

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	3

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.394.2, art.398, art.559, art.656, art.661, art.674.2, art.675, art.681.1, art.688, art.691.4, art.695 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia num. 2 de Guadalajara, en el procedimiento de Incidente de Oposición a la Ejecución núm. 58/08, en fecha 10 de septiembre de 2008 se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que con desestimación de la oposición formulada por la Procuradora Dª Encarnación Heranz Gamo en nombre y representación de Milagrosa mando seguir adelante la ejecución hipotecaria despachada en los autos 758/07 a instancia de la Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha contra Florian e Milagrosa en los términos ya acordados.= Todo ello con imposición de este incidente a la parte instante del mismo, es decir a la ejecutada".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes personadas, por la representación de Dª Milagrosa se presentó recurso de apelación contra la misma. Admitido que fue, puesta de manifiesto la causa a las demás partes, se remitieron las actuaciones a este Tribunal para la resolución del recurso, señalándose para deliberación y fallo el pasado día 7 de enero.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar resolución. Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero y único de los motivos del recurso aglutina en realidad todas las alegaciones que la ejecutada, Dª Milagrosa , ya manifestó en su oposición a la demanda de ejecución hipotecaria instada por la Caja de Ahorros de Castilla La Mancha. Sostiene la recurrente que conforme a doctrina jurisprudencial consolidada, el derecho de uso de la vivienda familiar dimanante de una resolución judicial dictada en un procedimiento de divorcio es oponible a terceros; lo cual -debemos puntualizar- será cierto siempre que el título previo que los cónyuges ostentaran sobre la vivienda gozara de esa misma eficacia erga omnes, como se corrobora entre otras por la STS de 22-4-2004, citada en el recurso (vid. también SSTs 11-12-1992, 18-10-1994, 4-4-1997). Para la recurrente, habida cuenta de que la Sentencia de divorcio le otorgó el derecho de uso de la vivienda familiar en tanto cónyuge custodia de los hijos menores del matrimonio, dicho derecho ha de gozar de preferencia frente a cualquier adquirente, lo que en su opinión debe ser tenido en cuenta a la hora de subastarse la finca en el procedimiento de ejecución hipotecaria instado por la entidad prestamista. Sin embargo, entiende esta Sala que de la naturaleza real, e incluso de la susceptibilidad de inscripción registral de aquel derecho, no se sigue que el mismo sea preferente frente al derecho que ostentaría un eventual adjudicatario de la vivienda como consecuencia de la subasta y remate de la misma en el curso del procedimiento de ejecución hipotecaria. Antes bien, debe observarse no ya que el derecho de uso cuya ostentación invoca la recurrente no ha sido objeto de inscripción registral (constando en autos únicamente la solicitud dirigida al Juzgado para que libre mandamiento ordenando la inscripción de ese derecho, la cual por otro lado data de 15-1-2008, es decir, resulta posterior a la certificación de dominio y cargas emitida por el Registro de la Propiedad conforme a lo que preceptúan los arts. 656 y 688 LEC EDL 2000/77463), sino que la posible preferencia del derecho, inclusive inscrito, sólo podría darse con relación a actos de enajenación o gravamen realizados e inscritos con posterioridad a dicho derecho de uso; no pudiendo pues otorgarse preferencia respecto de una garantía hipotecaria constituida con anterioridad al nacimiento de ese derecho de uso, ni por añadidura respecto del derecho de un adjudicatario que traiga causa de la ejecución de esa hipoteca, no debiendo olvidarse que según el art. 674.2 LEC EDL 2000/77463 , la adquisición de la finca hipotecada como consecuencia del procedimiento de ejecución, faculta al adquirente para solicitar la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca, incluidas las verificadas después de expedida la certificación de dominio y cargas; todo ello sobre la base de que en el caso que nos ocupa no es controvertido que la constitución judicial del derecho de uso sobre la vivienda familiar fue posterior al otorgamiento e inscripción de la hipoteca de cuya ejecución se trata.

En general, por lo que se refiere a la naturaleza y eficacia del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en situaciones de crisis matrimoniales, debe partirse de la premisa de que no puede revestir una eficacia de mayor vigor que la del propio derecho sobre el cual se asienta dicho derecho de uso. En el caso de autos la atribución del uso en el procedimiento de divorcio se asentaba sobre el derecho de dominio que ambos cónyuges tenían sobre el inmueble, derecho que había quedado gravado con anterioridad a la sentencia de divorcio por la hipoteca ligada al préstamo asimismo obtenido por ambos cónyuges, cuyo impago dio lugar a la ejecución

de la garantía. Puesto que el dominio sobre la finca se hallaba gravado con la hipoteca en el momento de constituirse el derecho de uso resultado de la sentencia de divorcio, con ese mismo gravamen y por tanto potencial amenaza de ejecución en caso de impago del préstamo, pasaba D^a Milagrosa a disfrutar del derecho de uso de la vivienda familiar, no pudiendo tener este derecho la virtualidad de dejar sin efecto el gravamen hipotecario anterior, antes bien quedando su oponibilidad a terceros circunscrita, como es lógico, a los adquirentes posteriores de derechos sobre la finca, siempre y cuando no trajeran causa de un derecho que pesara sobre el inmueble con anterioridad al origen de ese derecho de uso. Por consiguiente, a diferencia de lo alegado por la recurrente, el adjudicatario de la finca en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, quien traería causa lógicamente del derecho de hipoteca sometido a ejecución, gozaría de un estatus preferente frente al derecho de uso constituido por la sentencia de divorcio.

SEGUNDO.- Cuestión diferente es que deba ser tenida en cuenta en el proceso de ejecución hipotecaria la existencia de ese derecho de uso ostentado por la ejecutada, mas no a los efectos que ella pretende. Ciertamente, el derecho de uso dimanante de la sentencia de divorcio determina una situación de ocupación fáctica de la vivienda y por tanto constituye una situación posesoria de la que debe darse la oportuna publicidad en el anuncio de la subasta, no porque ese derecho de uso esté llamado a prevalecer en el plano jurídico-real sobre el del adjudicatario de la subasta -tal y como hemos visto-, sino porque como situación posesoria de la finca ejecutada condicionará el modo de hacerse efectivo el derecho de dicho adjudicatario, quien tendrá que proceder como corresponde para poner fin a la misma, y a quien por consiguiente interesa conocerla. A este respecto debe tenerse en cuenta el art. 661 LEC EDL 2000/77463 , aplicable a la subasta de bienes hipotecados por remisión del art. 691.4 LEC EDL 2000/77463 . Según dicho precepto, además de que la existencia de ejecución debe ser notificada a cualquier persona distinta del ejecutado que ocupe el inmueble objeto de ejecución, en el anuncio de la subasta se deberá expresar, con el detalle posible, la situación posesoria del inmueble o bien que, por el contrario, se encuentra desocupado. Adicionalmente, el art. 661.2 LEC EDL 2000/77463 prevé que el ejecutante solicite, antes de anunciarse la subasta, que el tribunal declare que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble una vez éste haya sido enajenado en la ejecución. Obsérvese que, conforme al art. 675 LEC EDL 2000/77463 cuando, estando el inmueble ocupado, no se hubiera procedido previamente con arreglo a lo dispuesto en el art. 661.2 LEC EDL 2000/77463 , el adquirente que solicitare ser puesto en la posesión del inmueble, podrá pedir al tribunal de la ejecución el lanzamiento de quienes puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente, petición que deberá efectuarse en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario, transcurrido el cual la pretensión de desalojo sólo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda. Así pues, debe aceptarse, única y exclusivamente a los efectos de expresar la situación posesoria de la finca, y de cara al eventual lanzamiento posterior de los ocupantes de la misma por parte del rematante y adjudicatario, que resulta procedente acoger la pretensión de la ejecutada a propósito de que en el anuncio de la subasta se haga expresión de la ocupación del inmueble por D^a Milagrosa , junto con sus hijos menores, a título de usuaria de la vivienda en virtud del derecho constituido por la sentencia de divorcio; sin que ello determine en modo alguno la preferencia de dicho derecho de uso frente al derecho de quien resulte adjudicatario de la finca hipotecada. Sólo con este reducido alcance se acepta estimar el recurso de la parte ejecutada, revocando el auto impugnado en la medida en que remitía a la ejecutada a un ulterior procedimiento declarativo para hacer valer su petición.

TERCERO.- Por lo que se refiere al alegato de que los hijos de la ejecutada, con la que conviven en la mencionada vivienda, debían haber sido parte en el proceso en su calidad de terceros poseedores de la finca hipotecada, lo que dio pie a que la ejecutada formulase la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en su oposición a la ejecución, debe decirse que la recurrente yerra cuando, de forma reiterada, sostiene que el derecho de uso dimanante de la sentencia de divorcio les habría sido atribuido a los hijos en tanto interés más digno de protección. Antes al contrario, el derecho de uso sobre la vivienda familiar se atribuye a uno de los cónyuges por considerar su situación más digna de protección, y ciertamente, habiendo hijos comunes, los tribunales suelen entender que el interés más necesitado de protección es el de aquél cónyuge en cuya compañía queden los hijos; pero la titularidad sobre el derecho tantas veces aludido corresponde a dicho cónyuge y no a los hijos que con él convivan, erigiéndose la convivencia con los hijos únicamente en el criterio por el cual se adjudica a uno de los cónyuges y no al otro el uso de la vivienda, sin que pueda hablarse por consiguiente de una titularidad compartida entre dicho cónyuge y los hijos (a título de muestra basta con observar la propia Sentencia de divorcio aportada como documento núm. 1 del escrito de oposición a la ejecución, en el apartado 2º de cuyo fallo se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar a D^a Milagrosa , añadiéndose a continuación "quien podrá residir en el mismo en compañía de sus hijos"). Es sintomático a este respecto que el art. 96.IV CC asigne tan sólo al cónyuge adjudicatario del derecho de uso no titular de la vivienda, la facultad de vetar los actos de disposición sobre la misma llevados a cabo por el cónyuge titular no usuario, no previéndose en absoluto que los hijos deban dar su consentimiento a esos actos, por sí o por su representante legal, como tampoco se prevé ningún derecho de veto a favor de ellos cuando el cónyuge adjudicatario del derecho de uso sea al mismo tiempo titular de la vivienda y decida realizar algún acto de disposición sobre la misma. Por lo tanto, no siéndoles atribuido a los hijos menores que conviven en compañía de la ejecutada la titularidad compartida del derecho de uso sobre la vivienda familiar, no son atendibles las alegaciones del recurso que se refieren a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que faltaría la relación jurídica de fondo que justifique la extensión de la demanda a esos otros sujetos, quienes no siendo ni siquiera titulares del derecho de uso, menos aún pueden recibir la consideración de terceros poseedores de la finca, como insistentemente se refiere a ellos la ejecutada y recurrente; no pudiendo acogerse la queja de ésta relativa a la supuesta contravención de normas procedimentales por parte de la Juez a quo, puesto que ésta ha efectuado una correcta interpretación tanto del art. 695 LEC EDL 2000/77463 , que tasa las causas de oposición a la ejecución en los procedimientos de ejecución hipotecaria, como del art. 559 LEC EDL 2000/77463 , cuya aplicación no está prevista en tal clase de procedimientos, lo que se corrobora por lo dispuesto en el art. 681.1 LEC EDL 2000/77463 .

CUARTO.- Dada la estimación parcial del recurso, no procede hacer imposición de las costas de esta alzada, de acuerdo con el art. 398 LEC EDL 2000/77463 . En cuanto a las costas de la instancia, habida cuenta de la estimación parcial de la oposición a la demanda ejecutiva, tampoco procede hacer una imposición expresa de las mismas, de acuerdo con el art. 394.2 LEC EDL 2000/77463 .

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

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto, debemos revocar y revocamos parcialmente la resolución impugnada, en el sentido de aceptar que en el anuncio de la subasta se exprese la situación posesoria de la finca hipotecada a los efectos previstos en los arts. 661.2 y 675 LEC EDL 2000/77463 , sin que ello implique otorgar al derecho de uso de la vivienda conferido a la ejecutada en la Sentencia de divorcio ningún tipo de preferencia jurídico-real frente al derecho del eventual adjudicatario de la finca en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, tal y como se ha detallado en el Fundamento de Derecho Segundo ut supra, sin imposición de las costas de la alzada, y sin hacer tampoco expresa imposición de las costas causadas en la instancia.

Así, por nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

LA SECRETARIO

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 19130370012009200094