

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063184

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 65/2018, de 6 de febrero de 2018

Sala de lo Civil

Rec. n.º 1703/2015

**SUMARIO:**

**Desahucio por precario. Supuestos en que el derecho de uso sobre la vivienda familiar, atribuido por sentencia judicial, no es título oponible al adquirente de ella en caso de venta. Interés del menor.** La Sala desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia estimatoria de la demanda de desahucio por precario entablada entre ex-convivientes sobre la vivienda ocupada por la demandada y la hija menor de ambos litigantes. Los convivientes habían pactado en convenio regulador, aprobado judicialmente, que el uso de la vivienda correspondería a la hija menor y a la madre hasta que fuera vendida o se llegara a un acuerdo sobre su liquidación. El procedimiento de división de cosa común, instado por el padre y al que se allanó la madre, finalizó mediante subasta, a la que acudieron ambos, y en la que se adjudicó la vivienda al padre, que luego ejerció la acción de desahucio por precario. La parte recurrente niega la procedencia del precario, por cuanto ella tiene la legítima posesión de la vivienda al habérsela atribuido una previa sentencia del Juzgado de Familia, siendo éste el título que excluye la existencia del precario. Sin embargo existen supuestos en que el titular del derecho de uso no puede oponer este ante quien le reclama que cese en él, aunque primigeniamente le hubiese sido atribuido por convenio regulador o sentencia, en el curso de un procedimiento. La titular del derecho de uso consintió la futura venta de la vivienda, con liberalización de la carga, por lo que no puede oponer su título al adquirente del bien (adjudicatario), con independencia de que este sea un tercero ajeno al núcleo familiar o quien fue su pareja y copropietario del bien. La sentencia recurrida es respetuosa con el interés de la menor, al razonar que veló por él tanto el Ministerio Fiscal como la autoridad judicial que aprobó el convenio regulador en el que se establecía el plazo de uso de la vivienda. Y, de otra parte, porque consta como probado que la madre es propietaria de una vivienda en la que dignamente puede residir con la hija, quedando cubierto el interés de esta.

**PRECEPTOS:**

Código civil, art. 96..

Ley 1/2000 (LEC), arts. 477.2.3º y 669.2.

**PONENTE:***Don Eduardo Baena Ruiz.*

Magistrados:

Don FRANCISCO MARIN CASTAN  
Don JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA  
Don ANTONIO SALAS CARCELLER  
Don FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS  
Don EDUARDO BAENA RUIZ  
Don MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 65/2018



Fecha de sentencia: 06/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1703/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MÁLAGA, SECCIÓN N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 1703/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 65/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D<sup>a</sup>. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 6 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, el 16 de julio de 2014, en el recurso de apelación 210/2015, dimanante de los autos de juicio declarativo nº 1715/2014, del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Málaga.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente doña Felicidad, representada por el procurador don Alberto Collado Martín, asistido del letrado D. Javier López Linares.



Ha comparecido en calidad de parte recurrida D. Alfredo , representado por la procuradora doña Itziar de la Peña Argacha

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

Tramitación en primera instancia.

1.- El procurador de los tribunales D. José Luis López Soto, en nombre y representación de D. Alfredo , formuló demanda de juicio declarativo verbal de desahucio, contra D.<sup>a</sup> Felicidad , suplicando al juzgado dictase sentencia en los siguientes términos:

«Que teniendo por presentado este escrito con sus documentos y copias se sirva admitirlo, tenga por formulada demanda de Juicio Verbal de Desahucio frente a Doña Felicidad , y estimado el contenido de la misma, dando traslado al demandado y citado para la vista con las advertencias legales, tras los trámites oportunos se dicte Sentencia por la que:

»1.- Se decrete haber lugar al DESAHUCIO POR PRECARIO de la vivienda sita en 29009-Málaga, CALLE000 nº NUM000 , Planta NUM001 , Letra NUM002 , finca Registra! NUM003 , al folio NUM004 , tomo NUM005 , Libro NUM006 del Registro de la Propiedad numero 6 de Málaga.

»2.- Se condene a la demandada y a las personas que pudieren residir en la mencionada vivienda, a que en virtud de lo anterior, dejen libre, vacua y expedita la vivienda en el plazo legalmente previsto, por ser propiedad del actor y carecer la demandada de título que le habilite para la ocupación, con apercibimiento, en su caso, de lanzamiento.

»3.- Se condene a la demandada expresamente al pago de las costas.»

2.- El Juzgado dictó decreto el 20 de septiembre de 2013, admitiendo a trámite la demanda y acordando citar a las partes para comparecer a la celebración del juicio.

3.- La procuradora de los tribunales D.<sup>a</sup> María del Rocío Ruiz Pérez, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Felicidad , actuando en representación, beneficio y defensa de su hija menor Asunción , contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

«[...] tenga personada como parte demandada a la Procuradora compareciente en nombre y representación de la menor Asunción y de su madre D.<sup>a</sup> Felicidad , entendiéndose con la misma las sucesivas diligencias, así como hechas las demás manifestaciones sobre la cuantía de este procedimiento, a los efectos legales oportunos.»

4.- El Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Málaga, dictó sentencia el 14 de noviembre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. José Luis López Soto, en nombre y representación de D. Alfredo , asistido del Letrado Dña. Ángeles Rodríguez Navarro, contra Dña. Felicidad representada por el Procurador de los Tribunales Dña. María Rocío Ruiz Pérez debo acordar y acuerdo haber lugar al desahucio por precario de la parte demandada con respecto a la vivienda sita en Málaga, C/ CALLE000 nº NUM000 , Planta NUM001 , Letra NUM002 , finca registral NUM003 , condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a dejar libre, vacua y expedita la vivienda a disposición de la actora, con apercibimiento de lanzamiento. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.»

#### Segundo.

Tramitación en segunda instancia.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de D.<sup>a</sup> Felicidad , en representación y beneficio de su hija menor Asunción , correspondiendo su tramitación a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, que dictó sentencia el 16 de julio de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:



«Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dña. Felicidad contra la sentencia dictada en fecha 14 de noviembre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de los de Málaga en sus autos civiles 1265/2013, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución dando por producidos cuantos pronunciamientos contiene en su parte dispositiva y condenado expresamente a la parte apelante al abono de las costas causadas en esta alzada.»

2.- Notificada la sentencia a las partes, la representante procesal de la parte apelante, interpuso recurso de casación contra la anterior resolución, dictando la sala auto el 7 de octubre de 2014, por el que denegaba la admisión del recurso.

3.- El procurador de los tribunales D. Alberto Collado Martín, en nombre y representación de la parte litigante, interpuso recurso de queja por entender que cabía recurso de casación.

4.- Esta sala dictó auto el 25 de marzo de 2015 acordando estimar el recurso de queja interpuesto por la representación procesal de D.ª Felicidad , acordando se continuara con la tramitación del recurso.

### Tercero.

Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- La representación procesal de D.ª Felicidad , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, el el 16 de julio de 2014 , con base en un único motivo, por razón de interés casacional, al amparo del art. 477.2.3 LEC .

2.- La sala dictó auto el 11 de octubre de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«PRIMERO. Procede admitir el recurso de casación interpuesto al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC por la representación procesal de doña Felicidad , no advirtiéndose en esta fase causa legal de inadmisión.

»SEGUNDO. De conformidad y a los fines dispuestos en el art. 485 LEC , la parte recurrida podrá formalizar su oposición al recurso por escrito en el plazo de veinte días desde la notificación de este auto.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de D. Alfredo , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 17 de enero de 2018 en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Alfredo interpuso demanda de juicio verbal de desahucio por precario contra Felicidad , aquí recurrente, respecto de la vivienda ocupada por la demandada con la hija menor de edad común de ambos litigantes, en virtud de un convenio regulador de relaciones paterno filiales firmado entre las partes el 27 de abril de 2010, ratificado judicialmente, en la que solicitaba la condena de la demandada a la entrega de la vivienda.

2.- El demandante alegaba, en esencia, como fundamento de su pretensión, que, en el marco de la liquidación del bien común, había adquirido el 26 de septiembre de 2012, en pública subasta, la vivienda en cuestión.

3.- La parte demandada invocó que vive allí con la hija menor de edad común de ambos litigantes, apoyándose en la legislación protectora de los menores y sus derechos.

Igualmente alegó que tiene atribuido el uso de la vivienda por resolución judicial del Juez de Familia y por tanto el cese en dicho uso no se puede ejercitar por medio de una acción de desahucio por precario.

4.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda.

Declaró expresamente probado, y la Audiencia no discrepó, lo siguiente:

«(i) Por el Juzgado de Familia nº 5 de Málaga se dictó Sentencia de fecha 13 de Julio 2.010 por la que acordaba el divorcio de las partes aquí litigantes y aprobaba el Convenio Regulador suscrito con fecha 27 de Abril de 2.010.



»(ii) En el citado convenio se atribuía el uso y disfrute de la que fue vivienda familiar, sito en Málaga c/ CALLE000 n° NUM000 , Planta NUM001 , Letra NUM002 , a la aquí demandada los siguientes términos que mutuamente los litigantes acordaron:

"...se adjudicará a la menor y su madre hasta que la misma sea vendida o se llegue y haga efectivo un acuerdo de liquidación de la misma entre la Sra. Felicidad y el Sr. Alfredo ".

»(iii) Que en este Juzgado se tramitó Juicio Ordinario n° 1350/11 en virtud de demanda formulada por el Sr. Alfredo contra la Sra. Felicidad de división de cosa común de la vivienda de c/ CALLE000 n° NUM000 , Planta NUM001 , Letra NUM002 y la petición de que a falta de acuerdo se vendiera en pública subasta. La vivienda está gravada por una hipoteca de 200.000 Euros.

»La parte demandada, que compareció con Procurador y Letrado, se allanó a la demanda formulada.

»(iv) Dictada Sentencia de conformidad con el allanamiento se acordó la división de cosa común, procediéndose a la ejecución de la sentencia y a la subasta pública, con invitación a terceros, de la vivienda objeto de división, previa tasación.

»La parte demandada asistió a la subasta, acompañada de Letrado, no optando, según la prueba de interrogatorio, a la puja de la vivienda y sí de la plaza de aparcamiento, finalmente adjudicadas ambas propiedades al actor, que asumió el pago de la carga hipotecaria del inmueble, acordándose el reparto del precio adjudicación entre ambos.

»(v) La parte demandada es titular en pleno dominio de una vivienda sita en c/ DIRECCION000 n° NUM007 , portal NUM008 , planta NUM001 , letra NUM009 , de Málaga, de 84 metros construidos.»

5.- A partir de los citados hechos probados, la sentencia de primera instancia entiende que la demandada, precisamente por firmar primero el convenio regulador debidamente asesorada, en el que pactaron la atribución del uso de la vivienda a la demandada en razón a la guarda y custodia de la menor, pero con la expresa condición de que cesaría cuando la vivienda fuera vendida, y después por intervenir allanándose en el proceso de división de la casa común, carece de título para ocupar la vivienda pues la cesión de su uso se realizó bajo la condición de venta, que se ha cumplido. Y no consta la existencia de una situación de desamparo susceptible de justificar «un interés supremo del derecho de uso», pues la demandada es titular en pleno dominio de una vivienda en la misma ciudad, solo que no reúne tan buenas características como la adquirida.

6.- La demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que ha conocido la sección quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, que dictó sentencia el 16 de julio de 2014 por la que desestimaba el recurso.

7.- La Audiencia entiende que en este caso, pese a la previa adjudicación del uso en aplicación del art. 96 CC , no puede obtenerse, frente a un tercero como es ya el demandante, una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la demandada desde la adquisición del dominio por el demandante. La pérdida por la demandada del derecho de propiedad tiene su origen en un procedimiento de liquidación de bienes matrimoniales que atribuye el dominio de la vivienda al demandante y que es posterior al convenio, en que tal adquisición, o alternativamente la venta a tercero, se fijó como condición para el cese del uso atribuido a la demandada por quedar en su custodia la hija menor del matrimonio.

En consecuencia, considera que cumplida la condición para el cese de la atribución del uso, ésta no puede afectar al derecho de propiedad del adquirente. Adquirido el inmueble por el otro cónyuge -o por un tercero- no puede ahora oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hija en la sentencia de separación que había previsto como fecha de cese del derecho de uso, precisamente, la de dicha adquisición. A partir de entonces el uso que ella ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito del proceso de familia, sino por la mera tolerancia del "nuevo" propietario, circunstancia que determina la ocupación como un precario.

Cita, y analiza en apoyo de su tesis, la doctrina de la sala recogida en las sentencias de pleno de 14 de enero y 18 de enero de 2010 .

8.- La parte demandada interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación, por razón de interés casacional, al amparo del art. 477.2.3 LEC .

9.- Motivo Único.

Enunciado: Por infracción de jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo sobre la improcedencia del precario cuando el ocupante de la vivienda tiene legítima posesión por habérsela atribuido una previa sentencia del Juzgado de Familia.

Planteamiento: El motivo lo fundamenta la parte en la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece la improcedencia del desahucio por precario cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar, o lo son ambos, y el ocupante de la vivienda tiene legítima posesión por

habérsela atribuido una previa sentencia del juzgado de familia. Cita la Sentencia de Pleno 861/2010, de 18 de enero de 2010 , la Sentencia 910/2008, de 2 de octubre , y la Sentencia 1078/2008, de 14 de noviembre .

La recurrente considera que en este caso, por aplicación de los doctrina fijada en las citadas sentencias, no procede el desahucio por precario, dado que el demandante, ex- cónyuge de la demandada, adquirió en exclusiva la vivienda conyugal en el proceso de división de cosa común tramitado entre las partes. Por tanto, al no ser un tercero, le resulta oponible, el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a la recurrente y la hija menor de edad.

10.- La sala dictó auto el 11 de octubre de 2017 en el que acordó admitir el recurso de casación.

La parte recurrida, previo traslado, se opuso a él con los mismos argumentos que contienen las sentencias de las instancias, y añadió que la recurrente reside en un nuevo domicilio, diferente de los anteriores y propiedad de quien en la actualidad es su esposo, sito en 29013- Málaga, CALLE001 NUM010 , NUM000 NUM011 .

## Segundo.

Decisión de la Sala.

1.- La parte recurrente niega la procedencia del precario, por cuanto ella tiene la legítima posesión de la vivienda al habérsela atribuido una previa sentencia del Juzgado de Familia, siendo éste el título que excluye la existencia del precario.

A tal fin, según hemos expuesto, cita la sentencia de pleno 861/2010, de 18 de enero , para fundar el interés casacional, esto es, la infracción que contiene la sentencia recurrida por no respetar la doctrina de la mentada sentencia.

2.- Para indagar sobre si la atribución del uso de la vivienda familiar en sentencia dictada en procedimiento de familia es siempre título apto para negar la existencia de precario, se debe analizar cada caso concreto.

(i) Como afirma la sentencia de pleno 861/2010, de 18 de enero , «Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia.».

(ii) Según los hechos probados, no combatidos en el recurso, el supuesto enjuiciado comenzó siendo el descrito anteriormente, a salvo que las partes eran pareja de hecho y existía una copropiedad ordinaria del bien.

Pero se modificó a causa de ejercitar el actor la acción de división sobre la vivienda litigiosa, copropiedad de ambos.

En estos casos, como recuerda la sentencia 861/2010, de 18 de enero, «esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular (del derecho de uso) es oponible a los terceros, que hayan adquirido... en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTS de 27 de diciembre de 1999 , 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006 , entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios».

(iii) Sin embargo existen supuestos en que el titular del derecho de uso no puede oponer este ante quien le reclama que cese en él, aunque primigeniamente le hubiese sido atribuido por convenio regulador o sentencia, en el curso de un procedimiento

Y sobre ello ha de recaer la decisión de la sala, bien entendido que quien reclama que cese el uso, por extinción del título legitimador de éste, es el adquirente de la vivienda en subasta pública, y decimos adquirente y no copropietario del bien, por ser aquél el título que le legitima como propietario único, con independencia de la relación de pareja que mantuvieron las partes y de la hija que tienen en común.

3.- La sala en sentencia 118/2015, de 6 de marzo , abordó un supuesto litigioso que puede servir de pauta para el que ahora se enjuicia, aunque en éste no se trate de matrimonio sino de pareja de hecho.

Versaba sobre un desahucio por precario y una vivienda hipotecada, propiedad del marido, cuyo uso se adjudicó a hijo y esposa en pleito matrimonial, y que luego fue subastada y adquirida por un tercero.

4.- La sala hizo las siguientes consideraciones:

«1. La sentencia de Pleno de la Sala de 14 de enero de 2010 cuando afronta la cuestión relativa a la reclamación por un tercero de la vivienda familiar cuyo uso se ha asignado a uno de los cónyuges parte de una afirmación, cual es que «el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación



del artículo 96 CC se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del artículo 96, último párrafo, CC . El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente.» .

»Tras exponer las vacilaciones experimentadas por la jurisprudencia de la Sala en cuanto a la determinación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido por sentencia y sus efectos y por ende, la necesidad de unificación de doctrina, afirma que así se ha hecho y fijado por la STS de 18 de enero de 2010 .

»2. Esta sentencia tras describir las distintas situaciones en la titularidad de la vivienda familiar concluye en cuanto a la naturaleza de derecho de uso que «el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho Catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto del Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad.».

De ahí que la sentencia de 14 de enero de 2010 afirme «[...] 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 todo 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 RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular 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. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008).»

»3. La aplicación de esta doctrina debe ser amoldada a las circunstancias de cada caso, y así obró la Sala en la Sentencia de 8 de octubre de 2010, Rc. 2305/2006 , en un supuesto en el que la vivienda familiar era bien privativo del marido, la hipotecó y su esposa compareció en el acto de la constitución y otorgó el consentimiento para la hipoteca.

»La Sentencia, partiendo de la doctrina de la Sala a que hemos hecho mención y recogido, centra la cuestión en determinar los efectos del consentimiento prestado por la esposa para la hipoteca del bien destinado a domicilio familiar. Como la constitución de la hipoteca es previa a la crisis matrimonial no se residencia el debate en el artículo 96. 4 del Código Civil sino en artículo 1320 del mismo, afirmando que «la jurisprudencia ha interpretado el art. 1320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar ( SSTS de 3 enero 1990 y 31 diciembre 1994 ). La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real.

»El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como "declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno -es decir, concluido por otro- por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte", siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión. »

»Siendo el negocio válido, por haber mediado el consentimiento de la esposa, la conclusión que se alcanza es que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, es decir, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca, consentida por la esposa.»

5.- El caso traído a colación difiere del aquí enjuiciado, pues se trataba de una unión matrimonial, pero puede servir de asidero la ratio decidendi última, a saber, que la titular de derecho de uso, que era carga de la vivienda, prestó su consentimiento al negocio que posibilitaba la futura venta de la vivienda con liberalización de la carga; con lo que no podría oponer su título al adquirente del bien, o lo que es lo mismo al adjudicatario a consecuencia de la enajenación en subasta pública.



6.- Como se aprecia de los hechos declarados probados el supuesto sometido a la consideración de la sala versa sobre una vivienda familiar de la pareja de hecho y la hija común de ambos.

Tras el cese de la convivencia se atribuye el uso de la vivienda a la hija y madre a quien se confió su custodia, en virtud de convenio regulador aprobado judicialmente.

La enajenación de la citada vivienda tuvo lugar en pública subasta, y esta fue consecuencia de la acción de división ejercitada por el demandante -aquí recurrido- a la que se había allanado la demandada -aquí recurrente-.

Que la venta se instase por el actor, y sin la carga del derecho de uso de la demandada, no traía causa de la iniciativa unilateral de aquél sino de lo convenido por ambos, esto es, con el consentimiento de ella, que expresamente asintió en el convenio regulador, aprobado judicialmente, que la atribución del uso de la vivienda para sí y para la menor cesara con la venta de la misma.

Por tanto, no puede oponer el derecho de uso al adquirente o adjudicatario de la vivienda enajenada en pública subasta, con independencia de que éste sea un tercero ajeno al núcleo familiar o quien fue su pareja de hecho y copropietario del bien, pero que concurrió a la subasta y pujó, como lo hizo ella, aunque ésta solo pujase por la plaza de garaje.

Si ella no pujó por la vivienda posiblemente obedeció a la importante carga hipotecaria que habría de soportar el adjudicatario, así como a que, por ser propietaria de otra vivienda, tenía cubiertas sus necesidades habitacionales.

De ahí, que la sentencia recurrida, con acierto, ponga el acento en el adquirente del bien, más que en las relaciones de pareja.

La resolución de 27 de diciembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ratifica la de 11 de enero de 2018, contiene, en relación con lo que traemos a colación en el recurso, un acabado estudio, con fundamento en la doctrina de esta Sala, sobre:

A) La Naturaleza, extensión, condiciones y límites del derecho de uso sobre la vivienda familiar consagrado en nuestra legislación.

B) Su calificación de derecho de naturaleza familiar, y cómo ésta naturaleza influye en su extensión, limitación y duración.

7.- La sala, y es lo que destaca en este supuesto, tiene declarada la aplicación analógica del art. 96 C.C , aunque se trate de proteger el interés de los menores, con independencia de que sus padres estén casados o no, y, de ahí ( STS 221/2011, de 1 de abril ) que unifique doctrina en el sentido de que «la atribución de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 C.C .»

Cuando se trata de pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige (convivencia de hecho con hijos) por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial ( STS 340/2012, de 13 de mayo ).

Por tanto, como dispone el art. 96 C.C . en su párrafo primero, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos en cuyo interés se establece, si bien ello tendrá lugar, como recuerda la sentencia 277/2016, de 25 de abril , «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez».

Precisamente en esta sentencia que se cita se atribuyó al padre el uso de la vivienda familiar, dado su manifiesto interés en proceder a la venta, y fue confirmado el pronunciamiento porque la madre, a quien se había atribuido la guarda y custodia, había consentido la venta, aunque con condiciones.

8.- Aún abandonando la protección del adquirente, y colocando el centro del debate en el interés de la menor, la sentencia recurrida es respetuosa con tal interés, al razonar que veló por él tanto el Ministerio Fiscal como la autoridad judicial, que aprobó el convenio regulador que fijó el plazo de uso de la vivienda.

Y, de otra parte, porque consta como probado que la madre es propietaria de una vivienda en la que dignamente puede residir con la hija, quedando cubierto, pues, el interés de ésta.

Por todo ello el recurso no puede estimarse.

### Tercero.

En aplicación de los arts. 394.1 y 398.1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido





1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Felicidad , contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, el 16 de julio de 2014, en el recurso de apelación 210/2015 , dimanante de los autos de juicio declarativo nº 1715/2014, del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Málaga.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

3.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.