

Roj: STS 1045/2013  
Id Cendoj: 28079110012013100111  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1959/2010  
Nº de Resolución: 160/2013  
Procedimiento: Casación  
Ponente: ROMAN GARCIA VARELA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Marzo de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados reseñados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por doña Julia , representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada en grado de apelación, en fecha 25 de junio de 2010, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, rollo nº 42/2010 , dimanante de autos de juicio verbal seguidos con el nº 545/2009 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de El Ejido.

Ha sido parte recurrida doña Rosaura , representada ante esta Sala por la procuradora de los tribunales doña Sara Martín Moreno.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1º.-** El procurador de los tribunales don Roman Bonilla Rubio, en nombre y representación de doña Rosaura , formuló demanda de juicio verbal sobre desahucio por precario, turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de El Ejido, contra doña Julia , don Pedro Jesús , don Bernabe y doña Dulce , en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «[...] dicte sentencia por la que, estimando la demanda, condene a los demandados a dejar libre y a disposición del actor la vivienda que vienen ocupando en precario, con expresa imposición de las costas del juicio» .

**2º.-** Admitida a trámite la demanda, se dió traslado de la misma y de los documentos que la acompañaban a los demandados, y a citar a las partes para la celebración de la vista oral, que tuvo lugar el 26 de octubre de 2009.

**3º.-** En el acto de la vista, la parte actora se ratificó en su demanda y la parte demandada se opuso. Propuesta prueba, admitida y practicada la pertinente, quedaron los autos vistos para sentencia.

**4º.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de El Ejido dictó sentencia, en fecha 26 de octubre de 2009 , cuya parte dispositiva dice literalmente: «*Se desestima la demanda de juicio verbal de precario interpuesta por el Procurador de los Tribunales don José Román Bonilla Rubio, en nombre y representación de don Rosaura contra doña Julia , don Pedro Jesús , don Bernabe y doña Dulce , con imposición de las costas a la parte demandante*» .

**SEGUNDO.-** Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciado el recurso, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería dictó sentencia, en fecha 25 de junio de 2010 , cuyo fallo es como sigue: «*Que con estimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada en fecha 26 de octubre de 2009 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de El Ejido en autos de juicio verbal de que deriva la presente alzada, debemos revocar y revocamos la expresada resolución y, en su lugar, estimando la demanda presentada por la representación de doña Rosaura , condenamos a los demandados, doña Julia , don Pedro Jesús , don Bernabe y doña Dulce a dejar libre, vacuo y expedito a disposición de la actora el inmueble sito en la CALLE000 , nº NUM000 de Balerma (El Ejido), dentro del plazo legalmente establecido con el apercibimiento de proceder a su lanzamiento si no lo hiciere en el mencionado término, imponiéndole asimismo el pago de las costas originadas en la primera instancia, sin hacer expresa imposición de las ocasionadas en esta alzada*» .

**TERCERO.-1º.-** La representación procesal de doña Julia ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación, en fecha 25 de junio de 2010, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, en el rollo nº 42/2010 dimanante de los autos de juicio verbal de desahucio seguidos con el nº 545/2009 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de El Ejido.

**2º.- Motivos del recurso de casación** . Al amparo del artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil : 1º) por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las SSTs de 26 de diciembre de 2005 , 2 de octubre de 2008 y 13 de abril de 2009 ; 2º) vulneración de los artículos 7.1 y 1750 del Código Civil , así como infracción, por aplicación indebida, de la figura jurisprudencial del «precario» que conforma una situación de mera posesión tolerada sin contraprestación.

**3º.-** Por Diligencia de fecha 11 de noviembre de 2010 se acordó la remisión de los autos originales a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes personadas.

**4º.-** El procurador de los tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de doña Julia , se personó el 22 de diciembre de 2010 en calidad de recurrente. La procuradora de los tribunales doña Sara Martín Moreno, en nombre y representación de doña Rosaura , se personó el 23 de noviembre de 2010 como parte recurrida.

**5º.-** La parte recurrente ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial.

**6º.-** La Sala dictó auto, de fecha 12 de abril de 2011, cuya parte dispositiva dice literalmente: «1º) *Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Julia , contra la sentencia dictada, en fecha 25 de junio de 2010, por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª), en el rollo nº 42/2010 dimanante de los autos de juicio verbal de desahucio nº 545/2009, del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de El Ejido.* 2º) *Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría*» .

**7º.-** Evacuando el traslado conferido, la Procuradora doña Sara Martín Moreno, en nombre y representación de doña Rosaura , mediante escrito de fecha 26 de mayo de 2011, se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario, suplicando a la Sala: «[...] *que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en su mérito, tener por formalizada en tiempo y forma, por doña Rosaura , oposición al recurso de casación interpuesto por doña Julia contra la sentencia dictada, con fecha 25 de junio de 2010, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería , y, en su día, dictar sentencia no dando lugar al mismo y confirmando la sentencia impugnada, con imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente*» .

**CUARTO.-** No habiendo solicitado todas las partes personadas la celebración de vista pública, ni estimándola necesaria este Tribunal, la Sala señaló para votación y fallo 26 de febrero de 2013, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Doña Rosaura demandó a doña Julia , don Pedro Jesús , don Bernabe y doña Dulce , mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, con la alegación de que la vivienda objeto del debate fue propiedad de sus suegros, que perdieron el dominio por subasta judicial, donde fue adjudicada a su hijo don Salvador , en la actualidad marido de la actora y de quien ésta la adquirió el 14 de mayo de 2003; también, aduce que no se trata de un contrato de comodato, pues no está acreditado un consentimiento de voluntad válido y eficaz, ni la fijación de un límite temporal y, si bien ha quedado probado que la familia de don Francisco permaneció con la ocupación del inmueble, amén de que, por sentencia de divorcio de fecha 16 de noviembre de 2004 , se adjudicó el uso y disfrute de la vivienda a doña Julia y a su hijo menor hasta que éste fuera mayor de edad, entiende que dicha resolución sería solo oponible frente al ex-cónyuge, pero no contra la ahora recurrida; a lo que se opuso la parte demandada con la manifestación de que nos encontramos ante una situación de comodato, por ser los demandados familiares de la iniciadora del proceso (la suegra, el cuñado y los abuelos del marido de aquélla), con la particularidad de que la vivienda ha sido casa familiar desde el año 1990, en el año 1997 la adquirió el marido de la demandante en subasta judicial y en el año 2003 la vendió a doña Rosaura ; por último, en el año 2004, doña Julia y don Francisco se divorciaron, y

la sentencia dictada en el juicio matrimonial otorgó el uso de la vivienda a aquélla y a su hijo menor de edad Pedro Jesús , cuya decisión fue ratificada en apelación por la audiencia provincial.

El juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la audiencia, que tras analizar la prueba practicada determinó que el uso de la vivienda era constitutivo de precario, toda vez que no se había probado que existiera un contrato de comodato para habilitar a la parte demandada a mantenerse en el uso del inmueble; asimismo, declaró que el hecho de que una sentencia dictada en un proceso de divorcio hubiera atribuido el uso del inmueble como vivienda a la esposa y a su hijo menor de edad, no impedía el éxito de la acción de desahucio, pues dicha decisión judicial solo tenía efectos entre las partes, y no en relación a terceros ajenos a la controversia familiar.

Doña Julia ha interpuesto recurso de casación, con cobertura en el artículo 477. 2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , contra la sentencia de segunda instancia, sin que lo dedujeran los demás demandados.

**SEGUNDO.-** El recurso de casación integra dos motivos: *el primero* , acusa la infracción de la jurisprudencia de esta Sala referida en sentencias de 26 de diciembre de 2005 , 2 de octubre de 2008 y 13 de abril de 2009 , con indicación de que la vivienda fue adquirida por el esposo de la demandante como hogar familiar para que en ella residieran sus padres y hermanos, dada la ausencia de recursos económicos y hasta que fueran independientes económicamente; y, *el segundo* , denuncia la vulneración de los artículos 7.1 y 1750 del Código Civil y la aplicación indebida de la figura jurisprudencial del precario, que conforma una situación de mera posesión tolerada sin contraprestación, tan acuñada en juzgados y tribunales; y, dado que la cuestión planteada es la misma, se examinan conjuntamente.

Ambos motivos se desestiman.

La STS de 26 de diciembre de 2005 (y, a partir de ella otras, como las de 30 de junio de 2009, 22 de octubre de 2009 y 14 de julio de 2010), 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»* .

Como sienta la sentencia del pleno de esta 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 manifestó, que *«esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005 »* . Por demás, esta doctrina ya reiterada ha vuelto a ratificarse en otra sentencia del Pleno de esta Sala, de fecha 14 de enero de 2010 (recurso 5806/2000) .

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.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso que se examina exige la desestimación del recurso de casación.

La sentencia recurrida ha rechazado que exista indicio alguno para considerar que entre la propietaria y la parte recurrente hubiera un contrato de comodato; la audiencia ha valorado que, aunque el marido de la demandante permitió que sus padres y hermanos vivieran en la casa objeto del litigio hasta el año 2003, fecha en que la actora adquiere en exclusiva la propiedad del inmueble, y toleró que continuara el uso a los actuales ocupantes, no se ha acreditado que existiera contrato alguno del que pueda deducirse que de la estancia

de los recurrentes se sustente en la figura del comodato, sino que entiende que de la prueba practicada esa posesión consentida resulta ser de precario.

En verdad, la circunstancia de que la actora conociera la ocupación del inmueble cuando adquirió la propiedad, supone que otorgó su consentimiento para que los demandados usaran gratuitamente la casa.

La sentencia citada por la parte recurrente de 13 de abril de 2009 , no recoge la misma situación que la de este litigio, como plantea la parte recurrente, sino que esta resolución, en consonancia con la jurisprudencia ya citada, declara que la audiencia, tras valorar la prueba practicada, señala que entre las partes se concertó un contrato de comodato, en relación a una vivienda sobre la que el esposo de la allí demandada resultaba ser el nudo propietario, situación muy distinta en la que es objeto de este pleito.

**TERCERO.-** 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

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Julia contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, en fecha de veinticinco de junio de dos mil diez, en el rollo de apelación número 42/2010 , con imposición a la parte recurrente del abono de las costas causadas en este recurso.

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 . Francisco Marin Castan; Jose Antonio Seijas Quintana; Francisco Javier Orduña Moreno; **Roman Garcia Varela**; Xavier O'Callaghan Muñoz. 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.