2355)], que obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, no parece dudoso que dicho

uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza su homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral, aunque tomando en consideración que el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del Art. 1320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal por el título que sea del bien en cuestión. Mas, si en la actualidad las normas ayudan a que se explicita con mayor claridad la calificación que ha de darse al uso de la vivienda familiar, estas circunstancias sobrevenidas no impiden que se precise si en el Derecho civil precedente cabía llegar en justicia a una conclusión distinta, esto es, si las situaciones injustas que, como reconoce el recurrente, «se daban para el interés familiar por hechos similares al que aquí nos encontramos», hacían indispensable, en la tesis del recurrente el cambio legislativo, o su solución, cabía también inferirse, en modo análogo al actual, de principios y normas vigentes con anterioridad a la reforma legislativa de 1981. La Sala comparte, acerca de la cuestión, el razonamiento que, en este sentido, recoge la sentencia recurrida, inclinándose por la interpretación doctrinal que sostenía la naturaleza «sui generis» de la situación jurídica especial del ocupante en virtud del título que en este caso se contempla, cuyo contenido debía ser integrado de acuerdo con los principios generales del derecho en armonía con el interés que la ley intenta proteger, de manera que, aunque el cónyuge propietario podía ejercitar sus facultades dispositivas, si enajenaba la vivienda, el tercer adquirente recibía la cosa con la carga de la ocupación y el ocupante (cónyuge no titular), sería considerado como un poseedor legítimo, interpretación plenamente aceptable pues, en otro caso, se primarían los actos fraudulentos del cónyuge propietario, a merced de cuya voluntad quedaría burlar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la complicidad de terceros poco escrupulosos en perjuicio del interés familiar más necesitado de tutela.

TERCERO.- Desde la precedente perspectiva mal puede prosperar la tesis del recurrente sobre la insuficiencia del título de la demandada con el consiguiente efecto de obtención de la posesión inmediata que interesa, pues no se trata de aplicar, en su caso, como sostiene, una doctrina jurisprudencial diferenciada de la tradicional que exige para que la acción reivindicatoria alcance buen fin que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama, la identificación de la misma y su detentación o posesión por la demandada, sino que, además, es preciso (cuestión obviada o silenciada en todos aquellos casos en que no se plantea una situación equiparable) que la posesión, no esté justificada por un título legítimo que sin necesidad de manifestarse

a título de dueño, y por tanto, con subordinación al de propiedad, no sea excluyente del uso de la cosa, según resulta de una elemental comprobación del contenido del Art. 432 del Código Civil acerca de los conceptos en que pueden ser poseídos los bienes, y de la jurisprudencia de esta Sala que explica la posible y admisible concurrencia de las especies de posesión indirecta e inmediata, respectivamente. Por lo dicho queda claro que, en principio, la atribución judicial del uso de la vivienda habitual a uno de los cónyuges, se erige en título legítimo, justificativo de la ocupación incluso frente a propietarios que traen causa del cónyuge, primitivo titular, en determinadas condiciones. Por ello, el motivo perece.

CUARTO.- Aduce, como segundo motivo de casación, por igual cauce que el ya examinado, la infracción del Art. 38 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732), en relación con los Arts. 34 de la Ley Hipotecaria y 1250, 1251 y 1462 del Código Civil. Supone, en este sentido el recurrente, a partir de la presunción de buena fe, que le favorece con dispensa de prueba (Arts. 1250 y 1251 del Código Civil) que no han sido aplicados en su beneficio, los citados preceptos de la Ley Hipotecaria especialmente en lo que concierne a la protección del tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparezca con facultades para transmitirlo. Pero olvida que la presunción de buena fe, aparece destruida por las afirmaciones fácticas que como probadas establecen las respectivas sentencias en tanto que la segunda hace suya expresamente la primera. Así, en esta última, se dice que el actor no ha acreditado la buena fe necesaria y aunque la dicción no es muy afortunada, si se examina el contexto fácilmente se deduce que los indicios vehementes que patentizan las intenciones contrarias a la buena fe de los contratantes actúan como elementos disuasorios de los efectos de la presunción que alega el comprador, sin que éste se haya esforzado en contraprueba alguna, pues la dispensa de prueba no tiene un alcance total, cuando el hecho que ampara se difumina con evidencias contrarias. Del mismo modo, la segunda sentencia que no deja de reconocer el principio de dispensa de prueba, mantiene tras una exposición cronológica de todas las circunstancias que llevaron al contrato de compraventa en cuestión, las que eufemísticamente denomina «sombras de duda razonables respecto de la pretendida buena fe por parte de los contratantes y personas que intervinieron en la relaciones contempladas», aunque, en realidad lo que dice es que la presunción de buena fe no ampara los actos realizados por el recurrente, pues de la prueba practicada y de las circunstancias de la operación se infiere que la buena fe no existía, como así se desprende de la propia donación a la hija del primer matrimonio ante la presencia del proceso de nulidad matrimonial, venta del piso por la donataria representada por su padre, poco después de conocerse el Auto de medidas provisionales, atribuyendo el uso y disfrute de lo que era

vivienda familiar a la demandada y su hija, cuantía del precio fijado para la compraventa y forma de pago tan fácil establecida, habida cuenta de las calidades y condiciones del mismo y la inexistencia de reclamaciones entre el vendedor y comprador pese al incumplimiento contractual, circunstancias todas que hacen sumamente inverosímil la concurrencia de buena fe contractual en el recurrente y conjunto de elementos probatorios más que suficiente para que se considere destruida la presunción que operaba a su favor, pues la prueba en contra de una presunción no tiene que ser directa, sino que basta la indiciaria o indirecta, con tal que sea fuerte y proporcione, como ocurre en el caso, indicios vehementes en contra, ya que la mala fe, habitualmente no se pregona y suele disfrazarse; de aquí, que como resalta la doctrina, con referencia al párrafo segundo del Art. 1320 del Código Civil aplicable por analogía al supuesto, la existencia de circunstancias de notoriedad o indicios de cognoscibilidad objetivos (entre ellos, previo examen de la vivienda) pueden llegar a descalificar la buena fe del adquirente, cuando pudiendo fácilmente conocerlos alega desconocerlos de hecho, y no cabe duda, que tanto el título previo a la adquisición (donación) como la actuación del propio donante como representante de la donataria para la venta, así como los demás elementos reseñados, en lo atinente, debieron mover al recurrente, si no actuaba ya con previo concierto, a conocer mejor la realidad subyacente, tras la venta, lo que de acuerdo con las reglas del criterio humano hizo. De aquí que al fallar el postulado de la buena fe sobre el que descansa la aplicación de los artículos que invoca, se rechaza también este motivo.

QUINTO.- La inviabilidad casacional de los motivos produce por imperativo legal la declaración de no haber lugar a la anulación de la sentencia de segunda instancia con imposición de costas al recurrente y pérdida del depósito constituido.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1199/1994 (Sala de lo Civil), de 31 diciembre de 1994

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo

En la STSE que sigue se contiene un concepto de vivienda familiar, que se configura como bien familiar, no patrimonial. Se insiste en que el derecho de uso que se atribuye tras la ruptura a uno de los cónyuges es oponible a terceros, aunque no puede generar un derecho anteriormente inexistente. Se sostiene también que la adjudicación del uso a uno de los cónyuges es un mecanismo de protección de la vivienda familiar.

Doña Carmen G. P. formuló demanda, en juicio declarativo

ordinario de menor cuantía sobre nulidad de escrituras de compraventa y de constitución de hipoteca, contra don José María B. P., «Ingeniería, Seguridad y Proyectos-Oficina Técnico Comercial, SA» y «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona dictó Sentencia el 10-1-1991 estimando la demanda.

En grado de apelación, la Audiencia dictó Sentencia el 27-6-1991 desestimándola.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos probados que conviene detallar antes de estudiar los motivos del recurso: A) La recurrente, doña Carmen G., estuvo casada con don José María B. P., cuyo padre, señor B. F., era propietario por compra en 25 de noviembre de 1980 de un piso que cedió en uso al matrimonio. B) El 3 octubre 1985 se dictó Sentencia de divorcio y entre las medidas acordadas, una atribuyó a la esposa e hijos el uso del domicilio conyugal. C) El 15 de diciembre de 1985 fallece el propietario del piso, es decir, con posterioridad al divorcio. D) Al fallecer el propietario, la actora, hoy recurrente, intentó anotar en el Registro de la Propiedad la atribución del uso de la vivienda familiar, siéndole denegada sucesivamente cada 60 días, extendiéndose asientos de presentación en 20 de octubre de 1987, 4 de enero de 1988, 16 de marzo de 1988, 31 de enero de 1988, 11 de agosto de 1988, 25 de octubre de 1988 y 10 de enero de 1989, porque no figuraba inscrita a nombre del esposo. E) El 5 de mayo de 1988, don José María B. P. acepta la herencia de su padre e inscribe a su nombre el piso por asiento de presentación de 22 de noviembre de 1988, e inscripción de dominio de 28 de noviembre de 1988. F) El 18 de octubre de 1988 vendió el señor B. P. la vivienda y el 23 de noviembre se presenta la escritura al Registro, inscribiéndose el 20 de diciembre de 1988. G) La sociedad adquirente, «Ingeniería, Seguridad y Proyectos-Oficina Técnico Comercial, SA», hipotecó la vivienda el 25 de octubre de 1988 a favor de la «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona», en garantía de un préstamo por escritura que se presentó al Registro el 21 de noviembre de 1988 y se inscribió el 28 de diciembre de 1988. La venta a la sociedad y la hipoteca se impugnan en este proceso y la Audiencia las declara válidas por haber actuado de buena fe el comprador y la Caja de Ahorros.

SEGUNDO.- Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en

los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90.B), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario. Protección que se hace patente en los supuestos de régimen normal de la familia fundamentalmente a través del artículo 1320 del Código Civil de aplicación general, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio y conforme al cual «para disponer de los derechos sobre vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o en su caso, autorización judicial». El citado artículo habla de «disponer de los derechos sobre la vivienda», por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho, en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda.

En las situaciones de crisis de la familia, el Código establece la protección del artículo 90 contenida en el convenio regulador, que ha de referirse entre otros extremos a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, y la protección del artículo 96 en el que contienen normas para la atribución de la vivienda atendiendo al interés más digno de protección y se conceden facultades al Juez para los supuestos de falta de acuerdo.

Pero siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y si sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso.

Esta era la situación de los cónyuges, hoy litigantes, que obtuvieron vivienda del padre del esposo, sin que se haya acreditado que se obtuviera en virtud de relación jurídica alguna creadora de un

derecho a poseer, por lo que el padre en cualquier momento habría podido recobrar la posesión de la vivienda que tenían los esposos por su tolerancia. Y en esta situación posesoria de los cónyuges sobrevino el divorcio y la decisión del Juez de familia (sin necesidad de entrar a conocer el vínculo jurídico en virtud del cual ocupaba el grupo familiar la vivienda) que aprobó el convenio en el que se atribuyó el uso a la esposa y descendencia.

Después de esta decisión judicial, oponible «erga omnes», aunque no generadora de un derecho real, el esposo que había poseído la vivienda con la familia, sin que haya acreditado que poseyera en virtud de derecho alguno protegido por el artículo 1320, devino propietario por herencia de su padre y la situación posesoria, que en vida de éste dependía sólo de su voluntad, pasa a depender de la decisión judicial, que protege a la familia en virtud de la aprobación del convenio, al amparo de los artículos 90 y 96 del Código Civil, y en esta situación se plantea el litigio sobre la validez de la venta de la vivienda familiar, efectuada por el esposo y la hipoteca posterior constituida por el comprador y la «Caixa D'Estalvis», que ha dado lugar a la sentencia desestimatoria que en este recurso se impugna.

TERCERO.- El motivo primero del recurso se funda en el número 4 del artículo 1692, por error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Como documentos cita la escritura pública de compraventa otorgada como vendedor por don José María B. P. a favor de «Ingeniería, Seguridad y Proyectos-Oficina Técnico Comercial, SA» de 17 de octubre de 1988, la escritura de constitución de hipoteca a favor de la «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona» de 25 de octubre de 1988, la certificación expedida por el Registrador de la Propiedad número 6 de Barcelona, acreditativa de las inscripciones, anotaciones preventivas, notas marginales y asientos en el Libro Diario, afectantes a las fincas registrales números 28020, 28022 y 28024.

Seguidamente, el recurrente dedica el cuerpo del motivo a fijarse en el estado civil de divorciado del vendedor, en la ausencia de toda mención sobre el carácter de la vivienda vendida o sobre su estado de ocupación, así como en el precio pactado para la venta y el dinero obtenido en préstamo hipotecario con garantía del piso para obtener la conclusión de que la sociedad compradora carecía de buena fe.

El motivo decae, porque siendo la buena fe un hecho, no queda desvirtuada por los documentos citados, todos los cuales carecen de mínimo carácter de literosuficientes que exige la jurisprudencia

para que prospere un motivo al amparo del antiguo número cuatro del artículo 1692, carácter que sólo tienen los documentos, cuya lectura permite comprobar el error padecido de su simple tenor sin deducciones o inferencias.

CUARTO.- El motivo segundo se plantea al amparo del número 5 del artículo 1692, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables a resolver las cuestiones objeto del debate.

Como normas infringidas señala los artículos 1232 y 1233 del Código Civil, y como demostración de la infracción designa la afirmación contenida en el fundamento de derecho quinto de la sentencia en la que se afirma que «"OTECOSA" no conocía la situación de hecho del piso». De esta infracción pretende nuevamente obtener la conclusión de que «en resumidas cuentas, la confesión de conocimiento del estado de ocupación de la vivienda hace prueba contra su autor y el hecho de que sostenga que no conocía la asignación de la vivienda no puede separarse del resto de las respuestas».

El motivo decae por diversas razones: la prueba de confesión no tiene más valor que las restantes pruebas, ni tiene carácter privilegiado [Sentencias de 11 noviembre 1988 y 28 febrero 1989 (RJ 1989\1411)], puede y debe apreciarse en combinación con las restantes pruebas practicadas [Sentencias de 2 marzo 1989 (RJ 1989\1748) y 26 febrero 1983 (RJ 1983\1077)], para que tenga fuerza probatoria contra su autor ha de ser explícita (Sentencia de octubre 1988) y aun en estos casos corresponde al Tribunal sentenciador deducir las conclusiones. Y en este caso de autos, ni hay contestaciones explícitas, ni del tenor de ninguna de las respuestas puede obtenerse la conclusión de que conocía el confesante el estado de ocupación de la vivienda, conclusión ésta de carácter subjetivo y obtenida por la propia recurrente que no puede sustituir el criterio objetivo e imparcial de la Sala de instancia.

QUINTO.- El motivo tercero tiende también a tratar de demostrar que los adquirentes de la finca no actuaron de buena fe. Ahora, acudiendo al apoyo del artículo 1695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y señalando como infringido por inaplicación, el artículo 1253 del Código Civil. Es decir, acusa a la Sala de instancia de no haber utilizado la prueba de presunciones para obtener la conclusión de que hubo mala fe en el adquirente.

El motivo decae porque es muy reiterada la doctrina [SSTS 5 noviembre 1990 (RJ 1990\8522), 18 julio 1990 (RJ 1990\5950), 2 julio 1985 (RJ 1985\3638), etc.], según la cual la posibilidad de impugnar en casación la no utilización por los Juzgadores de instancia de la

prueba de presunciones sólo es permisible en supuestos excepcionales, cuando partiendo de un hecho claramente constatado, del mismo haya de obtenerse necesariamente el hecho deducido, como consecuencia rigurosamente obligada e ineludible. Y esas circunstancias no se dan en el caso de autos, es más, la Sala de instancia analiza los hechos alegados por la actora, hoy recurrente, los valora y llega, en uso de sus facultades, a consecuencias distintas que el Juzgado y éstas han de ser mantenidas porque ningún dato abona la idea de que sean conclusiones contrarias a la lógica ni absurdas, únicos supuestos en que cabría declarar que la apreciación de las pruebas es contraria a las reglas de la sana crítica o al criterio humano. Sabido es, por lo demás, que en ocasiones hay diversidad de conclusiones no exentas de lógica [vid. Sentencia de 20 noviembre 1990 (RJ 1990\8986)].

SEXTO.- El motivo cuarto denuncia por la misma vía del número 5 del artículo 1692, la infracción del artículo 1320, párrafo 2.º del Código Civil, por aplicación indebida.

El razonamiento, en síntesis, sostiene: el artículo 1320.2.º no es aplicable al caso de autos, es aplicable y no se aplica el artículo 96.4 y este precepto permite anular la enajenación sin que la anulación de la venta pueda impedir la buena fe del adquirente, porque este precepto no contiene norma equiparable con el párrafo 2.º del artículo 1320 que protege al adquirente de buena fe.

El motivo decae porque el artículo 96.4 aunque excluya la aplicación del artículo 1320.2.º, en cualquier caso proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable «erga omnes» pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el Juez de familia que aprobó el convenio, que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio. Serán, en su caso, los adquirentes los que valorarán la incidencia del uso atribuido en el consentimiento, por ellos prestado, en el contrato de adquisición.

SEPTIMO.- Las costas se imponen preceptivamente al recurrente.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1073/1995 (Sala de lo Civil), de 16 diciembre de 1995

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Valcárcel y Gómez

Se sostiene en la siguiente sentencia que es compatible

que se atribuya a un cónyuge el uso de la vivienda familiar con el hecho de ser propiedad de ambos. Y que, para terminar con la situación de comunidad, puede darse lugar a la venta de la vivienda con adjudicación a cada cónyuge de la mitad del precio que se obtenga, si bien deberá respetarse y garantizarse en todo caso aquel derecho de uso.

Los hechos necesarios para el estudio de la sentencia se relacionan en su fundamento de Derecho Primero.

El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por doña María del Carmen L. P., contra la Sentencia pronunciada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias en fecha 12-3-1992, y declara la incongruencia de la sentencia dictada y la nulidad de su pronunciamiento relativo a la descalificación de la vivienda, cuya titularidad dominical se adjudica proindiviso a ambas partes, con independencia de que su valoración se relegue a su venta en pública subasta, a salvo entonces el derecho de atribución de su uso familiar en los términos judicialmente declarados, manteniéndola en todo lo demás.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón, en su Sentencia de 4 junio 1991, resuelve el litigio promovido por demanda interpuesta por la actora contra el codemandado en base a que por haberse declarado la separación de los mismos, y tras llevarse a efecto la liquidación de la sociedad de gananciales, con intervención de los correspondientes contadores y contador dirimente, se impugna por la misma la liquidación efectuada; en citada demanda (todo ello al amparo de la normativa correspondiente, artículos 1057 y siguientes del Código Civil y 1078 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre todo a través del cauce correcto del artículo 1088), expresamente se solicita se dicte sentencia «en la que se condenase al demandado aceptar la liquidación de la sociedad de gananciales formada por él mismo con su esposa, de acuerdo con los siguientes términos: a) Activo de la sociedad de gananciales: 16.623.509 ptas., formado por los muebles que se valoran en 150.000 ptas. el vehículo que se valora en 150.000 ptas. y la vivienda que se valora en 1.323.509 ptas. (valor máximo en el momento de presentar la demanda según certificación del Principado de Asturias). b) Hijueta para el esposo: 811.754 ptas. c) Hijueta para la esposa: 811.754 ptas. d) Adjudicación en pago de haberes a don Juan S. M.: el dominio del vehículo, debiendo ser compensado en metálico por doña Carmen L. P. con la cantidad de 661.755 ptas. e) Adjudicación en pago de haberes de doña Carmen L. P.: el dominio de los muebles y de la vivienda,

debiendo de abonar en metálico a don Juan S. M. por el exceso de adjudicación la cantidad de 661.755 ptas.», a cuya demanda se opuso el demandado incorporando en su contestación una reconvención implícita, por cuanto solicitó que se desestimara la demanda o en todo caso se aprobaran las operaciones divisorias y adjudicaciones contenidas en el cuaderno particional presentado por esta parte, o en todo caso el del partidor dirimente; esa sentencia estima en parte la demanda, y subraya en su Fundamento Jurídico 2.º, que «en suma el debate queda centrado en torno al avalúo y adjudicación de la vivienda para uso familiar, que en la actualidad disfruta la esposa por habérselo declarado así judicialmente; en su Fundamento 3.º, se declara la vigencia de las normas de uso de Viviendas de Protección Oficial, en el sentido de que el valor de las mismas no podrá exceder del máximo legalmente establecido, conforme al artículo 29 del Texto Refundido de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Real Decreto 12 noviembre 1976 (RCL 1976\2437 y ApNDL 14179) y demás garantías que constan sobre el precio, y asimismo, porque según la doctrina jurisprudencial es nulo el precio que exceda del máximo del mercado; y -Fundamento Jurídico 4.º- después de mantener la adjudicación solicitada sobre el resto de los bienes, establece la comunidad de bienes sobre la vivienda en cuestión y dicta la sentencia indicada estimatoria en parte de la demanda en la que se fija, por un lado, el valor de la vivienda ganancial en 1.323.509 pesetas -valor oficial de la misma-, y por otro se asigna por iguales partes en comunidad la susodicha vivienda; sentencia que fue objeto de apelación por la demandada -según dice la Audiencia en su Antecedente de Hecho 2.º-, cuyo recurso se resolvió por la de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6.ª en 12 marzo 1992, en la cual, en punto a ese fundamental tema de adjudicación de la vivienda, en su Fundamento Jurídico 3.º se razona, que teniendo en cuenta que la misma está sometida al Régimen de Protección Oficial cuyo precio es de 1.323.509 pesetas y que al tiempo de la presentación de la demanda en el mercado libre alcanzaría «al menos un precio de 8.000.000, y sobre todo que si se mantuviese la adjudicación de la misma a favor de la esposa con el deber de ésta de compensar al marido en la mitad de ese precio oficial, se produciría un enriquecimiento injusto, conduce a la conclusión de que lo más adecuado y equitativo es proceder a la descalificación de la susodicha vivienda mediante los anticipos correspondientes, con lo cual el precio de la misma se regiría por la ley del mercado libre, y bien procediendo a su venta y distribuyéndose el precio por mitad si así lo acordasen los interesados o bien adjudicándolo a uno de los cónyuges a cambio del abono al otro de la mitad del precio libremente obtenido no se produciría perjuicio a ninguno de los esposos»; en el Fundamento Jurídico 4.º, se argumenta que dicha resolución no implica incongruencia con lo manifestado por las partes, dado que lo interesado por la recurrente fue la liquidación de los bienes gananciales que formaba con su esposo;

a lo que ahora se accede rectificando en lo posible -por razones de equidad-, lo dispuesto en la sentencia de primera Instancia, y todo ello, para mantener el equilibrio proporcional en las adjudicaciones a tenor de lo dispuesto en los artículos 3, 1061 y 1410 del Código Civil; en el Fundamento Jurídico 5.º, se razona el por qué es procedente la descalificación de la vivienda mediante los abonos procedentes a los Organismos Oficiales, y «hecho determinar el valor en el mercado de la repetida vivienda»; emitiéndose el fallo revocando parcialmente la sentencia dictada, contra cuya decisión se interpone el presente recurso de casación por la esposa actora, con base a los siguientes motivos que se analizan por la Sala.

SEGUNDO.- En el primer motivo, se denuncia al amparo del artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de las normas reguladoras de la sentencia por haber incurrido la misma en el desvío de incongruencia del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues se afirma que «el demandado en ningún momento formuló en su contestación a la demanda la solicitud que la vivienda fuese descalificada ni valorada según el precio del mercado, ni que se adjudicase por partes iguales el valor real de la vivienda una vez establecido». En el segundo motivo se denuncia al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico, fundamentalmente las relativas a la legislación de las Viviendas de Protección Oficial que en sus artículos 27 a 29 del Real Decreto 2960/1976 especifican la cuantía máxima de los precios de venta de las Viviendas de Protección Oficial. En el tercer motivo se denuncia, por igual vía jurídica, la infracción por inaplicación del artículo 147 del Decreto 2114/1968 de 24 julio (RCL 1968\1584, 1630, 2063 y NDL 30714), así como las demás normativas que cita, en donde se afirma (artículo 20 del Real Decreto 3148/1978 [RCL 1979\126 y ApNDL 14199]) que la modificación de la calificación definitiva, una vez concedida sólo podrá ser modificada o anulada en los casos que se indican. En el cuarto motivo, se denuncia por idéntica fórmula, la infracción de lo dispuesto en los artículos 1062 en relación con el 1410 del Código Civil, afirmándose que gozando la esposa del uso y disfrute de la vivienda atribuida por la sentencia de separación, debe ser a la misma a quien se atribuya la propiedad exclusiva de citada vivienda, y siendo la petición formulada por el demandado de que se mantenga la indivisión y no habiéndose ejercitado en ningún momento el que la vivienda sea vendida en pública subasta, la sentencia impugnada ha incurrido en motivo de casación al acordar cuanto se dispone en el número 4 de su parte dispositiva, por todo ello, se interesa que tras apreciar la incongruencia se resuelva declarando lo pedido en el recurso, conforme al también «Petitum» de la demanda.

TERCERO.- La Sala, y tras precisar que la primera sentencia

fue objeto del recurso de apelación, por la actora, hoy recurrente y no por el demandado como, por error, se dice en citado Antecedente de Hecho número 2 por la Sala «a quo» expresa en torno al primer motivo que debe emitir un juicio admisorio, porque, en efecto la sentencia recurrida (y sin perjuicio de las razonables justificaciones que expone en sus Fundamentos Jurídicos 3.º y 4.º, para introducir el favor de que por las partes se proceda a la previa descalificación de la susodicha vivienda mediante los anticipos correspondientes, para después poder enajenarla o poder determinar el valor de mercado de la citada vivienda), ha incurrido en la denunciada incongruencia por cuanto ni por la parte actora se planteó dicha petición, sino entre otras que exclusivamente se fijase el valor de la vivienda en 1.323.509 pesetas; y que asimismo se le adjudicase a la misma, debiendo abonar en metálico al demandado la cantidad correspondiente de 661.755 pesetas; y tampoco por parte del demandado se introdujo esa petición, ya que en su demanda se pidió la desestimación en su contestación a la demanda, y en todo caso, como reconoce la propia actora al emitir dicho motivo, que se aprobasen las divisiones o adjudicaciones de su correspondiente cuaderno o el confeccionado por el Contador dirimente; es claro, pues, no cabe compartir que la Sala «a quo» haya estimado así en parte la pretensión planteada, porque -se repite- sin perjuicio de las razones de equidad que expone para su decisión, se subraya, que al imponer la misma una evidente prestación personal un «facere», a las partes, no planteada en el litigio, la incongruencia por razón de la materia o consideraciones cualitativas «extra petita», es evidente, por lo que la admisión del motivo conlleva a extirpar dicho pronunciamiento de la sentencia, con los efectos correspondientes.

CUARTO.- En relación con los demás motivos del recurso, la Sala resalta que, efectivamente, tratándose de la liquidación de una sociedad de gananciales, no sólo razones de equidad habrán de presidir el criterio decisorio de los Tribunales, sino que el mismo habrá de atenerse a la normativa que rige al respecto, contemplada en especial en los artículos 1344, 1404, 1406 y 1410 en relación con los 1061 y siguientes todos del Código Civil, así y según lo dispuesto en el 1344 del Código Civil, se deberán atribuir los bienes gananciales por mitad al disolverse la misma; el 1404 prescribe que el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales que se dividirá por mitad entre marido y mujer, o entre los respectivos herederos; en el 1406, se establece el elenco de bienes que con preferencia habrán de adjudicarse en el haber de uno o de otro de los cónyuges; en el 1410, precepto nuclear de esta materia, sanciona que en todo lo no previsto en esta normativa específica, y en singular para estas adjudicaciones, se estará a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia, por lo cual, se remite a lo dispuesto en los artículos 1051 y siguientes en los que sobresale, por un lado, el artículo 1061, o sea, que en la partición

de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes a fin de adjudicar a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, realidad o especie, y por otro en el artículo 1062 se establece en su párrafo 1.º, que cuando una cosa sea indivisible, o desmerezca mucho por su indivisión, podrá adjudicarse a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero y que -2.º párrafo- cuando alguno de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, bastará para que así se haga.

QUINTO.- Conforme a los anteriores antecedentes y normativa, la Sala subraya las siguientes circunstancias significativas en el recurso:

1.º) Que siendo la única discrepancia la relativa a la adjudicación y valoración del inmueble actualmente disfrutado por resolución judicial como vivienda familiar por la esposa, es claro, que la pretensión de ésta según su «petitum» y por las razones que aduce de su actual derecho de uso de la vivienda, de que se le adjudique la propiedad de la misma -apartado E, de su «petitum»-, habiendo de compensar al marido a tenor de la valoración de dicha vivienda en el importe de 1.323.509 pesetas, como valor máximo según el Régimen de Viviendas de Protección Oficial, en el 50% de esta suma, es una petición a todas luces que vulnera el específico módulo de igualdad de citado artículo 1061, ya que es evidente se elude crasamente ese mandato con pretendida adjudicación, pues sería hasta superfluo resaltar que, por razones de mercado, el precio y, sobre todo el valor real de la vivienda es muy superior al que postula la actora.

2.º) Con independencia de cuál sea el tratamiento de las viviendas sometidas al Régimen Especial y el carácter más o menos vinculante de sus previsiones, no se ignora -como se especifica en la impugnación del recurso-, que tales sanciones se refieren, entre otras, a tenor de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 del Real Decreto 2960/1976, a prohibir expresamente el percibo de cualquier sobreprecio sobre el precio máximo fijado (sin que sea menester ahora reflexionar sobre el grado de eficacia sustantiva de esta prohibición, dentro de las relaciones intersubjetivas, al no ser tema «decidendi»), y que, en el caso de autos, no se está, pues, en el supuesto de hecho de que se trate de vender dicha vivienda, sino, estrictamente en el cómputo de su valor a efectos de que las adjudicaciones al esposo y a la esposa reflejen ese criterio legal de igualdad.

3.º) Tampoco se puede olvidar que en la reconvencción implícita intercalada por el esposo demandado (hoy recurrido) se solicita expresamente que se actúe en cuanto a la valoración a aplicar lo decidido por el Contador dirimente (folio 37), que la valoró conforme

al mercado en 8.000.000 de pesetas, o bien conforme al Contador partidario propuesto por la propia parte (folio 34) que lo evalúa según precio de mercado en 8.500.000 ptas., si bien esta posición de la parte demandada no es ahora atendible, al haberse aquietado con la primera sentencia del Juzgado.

4.º) Y por último, acorde con la decisión que se emite de adjudicación en proindiviso de la vivienda y la eventual disposición de la misma, habida cuenta su no cuestionado derecho de estar atribuido su uso familiar judicialmente a la recurrente, se reproduce cuanto se expuso, en cuestión análoga, en la Sentencia de esta Sala de 14 julio 1994 (RJ 1994\6439), aplicable «mutatis mutandis», que decía: «...no puede olvidarse, que ese derecho divisorio que se ejercita por la actora, subsigue a la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por una normativa específica, que ha acontecido a resultas del proceso de separación personal de los cónyuges, y que, como efecto común, recogido en el Capítulo IX, Título IV, Libro I, artículos 90 y siguientes del Código Civil, establece que la sentencia en que se decreta la separación personal de los cónyuges, en defecto de acuerdo de los mismos, aprobada por el Juez asignará el uso de la vivienda familiar, y los objetos de uso ordinario que a ella corresponde, a los hijos y al cónyuge, en cuya compañía quedan, prescripción que, cualquiera que sea la ulterior vicisitud que padezca esa vivienda, habrá de quedar debidamente garantizada so pena de vaciar de imperatividad ejecutoria lo así fijado judicialmente... cuanto se argumenta, no basta, a que quepa coordinar o compaginar las repetidas situaciones jurídicas, esto es, la del mantenimiento del derecho, ya preexistente, que otorga a la recurrente el uso de dicha vivienda familiar, en las condiciones en que está recogida en la citada sentencia de la Audiencia de Valladolid (y por supuesto, en tanto se mantengan o persistan los supuestos de hecho tenidos en cuenta por esta decisión en relación con lo requerido en la norma aplicada, el artículo 96.1 del Código Civil) y la derivada de que con posterioridad se habilite ese derecho divisorio accionado con base a los artículos 400 y siguientes del Código Civil, en el sentido pragmático de que, aun cuando se reconozca este derecho, y se proceda, incluso, a la ejecución divisoria de lo así acordado, en caso alguno, ello puede afectar ni erosionar el mantenimiento del derecho así reconocido en la tutela de la situación familiar, devenida tras la separación de los cónyuges... todo lo cual produce, que deba, por un lado, acogerse en parte el contenido de los motivos, en cuanto a la indemnidad, mientras dura la temporalidad del disfrute de esos derechos de uso, lo que tampoco puede provocar la desestimación total de la demanda, por cuanto que el derecho a la división reconocida ha de mantenerse, si bien, se reitera, bajo la limitación de que se hará sin perjuicio del contenido satisfactivo del susodicho derecho al uso de la vivienda familiar...». En consecuencia con lo anteriormente expuesto,

la Sala tras recuperar la soberanía enjuiciadora a resultados de la admisión del primer motivo según prescribe el artículo 1715.1.3.º, resuelve que tras esa declaración de incongruencia, debe estimarse en parte la demanda, exclusivamente, en lo referente a las otras peticiones no cuestionadas, y en cuanto a lo concerniente a la pretendida adjudicación del inmueble desestimarla, por cuanto es aplicable en parte lo resuelto por el juzgador de instancia respecto a la adjudicación en comunidad de la vivienda en cuestión a ambos esposos y, en consecuencia, en punto a su valoración pueden cualquiera de las partes actuar a tenor de lo dispuesto en el artículo 1062, párrafo 2.º, en cuyo caso, el valor que se obtenga en esta pública subasta será justamente sobre el que tenga derecho el 50% cada uno de los litigantes, y sin perjuicio de, en su caso, la indemnidad sobre el derecho de uso familiar de la misma en los términos previstos en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, por lo que procede dictar la correspondiente resolución, sin que a tenor del artículo 1715.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, proceda imposición de costas en ninguna de las instancias, al hacer uso el Tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los artículos 523, 710 y 873 de dicha Ley, aplicables en su caso al litigio.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 278/1997 (Sala de lo Civil), de 4 abril de 1997

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz

La STSE que sigue aborda la cuestión relativa a la naturaleza del derecho de uso a la vivienda familiar que se atribuye a uno de los cónyuges, del que dice que es un derecho de ocupación oponible a terceros, a la vez que resta trascendencia práctica al problema de si se trata de un verdadero derecho real o es otra su naturaleza.

Los antecedentes necesarios para el estudio de la sentencia se resumen en su primer fundamento de derecho.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña M^a Francisca E. A. respecto a la Sentencia de 18-3-1993 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente tema se centra en una cuestión muy simple jurídicamente y muy complicada fácticamente. La cuestión jurídica se refiere a la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales. Se produce la disolución «ipso iure» de la comunidad

cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges, tal como dispone el artículo 1392, núm. 3, del Código Civil de acuerdo con lo que prevé, con carácter general, el primer párrafo del artículo 95. La disolución de la comunidad de gananciales implica la división de las ganancias entre ambos cónyuges, es decir, la liquidación, tal como expresa el primer inciso del artículo 1396, cuya liquidación sigue unos pasos que regulan con detalle los artículos siguientes, aunque éstos contemplan el caso de concordia entre las partes, pero no el de enfrentamiento personal y jurídico. Este último es el presente caso, que se ha llevado al proceso declarativo la determinación de la ganancialidad, activo y pasivo, el pago de éste y la distribución del final resultante, concretado a unos bienes concretos. Es decir, tal como dice la Sentencia del Juez de 1.ª Instancia núm. 2 de Eibar, confirmada en apelación, la acción ejercitada pretende determinar los bienes o porcentajes de los mismos que son privativos de cada cónyuge y de la sociedad de gananciales existente hasta la disolución de la misma, así como si existen o no cargas o deudas que pesen sobre esta última, todo ello como premisa previa e indispensable para la posterior liquidación y adjudicación a cada cónyuge de los bienes y derechos correspondientes.

Dicha acción ha sido ejercitada por el esposo don José Miguel A. contra su esposa doña Francisca E. y ha sido estimada parcialmente. La sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección 1.ª la ha confirmado íntegramente.

Contra la misma, la esposa ha interpuesto el presente recurso de casación, apoyado en tres motivos. Hay que destacar que ambas partes están conformes, como no podía ser menos, en la disolución de la comunidad de gananciales producida por la sentencia de separación matrimonial y en la necesaria liquidación de la misma, ya que ambos extremos los impone el Código Civil. Toda la polémica se reduce al tema fáctico de qué bienes son gananciales o privativos y en qué proporción; cuáles son las cargas y la adjudicación a cada uno de los cónyuges.

SEGUNDO.- Los motivos de casación los formula la parte recurrente al amparo de lo dispuesto en los números 3.º y 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil genéricamente, sin distinguir, aunque ciertamente, al examinar los mismos, es claro que se fundan en el núm. 4.º

En primer lugar, se analiza el motivo 2.º que se refiere a hechos: se alega la infracción de los artículos 1231 y siguientes del Código Civil y 580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la prueba y efectos de la confesión en juicio. Sin embargo, al desarrollar

este motivo, hace abstracción de dos extremos, que lo hacen inadmisibles. En primer lugar, como dice la Sentencia de este Tribunal de fecha 30 enero 1997 (RJ 1997\151) «la confesión en juicio no tiene un valor probatorio superior a los demás medios de prueba y que se valorará en relación con los mismos. En relación al caso presente, la sentencia de instancia ha valorado exhaustivamente y con todo detalle la prueba practicada y ha llegado a unas conclusiones fácticas que no son ni pueden ser combatidas en casación». En segundo lugar, a través del mismo se pretende la revisión o reconsideración de los hechos de los que parte la sentencia de instancia. Lo cual está vedado en casación, so pena de convertirla en una tercera instancia.

En la redacción de este motivo, se añade al final la alegación de incongruencia y vulneración del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no tiene sentido ya que se mezcla con el tema de confesión en juicio, con el de confesión extrajudicial del artículo 1354 del Código Civil y con las normas de los artículos 1358 y 1359 del Código Civil sin razonamiento alguno que permita su admisión y con una mezcolanza de conceptos y de normas que ni han sido alegados anteriormente ni han sido utilizados en las sentencias de instancia.

TERCERO.- El primero de los motivos de casación alega la vulneración de los artículos 91 y 96 del Código Civil en relación con el 2 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732) y el 7 de su Reglamento (RCL 1974\476, 642 y NDL 18733).

El artículo 96 del Código Civil prevé la atribución a uno de los cónyuges (en el presente caso se había atribuido a la esposa y al hijo) de la vivienda familiar. Cuando la atribución se hace a quien es propietario de la vivienda, coinciden titularidad y posesión, pero éste no es el caso habitual y desde luego no es caso conflictivo. Lo frecuente es que se atribuya a quien no es propietario total o parcial. En el presente caso, se atribuyó a la esposa siendo la vivienda parte ganancial y parte privativa.

La atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, en la sentencia de separación conyugal, según el artículo 96 y con la temporalidad y provisionalidad que señala el artículo 91, no es un derecho de usufructo como pretende la recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros (Sentencia de 11 diciembre 1992 [RJ 1992\10136]) sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real; «derecho real familiar» dice la Sentencia de 18 octubre 1994 (RJ 1994\7722); «no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real», dice la de 29 abril 1994

(RJ 1994\2945). En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso: Sentencias de 22 diciembre 1992 (RJ 1992\10684), 14 julio 1994 (RJ 1994\6439) y 16 diciembre 1995 (RJ 1995\9144) y, en último término a la familia: «la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso...» dice la Sentencia de 31 diciembre 1994 (RJ 1994\10330).

En definitiva, no se duda del derecho de ocupación, provisional y temporal, de la vivienda conyugal que fue atribuida a la esposa y al hijo, aplicando lo dispuesto en los artículos 91 y 96 del Código Civil por la sentencia de separación conyugal. Y la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, atribuye a la esposa, recurrente en casación, la plena propiedad de la misma. Coincide en ella, la titularidad de la propiedad, por adjudicación en liquidación de gananciales y aquella atribución del derecho de ocupación, por la separación conyugal.

No aparece infracción de norma alguna en las sentencias de instancia en tal atribución ni en la ausencia de su valoración en este momento de liquidación de comunidad ganancial, pues no es una carga (a favor de la esposa recurrente) que infravalore la propiedad (que es de la esposa recurrente). El motivo, pues, debe ser desestimado.

CUARTO.- El tercero de los motivos de casación considera infringidos los artículos 1339 y 1353 del Código Civil. En la sentencia de 1.^a Instancia, confirmada en apelación, se declara probado que el esposo, recurrido en casación, aportó una cantidad de dinero en la compra de la casa, «al haber recibido el señor A. A. para sí de su madre la citada cantidad a título gratuito».

Este motivo del recurso pretende que tal cantidad era ganancial pues la madre la había donado conjuntamente a los esposos. Pero en la sentencia se dice precisamente, como hecho acreditado, lo contrario, por lo que la consecuencia jurídica es que fue una donación de la madre al hijo, por tanto, bien privativo y así lo han considerado las sentencias de instancia. Por lo que el motivo debe ser desestimado.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 905/1994 (Sala de lo Civil), de 18 octubre de 1994

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil

En esta sentencia se sigue insistiendo en que la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges es

un derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad del párrafo cuarto del Art. 96 CC. Debe precisarse que en dicho párrafo se ordena que si, por no haber hijos del matrimonio, se adjudica el uso al interés más necesitado de protección y este cónyuge no es el propietario de la vivienda, sino el otro, la resolución que lo establezca deberá precisarse el tiempo durante el que se podrá ejercitar este derecho. Cuando la atribución viene determinada por la existencia de hijos que quedan en compañía del adjudicatario, no se ordena que se precise el plazo, lo que podrá o no hacerse en la correspondiente resolución judicial.

D^a María del Rosario C. P. y sus hijos D. José y D^a María-Luisa F. C. formularon demanda, en juicio declarativo ordinario sobre reivindicación de posesión de vivienda ocupada por esposa separada a cargo de usufructuaria, contra D^a Berta V. M. y D. Juan F. C. este último en rebeldía.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Barcelona dictó Sentencia el 28-2-1990, desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Audiencia dictó Sentencia el 9-7-1991 por la que, estimando parcialmente la demanda, declaraba «que la demandada doña Berta V. M. ocupa sin título alguno la vivienda del piso 5º, puerta 1ª de la casa 118 de la calle Girona de Barcelona y en su consecuencia se le condena a dejarlo libre vacuo y expedito dentro del plazo legal a disposición de la usufructuaria...»

La demandada interpuso recurso de casación.

El TS declara haber lugar al recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia y confirma la pronunciada por el Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente doña Berta V. M. denuncia en el cuarto motivo -al haberse inadmitido los tres primeros referentes a error en la apreciación de la prueba-, infracción de los artículos 334.3 y 1280.1 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732), relacionados al 1564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al amparo del número 5.º del precepto 1692 de esta Ley, para sostener que el objeto del pleito se concreta a la reivindicación posesoria y consiguiente desalojo de la vivienda que ocupa la que recurre en el piso 5.º.1.ª, del edificio sito en la calle Girona, 118 de Barcelona, ya que dicha vivienda carece de inscripción y por tanto no se acreditó la existencia de derecho real alguno que ampare la postulación de las recurridas.

El motivo ha de ser rechazado, pues viene a hacer supuesto de la cuestión, cuando quedó probado y así lo declaró la sentencia combatida -lo que se presenta firme en esta casación-, que el piso tiene existencia física real y se halla integrado en el inmueble referido, formando parte de su estructura material. Buena prueba de ello es que sirve de vivienda familiar a la recurrente y la controversia se proyecta directamente sobre el mismo, por lo que es incuestionable su realidad constructiva que se presenta y opera en el tráfico jurídico, con independencia de que carezca de inscripción en el Registro de la Propiedad e incluso pueda representar edificación al margen de la normativa urbanística.

El causante y testador, don Antonio F. O. integró la vivienda en su propiedad, ya que aparece como titular dominical de la misma y, por ello, a su fallecimiento, pasó a completar su caudal relicto, al que accedieron por su condición de herederos, los hijos designados sus sucesores en la disposición testamentaria que otorgó, así como la esposa doña María del Rosario C. P. a la que legó, por todos los días de su vida, el pleno e íntegro usufructo de la totalidad de los bienes de su propiedad al día de su fallecimiento, que tuvo lugar el 23 de noviembre de 1978, por lo que a esta litigante le asiste la legitimación que prevé el artículo 1564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.- La recurrente había contraído matrimonio con don Juan F. C. el 10 de octubre de 1971, de cuya unión nacieron tres hijos, y por Sentencia de 8 octubre 1987 se decretó la separación de los cónyuges, aprobando el correspondiente Convenio Regulador de 25 de mayo de dicho año. La cláusula tercera de este acuerdo matrimonial, dispone que la esposa y los hijos continuarán el uso de la vivienda conyugal (que hay que referir a la que se disputa en este litigio) y del ajuar existente.

Los actores del pleito, dos de los hijos del testador mencionado y su madre (usufructuaria universal), instaron la recuperación posesoria del piso y el desalojo del mismo de la mencionada doña Berta V. M. e hijos. En realidad lo que se vino a postular fue la concurrencia de efectiva situación de detentación de la vivienda por darse estado de precario, es decir, la ausencia de toda clase de pagos, título arrendaticio o cualquier otro que pudiera amparar el referido uso y posesión material de la cosa (artículo 1565.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La sentencia de apelación sólo acogió en parte la pretensión, pues desestimó los derechos de los hijos, para acceder sólo al que correspondía a su madre en la condición de usufructuaria universal y en razón a que había aceptado el legado a medio de escritura de 28 de noviembre de 1988. Es decir, que a esta fecha, la situación de

ocupación de la vivienda por la recurrente y sus hijos se mantenía como hecho externo y conocido por los demás herederos y la usufructuaria, que vivía en el inmueble, como alguno de los otros sucesores testamentarios.

La atribución de uso y disfrute que en el Convenio Regulador llevó a cabo don Juan F. C., como esposo y padre, lo fue actuando como condómino del mismo, ya que la herencia de su padre no se justificó hubiera sido aceptada por los herederos, con lo que permanecía en estado de indivisión. De esta manera realizó, dicho esposo como cotitular dominical, un acto atributivo de la posesión de la cosa común, encajable en las facultades de administración y no dispositivo de su dominio a favor de persona ajena a la comunidad propietaria, lo que venía avalado por el disfrute del piso en época anterior por la concesión y consentimiento del causante y padre don Antonio F. O., como propietario del mismo y posteriormente, por sus herederos, que conocieron en todo momento la situación y respetaron de esta manera el destino dado a la vivienda controvertida (artículo 394 del CC), inherente a su propia naturaleza de servir de vivienda familiar, hasta que promovieron este pleito dos de los doce hijos del causante, los que actúan no en forma decididamente clara para la comunidad, sino en defensa exclusiva de sus derechos a la nuda propiedad, lo que no procede y la acción resulta ineficaz, según reiterada doctrina jurisprudencial y así lo estimó y declaró la sentencia recurrida.

El discurso casacional lleva a la conclusión de que la recurrente no carece de título posesorio, ya que el mismo deriva para ella directamente y sus hijos del Convenio Regulador y por tanto no disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino, sino, al contrario, ya que el Convenio obtuvo homologación judicial, con innegable eficacia y trascendencia jurídica y que hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar, surgiendo del título que conforma precisamente la sentencia matrimonial de separación y excluye darse una situación de subrepticia, furtiva o de absoluta liberalidad y tolerancia.

La cuestión se viene a concretar en la eficacia del Convenio respecto a la usufructuaria universal, la que aceptó el legado, no por sí directamente, sino valiéndose de dos de sus hijos, uno de ellos don Juan F. C., esposo separado de la recurrente y casi diez años después de la muerte del testador, lo que hace aflorar, como inteligentemente advierte la sentencia de la instancia, una sospechosa situación de confabulación por parte de la familia del marido, o alguno de sus integrantes, contra la recurrente y sus hijos.

Al tiempo de la referida aceptación de la usufructuaria, la

situación ocupacional de la vivienda por la recurrente era hecho relevante y notorio y dicha aceptación ha de ser relacionada con tal estado preexistencial conocido. Ahora bien, dado que el usufructo es derecho de vida jurídica temporal, pues su extinción se produce por la muerte de la usufructuaria, conforme al artículo 513 del Código Civil, lo que aconteció en el trámite casacional, concretamente el día 31 de octubre de 1993. Ello ocasiona que el derecho que se le otorgó a la misma en la sentencia que se ataca, carezca de toda eficacia y posibilidad de ejecución y sólo opera en cuanto consolida la nuda propiedad de los herederos testamentarios, por lo que en la presente cuestión no puede dejarse de lado y ha de tenerse en cuenta, en necesaria conexión con la impugnación casacional que contiene el motivo quinto, al argumentar infracción por inaplicación del artículo 1278 en relación al 1280.1 del Código Civil, así como por razones de economía procesal.

El motivo procede, pues el Tribunal de apelación marginó el Convenio Regulador, cuya producción de eficacia queda reducida únicamente respecto a los herederos comuneros y no a la usufructuaria, cuyo derecho pereció. El referido acuerdo matrimonial, al haber sido homologado judicialmente e incorporado como válido a la sentencia que decretó la separación de los esposos, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial-público, conforme al artículo 1280 del Código Civil y en todo caso con eficacia para terceros en cuanto a su fecha (artículo 1227 del CC), y por ello respecto a la referida usufructuaria, ya que aceptó el usufructo en fecha muy posterior.

No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil. En todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor los tres hijos del matrimonio, conforme al artículo 96 del Código Civil y éstos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor, en cuanto éste es copropietario del piso. Así su protección general ha alcanzado rango constitucional, por el artículo 39-1.º y 2.º de nuestra Carta Magna (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875).

Conviene tener muy en cuenta que estas situaciones no resisten un tratamiento especial, ya que las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como

medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados y que no pueden resultar agravados, cuanto los actos de desposesión que pretenden los terceros recurridos, aparte de carecer de apoyo legal suficiente, se presentan directamente lesivos al servicio familiar que presta la vivienda en disputa y cuya posesión viene justificada, conforme queda dicho, por título suficientemente legítimo y eficaz, si bien subordinado siempre al de propiedad y que no es impeditivo del disfrute, a tenor del artículo 432 del Código Civil, resultando así explicado debidamente que la ocupación que detenta la recurrente y sus hijos se presenta procedente y genera el debido reconocimiento y protección de los Tribunales.

La calificación e interpretación decisoria de la Sala sentenciadora queda desvirtuada en cuanto no admitió el uso y destino de la vivienda a los fines familiares que se dejan sentados y por razón del derecho de ocupación concurrente. La Sentencia de esta Sala de 2 diciembre 1992 (RJ 1992\10250), así como la de 14 julio 1994 (RJ 1994\6439), contemplan estos estados, si bien la primera como relación de comodato, no dando lugar al desalojo postulado, concurriendo también indicios sospechosos de que al producirse la reivindicación, como en el supuesto presente, muy posteriormente a la separación judicial de los esposos, cuando la vivienda seguía cumpliendo la misma finalidad que ostentó desde el principio de su disfrute, es decir, el de servir de hogar familiar, cabe posible conspiración con clara conculcación del imperativo mandato del artículo 7.1 del Código Civil y ha de incidir para evitar situaciones abusivas de los derechos, por los que la acción no puede prosperar, lo que aporta un razonamiento más a los que se dejan expuestos.

TERCERO.- La estimación del recurso da lugar y conlleva a la no declaración expresa en costas, debiendo cada parte satisfacer las suyas, conforme al artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

