

el apartado 2.º del artículo 9 del Código Civil en cuanto al régimen de la Ley nacional (8) y, sobre todo, el apartado 3.º, respecto a su proyección de esa Ley a sus relaciones patrimoniales en el matrimonio (9).

No es posible, como entiende la Sala, asignar a la resolución de un expediente registral de fecha, Auto de 13 de julio de 1970, que ese causante tenía la nacionalidad española y no con carácter constitutivo, cuyos efectos fueran *ex nunc*, ya que esa cualidad la poseía ya por ser hijo de padres españoles, lo que, desde luego, desborda la referida normativa antes analizada, pues, *ope legis*, nació de padres que no eran ya españoles, siendo, además, inconsistente que esa atribución registral, al tener que apoyarse en su normativa específica —art. 95 de su Ley, a la sazón, y 335 y sigs. de su Reglamento— fuera significativa al subrayarse que esa declaración de nacionalidad opera como una presunción y, por lo tanto, sometida a su desvirtuación probatoria —así lo admite la propia Sala *a quo* en su F.J. 2.º— que, curiosamente, trastoca la aniquilación de su verdad formal al tener en cuenta hechos o sucesos que, en puridad, son irrelevantes, porque, por su entidad, nunca pueden alterar una atribución originaria de nacionalidad, pues —bien evidente es que hablar de adquisiciones inmobiliarias o signos de un voluntarismo del interesado— en nada empecen a aquella nacionalidad cubana del afectado y, cuando menos, cabría admitir que sería, tras ese Auto de 13 de julio de 1970, cuando tendría esa nacionalidad española, pero nunca antes y, por tanto, en la fecha de su matrimonio en 26-11-1943, que es la relevante a los fines de la vigencia del régimen ganancial aplicable a la sazón en Cuba, proyección no cuestionada en el litigio en los términos de los artículos 1.344 y 1.345 del Código Civil.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.2. Derecho de familia

DERECHO DE USO DE VIVIENDA FAMILIAR. LIQUIDACIÓN DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD ECONÓMICO-MATRIMONIAL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2004.)

Ponente: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

Antecedentes.—Tras la disolución de la sociedad de gananciales por sentencia de separación, se procedió a la formación de lotes y adjudicación de cada uno a los esposos, quedando a la mujer adjudicado una parte proporcio-

(8) Artículo 9.2º del Código Civil: «Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio».

(9) Artículo 9.3º del Código Civil: «Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes, bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento».

nal de la VIVIENDA FAMILIAR, de la que es *usuaria exclusiva con los hijos*, debiendo compensar económicamente por la diferencia de valor al marido. Decisión judicial de procederse a la SUBASTA JUDICIAL de la vivienda, si no se da esa compensación económica. Recurso de CASACIÓN contra esta última decisión para mantener el uso exclusivo de la vivienda, concedido judicialmente a la esposa e hijos en favor de éstos (1).

Doctrina.—El uso y disfrute exclusivo de la vivienda familiar tras la separación no se configura como un derecho real propio, pero sí como un *ius ad rem*. Derecho al que no puede impedirse su realización ejecutiva (embargo, subasta, etc.), para dar satisfacción a créditos exigibles. No obstante, la esposa usuaria podrá hacer valer las garantías que correspondan para la satisfacción de los derechos de los usuarios, concedidas por decisión judicial, de la vivienda, por el período que, en definitiva, se establezca.

COMENTARIO

I. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO

La jurisprudencia de esta Sala ha definido ese uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero sí como un *ius ad rem*, con accesibilidad al Registro de la Propiedad al tratarse de bienes inmuebles, aparte del también acceso del resto de la sentencia de separación al Registro Civil, como previene el artículo 102-2.º-3 del Código Civil, lo que podrá instarse en ejecución de sentencia.

(1) El Juzgado de 1.ª Instancia declaró disuelta la sociedad de gananciales del matrimonio y procedió a su liquidación, realizando dos lotes, adjudicando al marido 7/16 partes del piso vivienda, valorado en 10.301.412 ptas., y a la mujer el mobiliario del piso-vivienda conyugal y 9/16 partes del mismo, por valor de 10.500.000 ptas., debiendo compensar la mujer al marido en la diferencia, 99.294 ptas., a fin de proceder a la igualación de lotes.

La esposa planteó Recurso de APELACIÓN. La Audiencia añade a la sentencia recurrida que, «en caso de no compensarse o abonarse entre las partes la cuantía señalada por la participación adjudicada a cada una de ellas respecto del piso-vivienda, a que se refieren las actuaciones, se deberá proceder a subastar el mismo, y su importe adjudicado entre las mismas, conforme a la participación que en dicha vivienda les corresponde».

La esposa demandada-reconviniente (y apelante principal), plantea Recurso de CASACIÓN, solicitando la anulación de dicha sentencia por entender que debe mantenerse la indivisión de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad del menor de los hijos del matrimonio, ya que el uso de la vivienda familiar se había atribuido en la sentencia de separación a la mujer e hijos matrimoniales confiados a su guarda y custodia, y al declararse la posibilidad de venta en pública subasta de la misma, si no pagaba la cantidad establecida como compensatoria a la otra parte, en el caso de adjudicarse la misma, por esa vía, a un tercero, quedaría sin efecto su derecho de uso, que se había establecido en favor del bien o personas más dignas de protección, por lo que debería salvaguardarse ese derecho, impidiendo tal venta o división.

Se le imponen las costas a la parte recurrente (art. 1.715-3 LEC).

Se desestima el recurso de casación.

II. LOS INTERESES FAMILIARES EN JUEGO: EXISTENCIA DE HIJOS MENORES, DIGNOS DE TODA PROTECCIÓN

Resulta necesario detenerse brevemente, aunque la sentencia pase de puntillas por este punto, en que la especialidad de este derecho de uso de vivienda familiar, atribuido tras la separación, reside principal y únicamente en la protección específica de los hijos menores de edad.

Protección que la jurisprudencia se ha encargado de hacer prevalecer en todo momento, donde la tutela del menor es el bien prevalente que debe garantizarse y protegerse en todo momento, independientemente del carácter de la filiación (2).

Pero es que incluso nuestra sentencia, aún teniendo en cuenta está protección, no deja de poner de manifiesto la limitación a la facultad dispositiva del cónyuge propietario, diciendo que «en todo caso, la salvedad que se impone respecto a la disposición restringida, por el cónyuge incluso titular, de la vivienda familiar, dado lo dispuesto en los artículos 96-4 del Código Civil y 1.320-1 del mismo, tendría su especial reserva en la inscripción registral, prevenida en la legislación hipotecaria (vid. RDGRN de 17-XII-87)»... (3), lo cual nos conecta con el siguiente epígrafe.

III. REALIZACIÓN EJECUTIVA DEL DERECHO DE USO DE VIVIENDA FAMILIAR

La sentencia objeto de análisis realiza una afirmación obvia: «...lo que no puede impedirse es su realización ejecutiva (embargo, subasta, etc.), para dar satisfacción a créditos exigibles» (sentencia de 22-V-95, de esta Sala) (4).

(2) Vid. la interesante STS de 11 de julio de 2002 (*La Ley* Juris.: 1212156/2002). Demanda sobre derechos concernientes a hija, menor de edad, nacida de unión de hecho, no matrimonial. Derecho al uso de la vivienda familiar por la hija mientras conviva con la madre y en tanto carezca de recursos propios e independientes. Preeminencia del principio del *bonum filii* en toda filiación, sea matrimonial o extramatrimonial. La tutela del menor afectado es el bien prevalente y que se garantiza en todo caso mediante la compulsa judicial de la observancia de sus derechos.

(3) Vid. más actual la RDGRN de 25 de octubre de 1999 (*La Ley* Juris.: 1818/2000). Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. art. 90 del Código Civil) que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido».

(4) Sin embargo no podemos olvidar que: «No cabe la entrega de la posesión de una vivienda adjudicada en subasta judicial, pues la demandada ostenta un derecho de uso sobre la vivienda, en virtud de sentencia de separación matrimonial, inscrito en el Registro de la Propiedad. El derecho de uso es un derecho real oponible a terceros que le hace subsistir a pesar de los sucesivos cambios de titularidad del inmueble».

Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 3.ª, sentencia de 20 de mayo de 1999 (*La Ley* Juris.: 675972/1999).

Y también que: «Sea o no tal uso y disfrute un derecho real, es una limitación que produce efectos *erga omnes* y debe tener acceso al Registro, aunque la finca se adquiriese después de la separación. RDGRN de 25 de octubre de 1999 (*La Ley* Juris.: 1818/2000).

Sin embargo este criterio ha sufrido una evolución a lo largo de los últimos tiempos, pues frente a una postura inicial (mantenida por la STS de 23-11-1990) donde se reconocía la posibilidad de ejercicio sin traba alguna de la acción de división, procediendo en su caso la venta de la vivienda familiar cuyo uso tenía atribuido uno de los cónyuges en sentencia de separación matrimonial, debiendo éste desalojarla cuando se producía la adjudicación, en la actualidad se sigue una línea diferente (propugnada en SSTs de 2-12-1992 y 14-7-1992, 18-10-1994, 16-12-1995 y 3-5-1999), en el sentido de que, si bien es posible el ejercicio de la acción de división, ha de ser garantizado, respetando la eficacia de la atribución judicial de la vivienda familiar declarada al amparo del artículo 96 del Código Civil (5).

IV. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS

Las afirmaciones contenidas en el apartado anterior no obstan a que la usuaria «especial» no pueda hacer valer las garantías derivadas de su derecho, como la propia sentencia objeto de comentario recoge en los siguientes términos: «La esposa puede hacer valer las garantías que correspondan para la satisfacción de los derechos de los usuarios, concedidas por decisión judicial, de la vivienda, por el periodo que, en definitiva, se establezca».

Lo que implica la necesidad de garantizar el derecho de uso, impidiendo que quienes lo tienen atribuido judicialmente puedan ser desalojados en tanto persistan las circunstancias tomadas en consideración para su atribución (6).

(5) «La jurisprudencia del Tribunal Supremo, no obstante, ha sufrido una patente evolución desde la sentencia de 23 de noviembre de 1990, que reconocía la posibilidad de ejercicio sin traba alguna de la acción de división, procediendo, en su caso, la venta de la vivienda familiar cuyo uso tenía atribuido uno de los cónyuges en sentencia de separación matrimonial, debiendo éste desalojarla cuando se producía la adjudicación hasta la posterior, mantenida en sentencias tales como las de 2 de diciembre de 1992 y 14 de julio, 18 de octubre de 1994, 16 de diciembre de 1995 y 3 de mayo de 1999, en las que matiza la postura anterior en el sentido de que, si bien es posible el ejercicio de la acción de división, ha de ser garantizando, respetando la eficacia de la atribución judicial de la vivienda familiar declarada al amparo del artículo 96 del Código Civil. Ello significa que la atribución del uso de la misma en causa matrimonial no impide el ejercicio de la acción de división de la cosa común, siempre que se garantice aquel derecho, impidiendo que las personas que ocupan la vivienda familiar por atribución judicial puedan ser desalojadas en tanto persistan las circunstancias tomadas en consideración para su atribución. Así, ya el propio artículo 96 establece la asignación del uso con carácter temporal al cónyuge no titular del inmueble, criterio que, conforme constante interpretación judicial, es perfectamente traspolable a los casos de titularidades compartidas, pues de otra forma las facultades dominicales de uno de los cónyuges, precisamente el no beneficiario por el derecho de uso quedarían largo tiempo, cuando no indefinidamente, frustradas, transgiriéndose de tal forma los derechos que en cualquier otro caso de comunidad de bienes reconocen los artículos 392 y sigs. del Código Civil, y en especial el de instar la división de la cosa común sancionado por el artículo 400 del Código Civil».

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, sentencia de 28 de septiembre de 2002, recurso 768/2000 (La Ley Juris.: 1233/2003).

(6) Vid., en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, sentencia de 28 de septiembre de 2002, recurso 768/2000 (La Ley Juris.: 1233/2003).

V. CONSIDERACIÓN DE ESTE DERECHO COMO UNA CARGA DE LA VIVIENDA CON LA QUE HA DE CONTAR EL NUEVO ADQUIRENTE EN CASO DE VENTA DEL INMUEBLE DIVIDIDO

Derivado de las garantías específicas atribuidas por ley a este derecho de uso, se deriva la consideración de este derecho como una carga de la vivienda con la que ha de contar el nuevo adquirente en caso de venta del inmueble dividido. Cuestión afirmada reiteradamente por la jurisprudencia, pues si bien el —generalmente esposo— cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio (7).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.3. Derechos reales

COPROPIEDAD. VENTA DE COSA COMÚN POR COPARTÍCIPES EN EL DOMINIO, TITULARES REGISTRALES, SIN CONTAR CON EL OTRO CON- DUEÑO RECONOCIDO EN DOCUMENTO PRIVADO. VENTA DE COSA AJENA.—VALIDEZ DE LA MISMA Y MANTENIMIENTO EN LA ADQUISICIÓN DEL TERCER ADQUIRENTE DE BUENA FE (ART. 34 LH). (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

(7) Vid. Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2001 (La Ley Juris.: 719794/2001). «La cuestión a determinar es, entonces, qué ocurre con el derecho de uso exclusivo del inmueble que tiene uno de los cónyuges derivado de su atribución como vivienda familiar. Sobre este aspecto cabe señalar la línea jurisprudencial que, en términos generales, considera que el uso de la vivienda familiar tiene efectos *erga omnes*, siendo claramente oponible a terceros, incluidos los futuros propietarios del mismo (SSTS de 31 de diciembre de 1994, RJ 1994/10330; 25 de octubre de 1999, RJ 1999/7680; entre otras). Si bien en algunas ocasiones esta permanencia se ha fundamentado en un pretendido «derecho real familiar» derivado de la sentencia de separación o divorcio (STS 18-10-1994, RJ 7722); en la actualidad se hace referencia a la existencia de una carga derivada de la sentencia de separación o divorcio. Una carga con la que ha de contar el nuevo adquirente, tal y como lo ha explicitando el Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10684), 20 de mayo de 1993 (RJ 1993/3807), 14 de julio de 1994 (RJ 1994/6439) y 16 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9144), con arreglo a las que, si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne, y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, la que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó (STS de 27 de diciembre de 1999, RJ 1999/9493). Un derecho de uso que puede igualmente ser objeto de registro en el correspondiente Registro de la Propiedad. Por lo que este motivo de impugnación debe prosperar».