

Falta de legitimación activa para la división de cosa común

José Ignacio Atienza López

*Letrado de la Administración de Justicia.
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

Extracto

En los casos de divorcios en los que la vivienda ha sido atribuida a la esposa bajo cuya guarda y custodia ha quedado la hija común menor de edad del matrimonio, el marido carece de legitimación activa para promover la extinción de la copropiedad de los esposos hasta que la hija tenga mayoría de edad. La contingencia de la convivencia en la vivienda con la madre custodia reviste una especial significación en materia de prolongación del uso de la misma, mientras se mantenga la ocupación de la finca vigente la minoría de edad. Es indiferente, a estos efectos, que en los pactos de la liquidación de gananciales se anticipara la extinción del condominio a la venta de la vivienda, incluso aunque ello constase en la sentencia de divorcio.

Palabras clave: divorcio; división de cosa común; legitimación activa; guarda y custodia.

Fecha de entrada: 17-03-2020 / Fecha de aceptación: 30-03-2020

Enunciado

Juan y Juana se han divorciado de mutuo acuerdo y tienen ya sentencia de divorcio. En la misma y aprobando el convenio, y en relación con los pactos referidos a la liquidación de la sociedad de gananciales, consta uno referido a la anticipación de la extinción del condominio sobre la vivienda familiar. La madre tiene atribuida la guarda y custodia de la hija común del matrimonio que es menor de edad, y el marido ha presentado una demanda ejercitando la acción de división de la cosa común en relación con la vivienda familiar.

La esposa ha contestado a la demanda estimando que el exmarido no tiene legitimación activa para solicitar la extinción de la copropiedad sobre la finca en tanto la hija no tenga la mayoría de edad.

¿Tiene el marido esta legitimación activa?

Cuestiones planteadas:

- Proceso de divorcio de mutuo acuerdo: legitimación activa del marido para solicitar la división de la vivienda familiar, si la guarda y custodia de la hija menor está atribuida a la madre.
- Normativa aplicable y jurisprudencia en esta materia.

Solución

La cuestión esencial sobre la que el caso gira es la valoración y efectos de la sujeción del uso de la vivienda a favor de la esposa y madre de la menor y adjudicataria de su guar-

da y custodia acordado como medida definitiva en la sentencia de divorcio, aprobatoria de convenio regulador suscrito por ambos cónyuges, y copropietarios, por el que se acordaba dicha atribución a la esposa bajo cuya guarda y custodia quedaba la hija menor de edad, nacida en el año 2006. Considera la madre y exesposa que tal resolución impide la extinción del condominio, en tanto esté vigente el uso a ella atribuido sobre la vivienda familiar o que, subsidiariamente, como así solicitaba en su contestación a la demanda, para caso de acordarse la venta en pública subasta, se debe hacer declaración de indemnidad del repetido uso hasta su extinción.

Así pues, y a la vista del planteamiento jurídico de la demandada, es evidente que no se puede pasar por alto la circunstancia indiscutida de la convivencia en la vivienda litigiosa de la copropietaria demandada con la hija, aún menor de edad, nacida del matrimonio que en su día formaron ambos litigantes. Lo cual reviste especial relevancia en materia de prolongación del uso de la misma, en tanto subsista la ocupación durante la minoría de edad, por más que en el convenio regulador se anticipara su extinción a la venta de la vivienda, según condiciones que se expresan, no en las medidas definitivas de dicho convenio, sino en los pactos sobre la liquidación de la sociedad de gananciales; y por más que así fuera aprobado posteriormente en sentencia de divorcio. Efectivamente, como tiene dicho la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 9 de marzo de 2018, para caso análogo al que aquí nos trae,

la literalidad de los pronunciamientos de las resoluciones judiciales firmes no impide a los tribunales la interpretación de su contenido conforme a su fundamentación o, como en el presente caso ocurre, conforme a lo que resulta ajustado a principios de carácter indisponible y sometidos, en todo caso, y a través de cualquier procedimiento, a la tutela de oficio de los tribunales. Como lo es el principio del «favor filii», que impide considerar, para el caso concreto que aquí nos ocupa, que el uso de la vivienda familiar concedido a favor del progenitor ejerciente, junto con el actor, de la custodia compartida para que la habite junto con sus hijas en los períodos en que les corresponda estar en su compañía, pueda tenerse por extinguido por el ejercicio de la acción de división de la cosa común, antes de que ambas hijas alcancen la mayoría de edad. Siendo entonces tan solo, y cuando la menor de las hijas alcance la mayoría de edad, cuando procederá tener por eficaz el pronunciamiento extintivo del uso vinculado al ejercicio de la acción de división de la cosa común; una vez que, como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2011, la mayoría de edad llama a los tribunales a la fijación de un plazo para el desalojo que, conforme al pronunciamiento de la sentencia de medidas paterno-filiales dictada en el presente caso, habrá de tenerse por cumplido con el ejercicio de la acción de extinción del proindiviso para la que, en el presente momento, no obstante y por lo expuesto, carece el actor de legitimación activa.

Todo ello, y como se recoge en la misma sentencia citada de la misma sala, porque,

por más que el pronunciamiento firme, según la sentencia de apelación dictada en procedimiento de familia, supedita la extinción del uso a la solicitud por alguna de las partes de la división de la cosa común, es lo cierto que, como recoge la sentencia aquí apelada, tal disposición viene en todo caso supeditada por el artículo 96.4 del CC al consentimiento del cónyuge no titular (en el presente caso el no titular de la mitad indivisa correspondiente al actor solicitante de la división) o, en su caso, a la correspondiente autorización judicial. Disposición que, atendiendo a un criterio de interpretación finalista, obedece a la preservación del interés del cónyuge o, en el presente caso, integrante de la unión de hecho favorecido por la medida, en el mantenimiento del uso en que consiste el pronunciamiento dictado en procedimiento de familia, de tal forma que su extinción no quede al arbitrio de la voluntad del no favorecido, ya mediante la disposición de la vivienda a título oneroso, en el caso del pleno dominio a su favor; ya mediante la solicitud de liquidación, en el caso de que la vivienda se integre en el régimen de gananciales que hubiera regido el matrimonio; o ya mediante el ejercicio de la acción de división de la cosa común, en el caso, como el presente, de la titularidad en proindiviso a favor de ambas partes.

Conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 afirma «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)». Es decir, que el consentimiento del beneficiario del uso, no titular del pleno dominio de la vivienda, opera como «conditio iuris» para la validez de cualquier acto de disposición sobre la vivienda. Lo que, en caso de vincular dicho uso a hijos de menores de edad requerirá, además, la autorización judicial del acuerdo dispositivo, aun cuando se trate del ejercicio compartido de la custodia por ambos progenitores. Pues, como proclaman las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero y 25 de abril de 2011 y 31 de enero de 2013, «siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público.

Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios in-

tereses [...]. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE».

En este mismo sentido, conforme así consideró esta misma sala en auto de 28 de julio de 2010,

de lo que no cabe la menor duda es que las medidas atinentes a los menores pueden ser objeto de modificación, pues así se desprende de las facultades que se le confieren al juez para adoptar, incluso de oficio, cualquier medida que considere oportuna para evitar perjuicios a los menores (arts. 158.4.º y 159 del citado código), lo que puede adoptarse en el proceso especial previsto en el artículo 746.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil o como simple medida cautelar a las que se refiere el artículo 770 regla 6.ª de la misma ley, en el marco del proceso de ejecución en los términos que prevé el artículo 776.3.ª, o finalmente, en cualquier proceso civil o penal o incluso en procedimiento de jurisdicción voluntaria, como expresamente señala el citado artículo 158 del código sustantivo.

En consecuencia, por tratarse en todo caso de materia indisponible y sujeta a la tutela de oficio de los tribunales, atendida la identidad de supuestos resueltos por la sentencia de esta sala parcialmente transcrita y la presente y en aplicación del artículo 96.4 del CC, consideramos que carece de legitimación el copropietario, y progenitor, actor para instar la extinción del condominio hasta la mayoría de edad de la hija menor; como único momento extintivo al que debe considerarse vinculado el acuerdo de cesión del uso de la vivienda familiar, contenido en convenio regulador aprobado por posterior sentencia de divorcio, salvo que, justificadamente y por vía de modificación de medidas, contenciosa o de mutuo acuerdo, se llegara a producir la desafectación de la misma como vivienda familiar. Momento, cualquiera de ellos, en el que, teniéndose por extinguido el derecho de uso concedido, podrá reconocerse plenamente aplicable en toda su extensión lo acordado por los progenitores en convenio regulador respecto de la venta de la vivienda familiar, incluido en el apartado de liquidación de la sociedad ganancial de la que forma parte la vivienda concernida. Pues es evidente que sí resulta ineficaz, por contrario al interés *favor filii* en los términos del artículo 96.1 del CC, el acuerdo que, aun aprobándose por sentencia de divorcio, vincula la extinción del uso de la vivienda familiar, de titularidad indivisa de ambos progenitores, a la venta de la misma antes de que la hija común, bajo la guarda y custodia exclusiva de la madre, alcance la mayoría de edad; igualmente resultará ineficaz el consentimiento prestado para dicha venta si, como se pretende por el actor, el mismo resulta consustancial al desalojo de la vivienda por parte de la hija durante su minoría de edad.

Por lo tanto, esta doctrina jurisprudencial no deja lugar a dudas y la minoría de edad resulta un factor condicionante a la hora de permitir el ejercicio de la acción pretendida, operando el interés del menor, de oficio, como un límite para el ejercicio de las acciones, incluso por encima de lo acordado en una sentencia firme aprobatoria de un convenio, dadas las opciones que se mantienen en la jurisprudencia de poder interpretar la misma.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 96.1 y 4.
- SSTS 859/2009, de 14 de enero de 2010 y 624/2011, de 5 de septiembre (NCJ059971).
- RDGRN de 10 de octubre de 2008 y 14 de mayo de 2009.