

Id Cendoj: 28079110012010100464  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1741/2005  
Nº de Resolución: 443/2010  
Procedimiento: Casación  
Ponente: ROMAN GARCIA VARELA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x DESAHUCIO x
- x PRECARIO (COMODATO) x
- x COMODATO x

**Resumen:**

Desahucio por precario. Terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio: Relación de precario.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a catorce de Julio de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, el presente recurso de casación interpuesto por doña Ángela representada ante esta Sala por el Procurador don Javier Zabala Falcó, contra la sentencia dictada en grado de apelación -rollo nº 180/2005- en fecha 24 de mayo de 2005 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Burgos dimanante de autos de juicio verbal seguidos con el nº 242/2004 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Aranda de Duero.

Ha sido parte recurrida doña Florinda representada ante esta Sala por la Procuradora doña María del Carmen Moreno Ramos.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1º.- El Procurador don Marcos María Arnáiz de Ugarte en nombre y representación de doña Florinda promovió demanda de juicio verbal sobre desahucio por precario, turnada al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Aranda de Duero, contra doña Ángela en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: "(...) dictar sentencia por la que, estimando la demanda, se declare que la demandada ocupa en precario la vivienda descrita en el hecho primero de esta demanda declarando haber lugar al desahucio de la misma y condenado, por ende, a dicha demandada a desalojar y dejar a la libre disposición de mi representada la referida vivienda dentro del plazo legal, con apercibimiento de judicial lanzamiento, caso de no proceder al desalojo voluntario en el plazo que se señale, con expresa imposición de las costas del juicio a la demandada".

2º.- Admitida a trámite la demanda por auto de 11 de junio de 2004, se dió traslado a la demandada y se citó a las partes para la celebración de la vista, que tuvo lugar el 15 de julio de 2004, donde se ratificó en su demanda la parte actora y contestó, oponiéndose, la parte demandada.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Aranda de Duero dictó sentencia, en fecha 21 de julio de 2004, cuya parte dispositiva dice literalmente: " *Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador don Marcos María Arnáiz de Ugarte, en nombre y representación de doña Florinda contra doña Ángela, debo absolver y absuelvo a la referida demandada de todas las pretensiones contra ella ejercitadas, con expresa condena en costas a la parte demandante* ".

4º.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Sección 2ª de la Audiencia

Provincial de Burgos dictó sentencia, en fecha 24 de mayo de 2005 , cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "*Se estima el recurso de apelación formulado por doña Florinda contra la Sentencia de fecha 21 de julio de 2004, dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Aranda de Duero y con revocación de la misma, se estima la demanda formulada por la parte apelante, y se declara que la demandada doña Ángela ocupa en precario la vivienda sita en Aranda de Duero, FINCA000 , Carretera N-1 Madrid-Irún, Km. NUM000 señalada con el nº NUM001 del plano acompañado a la escritura de obra nueva de 12 de noviembre de 1997, condenando a la demandada a desalojar la citada vivienda, con apercibimiento de lanzamiento, de no proceder al desalojo voluntario en el plazo que se señale. No se hace imposición de las costas en ambas instancias*".

**SEGUNDO.-** 1º.- Por la representación procesal de doña Ángela , con fecha 14 de julio de 2005, se ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en fecha 24 de mayo de 2005 por la Audiencia Provincial de Burgos , sección 2ª, en el rollo nº 180/05, dimanante de los autos de juicio verbal nº 242/04 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Aranda de Duero.

2º.- **Motivo del recurso de casación** . Al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los artículos 7.1, 1749, 1750, 1280 y 1227 del Código Civil . Alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, al considerar que las resoluciones judiciales que, en procedimientos de separación o divorcio, atribuyen el uso y disfrute del domicilio familiar a uno de los cónyuges constituyen título oponible *erga omnes* suficiente para apreciar la existencia de un comodato y no de una situación de precario. Termina suplicando: "(...) case y anule la Sentencia recurrida, dictando otra en su lugar en la que se desestime la demanda formulada de contrario, con expresa imposición de las costas de todo el procedimiento a la parte recurrida".

3º.- Por Providencia de 15 de julio de 2005 se acordó la remisión de los autos originales a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, habiéndose notificado la misma a los Procuradores personados de las partes.

4º.-El Procurador D. Javier Zabala Falcó, en nombre y representación de doña Ángela , presentó escrito ante esta Sala personándose en concepto de recurrente. La Procuradora doña María del Carmen Moreno Ramos, en nombre y representación de doña Florinda , presentó escrito ante esta Sala por el que se personaba en concepto de parte recurrida.

5º.- La Sala dictó auto de fecha 15 de abril de 2008 cuya parte dispositiva dice literalmente: " 1.- **ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de Dª. Ángela contra la Sentencia dictada, en fecha 24 de mayo de 2005, por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), en el rollo de apelación nº 180/2005, dimanante de los autos de juicio de desahucio por precario nº 242/2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Aranda del Duero. 2.- Y entréguese copia de los escritos de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de **VEINTE DÍAS** , durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría ".

**TERCERO.-** Con fecha 6 de junio de 2008 la Procuradora doña María del Carmen Moreno Ramos, en nombre y representación de doña Florinda , presentó escrito de oposición al recurso de casación, suplicando a la Sala "(...) dictar el oportuno auto por el que se declare no admitir el recurso de casación, declarando la firmeza de la Sentencia recurrida; subsidiariamente, de admitirse, se dicte sentencia desestimándolo íntegramente y confirmando la sentencia recurrida, con imposición de las costas del recurso en cualquiera de ambos supuestos, a la parte recurrente".

**CUARTO.-** La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 16 de junio de 2010 , en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Roman Garcia Varela,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La base fáctica del litigio está formada por los hechos que seguidamente se exponen.

La actora, doña Florinda , afirma ser propietaria de una vivienda sita en la finca FINCA000 de la Villa de Aranda de Duero, que se localiza en la llamada zona privada de la referida finca. La demandante cedió el uso y disfrute a título gratuito de dicha vivienda a su hijo, don Maximo , para que fijara en ella su domicilio,

junto con la que era su esposa, doña Ángela , ahora demandada. El matrimonio, junto con las hijas de ambos, vino ocupando la vivienda hasta que sobrevino la crisis matrimonial, adjudicándose en sentencia de separación el uso de la vivienda a la hasta entonces esposa.

Ejercita la actora acción de desahucio por precario contra la que fuera esposa de su hijo.

El Juzgado de Primera Instancia califica la relación jurídica existente entre las partes como un contrato de comodato, desestimando íntegramente la demanda.

Recorre en apelación la parte demandante. La Audiencia Provincial califica el uso de la vivienda por la demandada como precario y niega que la atribución de este uso acordada en sentencia de separación pueda oponerse a la actora como título que ampare la posesión por la demandada, dado que tal resolución no resulta oponible *erga omnes* . Precisa que, en el momento de ceder el uso de la vivienda, la actora actuó en calidad de propietaria, sin que en nada afecte a la decisión de estimar la demanda el hecho de que en la actualidad resulte ser propietaria de la mitad indivisa de la vivienda y de la finca en la que está situada, y usufructuaria universal del resto, siendo el hijo de la actora, ex esposo de la demandada, nudo propietario de la otra mitad de la vivienda, como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales de sus padres y posterior división de la herencia de su fallecido padre.

Recorre en casación la parte demandada, al amparo del *ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC* en sus vertientes de oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por resolver puntos o cuestiones sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Articula dicho recurso en dos motivos que pueden ser resueltos conjuntamente, a la vista de las alegaciones contenidas en ellos. Así, tras citar como infringidos los *artículos 7.1, 1749, 1750, 1280 y 1227 del Código Civil* , alega en el primer motivo que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 18 de octubre de 1994 y 2 de diciembre de 1992 , que establece que las resoluciones judiciales que atribuyen el uso y disfrute del domicilio familiar constituyen título oponible *erga omnes* suficiente para apreciar la existencia de un comodato y no de una situación de precario. En el segundo motivo plantea la misma cuestión jurídica y sustenta, en este caso, el interés casacional en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

**SEGUNDO** .- El recurso plantea a la Sala, una vez más, el conflicto que se genera cuando el propietario de un inmueble ha cedido su uso a un familiar, generalmente un hijo o hija, para que en él se fije el domicilio familiar, posteriormente deviene la ruptura matrimonial o de la convivencia y una resolución judicial atribuye a uno de los cónyuges o convivientes el uso de la vivienda. Se trata, pues, de dilucidar qué facultades de recuperación del inmueble le quedan a ese tercero, propietario de la vivienda y afectado por una resolución judicial dictada en un proceso de familia.

Las sentencias más recientes dictadas por esta Sala han abandonado la tesis de las sentencias invocadas por la recurrente en el primer motivo como fundamentadoras del interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, esta nueva jurisprudencia ha unificado la doctrina de las Audiencias Provinciales, por lo que tampoco existe ya el interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales que se aduce en el segundo motivo.

Así, la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005 (y a partir de ella otras muchas, como las de 30 de junio y 22 de octubre de 2009, entre las más recientes), puso de manifiesto, para resolver conflictos como el ahora planteado, la necesidad de analizar cada caso concreto para definir si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. En tal caso, se deberán aplicar las normas reguladoras de este negocio jurídico. Sin embargo, en el supuesto de que no resulte acreditada la existencia de esta relación jurídica, se debe concluir que estamos ante la figura del precario, lo que conlleva que el propietario o titular del inmueble podrá, en cualquier momento, reclamar su posesión. En este último caso, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 (recurso 1994/2005 ), "*Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios*". Sigue diciendo la sentencia, como ya se avanzó, que "*esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005* ". Esta jurisprudencia ya reiterada ha vuelto a ratificarse en otra sentencia del Pleno de esta Sala, esta vez de fecha 14 de enero de 2010 (recurso 5806/2000).

**TERCERO** .- En definitiva, la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda.

En la proyección de la anterior doctrina al caso que se examina, resulta que la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a la demandante y a la demandada era la propia de una situación de precario. Dicha calificación la funda la Audiencia, tras el examen de la prueba practicada, en que el uso no se pactó por tiempo concreto, ni se satisfizo pago alguno como consecuencia de la ocupación de la vivienda, lo que permite concluir a la Audiencia que la actora se limitó a ceder una vivienda de su propiedad para que fuera ocupada por su hijo y su familia, situación que califica como precario, con la consecuente facultad de la actora de reclamar la vivienda a su voluntad.

Por tanto, la solución que ofrece la sentencia recurrida se ajusta al criterio de esta Sala y debe ser mantenida en casación. La Audiencia no ha tenido por acreditada la concurrencia de las notas definitorias del préstamo de uso, por lo que califica la relación entre las partes como una mera situación de precario. A su vez, tal calificación no se ve alterada por el hecho de que, tras la muerte del esposo de la actora y como consecuencia de la división de su herencia y la previa disolución de la sociedad de gananciales, resulte ser propietaria ahora la demandante de la mitad indivisa del inmueble y usufructuaria de la otra mitad, pues tal circunstancia no altera el título en virtud del cual la demandada viene usando y disfrutando del inmueble, a lo que se debe añadir, tal y como indica la Audiencia, que en el momento en el que se cedió la vivienda la actora era la única propietaria. En definitiva, la actora cedió la vivienda a su hijo para que constituyese su hogar familiar, pero no consta su voluntad de renunciar a recuperarla mientras constituyese el domicilio de la familia. En este sentido, no se dan los elementos característicos del comodato, por lo que la posesión de la vivienda por la demandada lo es a título de precario.

Como conclusión, debe insistirse en que no constituye título hábil de oposición la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda a la ex esposa demandada, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes.

**CUARTO.-** La desestimación del recurso de casación conlleva la confirmación de la sentencia recurrida y la condena a la parte recurrente del pago de las costas causadas en el recurso, de acuerdo con lo previsto en el *artículo 398.2 en relación con el 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Que debemos declarar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Ángela contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos, el 24 de mayo de 2005 , en el rollo de apelación nº 180/05.

2º.- Imponer el pago de costas causadas en este recurso a dicha parte recurrente.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **Juan Antonio Xiol Rios; Roman Garcia Varela; Francisco Marin Castan; Jose Antonio Seijas Quintana; Encarnacion Roca Trias; Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman Garcia Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.