

Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª, Sentencia de 22 Feb. 2005, rec. 331/2004

Ponente: Cerda Miralles, María de los Desamparados.

Nº de Sentencia: 83/2005

Nº de Recurso: 331/2004

Jurisdicción: CIVIL

Tipo de recurso de la resolución: APELACION

COMUNIDAD DE BIENES. Extinción. Por división.

Normativa aplicada

TEXTO

En Tarragona a veintidós de febrero de 2005

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE TARRAGONA

SECCIÓN TERCERA.

ROLLO NÚMERO 331/2004

ORDINARIO 885/2003.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO UNO DE TARRAGONA.

SENTENCIA NÚM.

o

ILMOS. SRES:

PRESIDENTE.

D. AGUSTÍN VIGO MORANCHO.

MAGISTRADOS.

DÑA. ÁNGELES GARCÍA MEDINA.

DÑA. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS CERDÁ MIRALLES.

Visto ante esta Sección tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona el recurso de apelación interpuesto por Dña. Angelina , representada por la Procuradora del los Tribunales Sra. Carrera Portusach y asistida por el Letrado D. Javier Mazariegos, contra la sentencia dictada el 6-4-2004, por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Tarragona en los autos de procedimiento ordinario seguidos con el número 885/2003, en el que han intervenido como partes la apelante como demandada y como demandante D. Iván , representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Solé Tomás y asistido por el Letrado D. Franciso Fuster

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida y;

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva:

"Se estima en lo sustancial la demanda interpuesta por el Procurador Don José María Solé Tomás, en nombre y representación de DON Iván , contra DOÑA Angelina , representadas por la Procuradora Dña. Elisabet Carrera Portusch, y, en consecuencia, se adoptan los siguientes pronunciamientos:

a) Se declara la extinción y disolución de la comunidad formada por ambos litigantes sobre la vivienda designada como finca registral número NUM000 del Registro de la Propiedad número 1 de Tarragona, y se acuerda la venta de la vivienda en pública subasta del citado inmueble, con admisión de licitadores extraños, repartiéndose por mitad el precio obtenido entre ambos partícipes.

b) Se ordena la cancelación registral de la inscripción 14ª de la citada finca, referente a la atribución del uso y disfrute exclusivos a favor de los hermanos Plácido y Ángela de la mitad indivisa propiedad de Dña. Angelina , reconociendo, consiguientemente, el derecho de quien pueda resultar adjudicatario de la vivienda en pública subasta de ser puesto en posesión de la totalidad de la misma.

c) No se efectúa pronunciamiento expreso sobre las costas del procedimiento...".

SEGUNDO.- Contra la mencionada sentencia fue preparado y se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la parte reseñada en el encabezamiento, admitido a trámite, fueron elevados los autos a esta Audiencia. Habiendo tenido lugar la votación y fallo de la causa el día señalado en las actuaciones.

TERCERO.- En la tramitación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Iltra. Sra. Magistrada Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS CERDÁ MIRALLES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El planteamiento de la cuestión en la instancia fue el siguiente:

El demandante es propietario, por auto de adjudicación de fecha 19-7-2002, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número seis de Tarragona, de una mitad indivisa de la vivienda designada como finca registral número NUM000 del Registro de la Propiedad número uno de Tarragona.

La adjudicación a la que se alude trae causa de un juicio ejecutivo en cuyo seno se procedió al embargo de la mitad indivisa de la vivienda, perteneciente al esposo de la demandada, Don Roberto , adquirida en subasta por el actor. El mandamiento para la anotación preventiva del embargo, fue expedido en fecha 12 de diciembre de 1997, causando inscripción el 23 de enero de 1998. La anotación preventiva fue prorrogada por providencia de 29 de octubre de 2001, accediendo al Registro el 7 de noviembre siguiente. La anotación preventiva originaria y la prorrogada fueron canceladas en fecha 16 de abril de 2003, conforme a los pronunciamientos contenidos en el mismo auto de adjudicación de 19 de julio de 2002.

El auto de adjudicación fue presentado en el Registro en fecha 11 de marzo de 2003, procediéndose a su inscripción en fecha 16 de abril del mismo año.

El 18 de noviembre de 2002 fue dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Tarragona sentencia decretando la separación de la demandada y de su esposo, aprobándose el convenio regulador en el que se atribuía a los dos hijos del matrimonio el uso y disfrute de la vivienda litigiosa.

Presentada la sentencia en el Registro de la propiedad el 12-3-2003, se procedió a la inscripción el 16-5-2003, del derecho de uso

y disfrute; si bien, afectando únicamente a la mitad indivisa propiedad de la Sra. Angelina , al constar ya inscrita la otra mitad a nombre del demandante.

Como se resume en la sentencia de instancia: " Al amparo de tales premisas la representación actora formula dos pretensiones: por una parte, insta la división de la cosa común y, atendida la indivisibilidad de la vivienda, solicita la venta en pública subasta de las misma, con admisión de licitadores extraños, distribuyéndose el precio del remate a partes iguales entre ambos condóminos y declarándose el derecho de quien resulte ser adjudicatario de adquirir la posesión de la totalidad del inmueble; por otra, interesa se ordene la cancelación de la inscripción 14ª de la repetida finca, es decir, la que incorpora el derecho de uso y disfrute al que se ha hecho referencia.

La sentencia recurrida estima en su integridad las pretensiones del demandante.

La parte demandada en su recurso de apelación se opone al pronunciamiento de la sentencia, por el que se da lugar a ordenar la cancelación del asiento, inscripción 14ª de la finca, referente a la atribución del uso y disfrute exclusivos a favor de sus hijos.

Se argumenta en dicho recurso que por la naturaleza del derecho inscrito, debe sostenerse su subsistencia a pesar de la adjudicación del demandante.

SEGUNDO. - No obstante el planteamiento anterior, como cuestión previa, debemos abordar la alegación contenida en el escrito de oposición al recurso de apelación, por el que la parte apelada se opuso a la admisión del recurso de apelación.

Fue alegado por la parte demandada que por haberse omitido en el escrito de interposición del recuso, la súplica peticionando la revocación del pronunciamiento de la sentencia, revocación que procedía como conclusión de los argumentos contenidos en el escrito. En la medida que dicha omisión le produce indefensión (porque le ha impedido conocer los pronunciamientos objeto del recurso, respecto de los cuales procedería su revocación) concurre causa de inadmisibilidad.

No aprecia este Tribunal la referida causa, porque la redacción del escrito de interposición del recurso valorado en su conjunto y puesto en relación con el escrito de preparación, no deja duda alguna al interprete, sobre cual es el motivo del recurso de apelación y el pronunciamiento de la sentencia cuya revocación se pretende.

La conjugación del principio pro actione (que en este caso se concreta en la proscripción de una interpretación sesgada del escrito de interposición del recurso y obliga a su consideración conjunta con el escrito de preparación) y el derecho a la tutela judicial efectiva, obligan a la anterior conclusión, máxime cuando corresponde al Tribunal el rechazo fundado de las pretensiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho, artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Precepto que se estaría infringiendo si aceptando formales argumentos de defensa, como sería este caso, que no materiales, se apreciara la concurrencia de la alegada causa de inadmisión.

TERCERO.- Resuelta en sentido desestimatorio la cuestión previa que objetaba el conocimiento en cuanto al fondo de los motivos del recurso, dedicaremos este punto a tratar tales motivos.

En su recurso la parte apelante para obtener la revocación del pronunciamiento sobre la cancelación de la inscripción del derecho sobre uso y disfrute, tras coincidir con los argumentos jurídicos de la sentencia por los que se califica jurídicamente tal derecho; disiente, sin embargo, de ella diciendo que la conclusión obtenida contradice tal derecho. Y, ha de revocarse, porque la sentencia pasa a discutir un tema de preferencia de créditos, cuando en su opinión, debemos partir de que la inscripción registral de que se trata, reconoce el derecho de nuda propiedad sobre la mitad indivisa de la finca objeto de litigio a favor del actor; por ello se dice que el derecho de uso y disfrute que afecta a la mitad indivisa de la Sra. Angelina es individual y no puede verse afectado por el derecho de preferencia (artículo 1.923 C.Civil) que favorece al actor respecto a la otra mitad indivisa del inmueble objeto de este procedimiento, y, por lo tanto, indiscutible en el tiempo.

A lo anterior cabe decir, retomando el estudio de la sentencia, que lo argumentado después de calificar jurídicamente el derecho

de uso y disfrute atribuidos a los hijos del matrimonio, no es lo que dice el apelante sino, textualmente:

" Como quiera que la adquisición de la mitad indivisa de la vivienda por parte del actor trae su origen de una adjudicación acordada en el seno de un procedimiento ejecutivo, en el curso del cual se había acordado previamente el embargo de aquella mitad - a la sazón propiedad del excónyuge de la demandada-, la cuestión que se somete a enjuiciamiento debe abordarse no sólo desde la perspectiva de la naturaleza matrimonial del procedimiento en que se constituyó el derecho de uso, sino también a la luz de los principios registrales e hipotecarios, especialmente por la relevancia que ha de otorgarse al hecho de que la adjudicación a favor del demandante fuera anterior a la atribución a lo hijos de la demandada del uso de la vivienda...".

Por ello, considerando que la inscripción de la adjudicación de la mitad indivisa al demandante ocurrió el 16-4-2003, con anterioridad a la inscripción de la atribución del derecho de uso y disfrute de la vivienda y a la luz de los artículos 38. y 1.3 de la Ley Hipotecaria se concluye que la adquisición del actor " no puede verse afectada por la concesión a favor de los hijos de la demandada del derecho de uso sobre la totalidad de la vivienda, pues es evidente que en el momento de la adjudicación de la mitad indivisa en pública subasta la realidad registral entonces existente hacía albergar al adjudicatario la expectativa de instar sin óbice alguno - no constaba, por no esta ni siquiera constituido, la inscripción derecho de uso-, la extinción de la comunidad existente sobre el inmueble y su enajenación en pública subasta, obteniendo la mitad del precio.

Finalmente sirviéndose de resolución que decidía supuesto análogo- el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25-11-1999- con base en los artículos 2.2,32,34,38 y 132 de la Ley Hipotecaria, se concluye en la sentencia reiterando: " que el demandante se adjudicó la mitad indivisa de la vivienda litigiosa al amparo de una realidad, tanto registral como extrarregistral, de la que no se desprendía la existencia de derecho de uso, ni sobre dicha vivienda ni sobre ninguna parte de la misma, y que por entonces albergó una legítima expectativa, que debe ahora protegerse, en ordena a solicitar la división de la cosa común y la venta en pública subasta sin la restricción derivada del derecho de uso. La demandada, por todo ello, debe ser acogida en su integridad".

Como se desprende de lo anterior los argumentos de la sentencia no guardan relación con los alegados por el apelante fundando su motivo, por ello el motivo de apelación no se presta a ser acogido pues discurre con un planteamiento diverso al que se efectúa en la sentencia y por tanto no puede servir para contradecir las razones de la sentencia.

Razones que por otro lado comparte plenamente este Tribunal y que justifican el mantenimiento de tal decisión y la desestimación del recurso de apelación.

Pues abundando en argumentos no debe olvidarse que desde el punto de vista de la posesión material derivada del derecho que grava la mitad indivisa, no es un derecho, que en su ejercicio pueda concretarse materialmente en mitad alguna, solo puede concretarse sobre la totalidad del inmueble, pues se trata de un derecho que no admite otra forma de posesión que un ejercicio inmediato y directo sobre el objeto, por ello su consideración como gravamen a la propiedad, limitando sus facultades, necesariamente ha de extenderse a la totalidad y tal forma de ejercicio es incompatible con el derecho que cabe reconocer al demandante, como adjudicatario de la mitad indivisa cuya adquisición, desde el punto de vista del derecho registral es obligado proteger, por haber adquirido e inscrito su derecho con anterioridad a la constitución de tal derecho a favor de los hijos de la demandada.

Debiendo subrayarse, como dice la parte apelada en su escrito de contestación al recurso que, de no accederse a la solicitud de cancelación registral solicitada en la demanda y concedida en la sentencia objeto de recurso sería tanto como no acceder a entregar, en este mismo procedimiento y una vez rematada a su favor, la posesión de la total finca al futuro adjudicatario.

Que la solución contraria podría servir de instrumento para defraudar a los acreedores, posibilitando un abuso de derecho.

E incluso, supondría, en última instancia, propiciar una diferente condición del adquirente posterior de la vivienda familiar, en supuestos idénticos, en función de la presencia o no de una crisis familiar a la que es ajeno el adquirente cuya protección es

registralemente protegible.

CUARTO.- Por lo expuesto es procedente la desestimación del recurso de apelación, con imposición a la parte apelante de las costas causadas por su recurso de conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTOS, los preceptos legales citados y demás de general aplicación;

FALLAMOS,

que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de apelación presentado por Dña. Angelina , contra la sentencia dictada el 6-4-2004, por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Tarragona en los autos de procedimiento ordinario seguidos con el número 885/2003 y en consecuencia:

1º Debemos de confirmarla y la confirmamos íntegramente.

2º Imponemos a la parte apelante las costas causadas por su recurso.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.