

**EJECUCIÓN HIPOTECARIA SOBRE VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD
DEL MARIDO Y ATRIBUCIÓN DE SU USO A LA ESPOSA EN
PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO**

Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Los datos relevantes del supuesto de hecho son los siguientes:

1º) Por auto de medidas provisionales previas de 13/10/2008 se atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar, que fue adquirida por el marido en régimen de separación de bienes y esta hipotecada. Dicha medida se ratifica como definitiva en sentencia de divorcio contencioso de fecha 17/3/2010.

2º) Interposición de demanda de ejecución hipotecaria frente al marido (21/10/2008). La certificación de dominio y cargas (art. 688.1, en relación con el 656.1 LEC) fue librada en fecha 9/5/2009 y en ella se refleja que la vivienda consta inscrita a nombre del ejecutado sin otras cargas que la hipoteca.

3º) El edicto de anuncio de la subasta se publica (art. 691.2 LEC) en fecha 26/5/2009 y en el mismo se consigna (v. art. 661.1, II LEC) que "no se puede hacer constar la situación posesoria del inmueble que se subasta".

4º) En fecha 26/6/2009, mediante acta de comparecencia, se aporta a las actuaciones copia simple del auto que atribuye el uso de la vivienda conyugal a la esposa del ejecutado, del que se da traslado a las partes (ejecutante y ejecutado) mediante providencia de 29/6/2009; por lo tanto, antes de la celebración de la subasta, que estaba señalada para el 13/7/2009.

5º) En la subasta, celebrada ese día, la vivienda se adjudicó al licitador que resultó ser el mejor postor (no, por tanto, al acreedor ejecutante), dictándose auto de

aprobación del remate el 17/7/2009. El título (v. art. 674 LEC) fue inscrito en el Registro de la Propiedad en fecha 18/11/2009.

6º) El auto de atribución del uso de la vivienda a la esposa fue presentado en el Registro de la Propiedad en fecha 9/7/2009, practicándose la inscripción once días después (20/7/2009).

7º) De conformidad con lo dispuesto en el art. 675 LEC, el adquirente solicitó el lanzamiento de la ocupante dentro de proceso mismo de ejecución, pero su petición fue desestimada por el juez ejecutor (el 8/2/2010), que consideró a la ocupante (esposa) poseedora con justo título (atribución del uso de la vivienda).

2. En tal situación, al amparo del art. 675.4 LEC, dicho adquirente interpuso demanda de juicio de desahucio por precario, que fue desestimada también en primera instancia.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia (v. la SAP Barcelona, Sección 13, de 24 noviembre de 2011, AC 2012/201), en primer lugar, considera procedente el cauce del juicio de desahucio por precario para discutir si la esposa es o no poseedora con justo título, a pesar de que ya se hubiera decidido sobre el tema en el incidente del art. 675 LEC; porque este incidente “limita sus efectos a la ejecución y lo que en él se resuelva lo es sin perjuicio de lo que pueda decidirse en el correspondiente juicio declarativo que habrá de ventilarse entre los que se encuentran legitimados para discutir la existencia o subsistencia del derecho a la ocupación, es decir, los ocupantes y los titulares del inmueble, es decir los adquirentes, sin que lo que se haya resuelto en aquel tenga un efecto vinculante”.

Dentro ya de la cuestión de fondo, revoca la sentencia (y, por tanto, estima la demanda) con fundamento en un argumento que no constituye ninguna novedad y se puede generalizar extendiéndolo a otros derechos diferentes del discutido; a saber, que la parte actora, adjudicataria del piso en el proceso de ejecución y ahora demandante, es un tercero adquirente de buena fe amparado en la apariencia registral y protegido por ésta, a quien no puede serle opuesta esta carga, porque, como se desprende de los antecedentes, el auto que atribuye el uso la vivienda a la demandada tuvo acceso al Registro de la Propiedad con posterioridad a la constitución de la hipoteca, a la expedición de la certificación de dominio y cargas por parte del Registrador de la Propiedad y a la extensión de la oportuna nota marginal, ex art. 688 LEC, al anuncio de subasta y a la propia celebración de la subasta e incluso al auto aprobando el remate. En definitiva, como dice la STS,

Pleno, de 5 de marzo de 2007 (RJ 2007/723), los principios de inoponibilidad y de fe pública registral “sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro”.

Desde la perspectiva de la ejecución –que es la que ahora interesa- resultan relevantes las siguientes afirmaciones contenidas en la sentencia:

- 1ª. No puede excluirse la condición de tercero de buena fe del adquirente de la vivienda recurrente considerando que hubiera podido tener conocimiento de la existencia de esta carga con anterioridad a la adquisición en pública subasta, por cuanto no puede obviarse que la actora participa en la misma partiendo de la certificación de dominio y cargas que se encuentra a su disposición en Secretaría en la que no consta el derecho que ahora se le opone y de un anuncio de subasta en el que expresamente se recoge "que no se puede hacer constar la situación posesoria del inmueble que se subasta".
 - 2ª. No puede presumirse que el mismo adquirente tuvo conocimiento de la comparecencia realizada por la demandada en los autos el 26 de junio de 2009 (y, por lo tanto, antes de la celebración de la subasta), en la que aportó a las actuaciones copia simple del auto que le atribuía el uso de la vivienda conyugal, ya que la providencia que se dicta es notificada sólo a los intervinientes en el procedimiento (por eso hubiera sido distinta la solución en el caso de adjudicarse la finca al acreedor ejecutante) y los licitadores no tienen acceso a las actuaciones, sino que tan sólo está de manifiesto en la Oficina judicial, y a su disposición la certificación registral y, en su caso la titulación del inmueble que se subasta (v. art. 668.1 LEC).
 - 3ª. No es exigible a quien participa en la subasta que lleve a cabo labores de investigación a fin de determinar la situación posesoria del inmueble (ocupante y título por el que ocupa).
3. A mayor abundamiento, la SAP de Barcelona analizada trae a colación la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que, aún inscrito el auto de atribución del uso en el Registro, éste no constituiría un título posesorio suficiente para ser opuesto al derecho posesorio inherente al dominio del adquirente en la subasta. Y cita las Sentencias del Pleno de 14 (RJ 2010/2323) y 18 de enero de 2010 (RJ 2010/1274), que, “con fines de unificación de doctrina, declaran que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en cada caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta

un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3006)), de modo que, desde el punto de vista patrimonial el derecho de uso a la vivienda no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda .

En definitiva, la atribución del uso de la vivienda en resolución recaída en procedimiento matrimonial que ostenta la actora no es un título posesorio que pueda ser opuesto a la actora, adquirente de la finca en pública subasta.

Marzo 2013