

Roj: **STS 776/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:776**Id Cendoj: **28079110012010100091**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/01/2010**Nº de Recurso: **1994/2005**Nº de Resolución: **861/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP VA 365/2005,**  
**STS 776/2010**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Enero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, por Dª Marta , representada por el Procurador de los Tribunales D. David Vaquero Gallego, contra la Sentencia dictada, el día 31 de marzo de 2005, en el rollo de apelación 49/2005, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid, en los autos de verbal de desahucio por falta de pago nº 995/2004. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Miguel A. Capetillo Vega, en nombre y representación de Dª Marta , en calidad de parte recurrente; asimismo comparece el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en representación de Dª Amparo , en calidad de parte recurrida.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid, interpuso demanda de juicio verbal de desahucio por precario Dª Amparo , contra Dª Marta . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... se dicte sentencia por la que, estimando la demanda, se condene a haber lugar al desahucio por precario, ordenando a la demandada a desalojar y dejar a disposición de mi mandante la finca litigiosa en el plazo de un mes, con imposición de las costas a la demandada"*.

Por resolución de 30 de septiembre de 2004, se acordó admitir a trámite la demanda, conferir traslado a la demandada, y convocar a las partes para la celebración de la oportuna Vista, la que tuvo lugar en el día y hora señalado, en cuyo acto la demandante ratificó su demanda; la demandada Dª Marta , compareció representada por el Procurador Sr. Vaquero Gallego contestando a la demanda en el sentido de formular oposición, solicitando se dicte sentencia desestimatoria con imposición de las costas a la actora. Practicándose la prueba admitida y previamente declarada pertinente con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Valladolid dictó Sentencia, con fecha 10 de noviembre de 2004 , y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: DESESTIMO la demanda presentada por Amparo contra Marta , y, en consecuencia absuelvo a la demandada de las pretensiones frente a ella formuladas, con imposición de las costas procesales a la demandante"*.

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación Dª Amparo . Sustanciada la apelación, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó Sentencia, con fecha 31 de marzo de 2005 , con el siguiente fallo: *"Que estimando el recurso de apelación interpuesto a nombre de Doña Amparo contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid, en*



fecha 10 de Noviembre de 2004 , en los autos a que se refiere este rollo, debemos revocar y revocamos la aludida resolución y estimando la demanda declaramos haber lugar al desahucio por precario instado contra la demandada a la que condenamos a desalojar y dejar a disposición de la demandante la finca litigiosa sita en la C/ DIRECCION000 núm. NUM000 , NUM001 NUM002 de la localidad de Laguna de Duero en el plazo de un mes. Imponemos a la demandada las costas de la primera instancia y no hacemos expresa imposición de las de esta alzada".

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación por D<sup>a</sup> Marta , contra la sentencia de apelación el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el Procurador D. David Vaquero Gallego, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del nº 3 del apartado 2 del art. 477 de la LEC , por infracción de los artículos 90 B), 91, 96, 103.1, 1227 y 1280 del Código Civil , así como los artículos 39 apartados 1 y 2 de la Constitución Española.

Segundo.- Al amparo del nº 3 del apartado 2 del art. 477 de la LEC , por infracción de los arts. 1740, 1741 y ss del Código Civil .

Tercero.- Al amparo del nº 3 del apartado 2 del art. 477 de la LEC , por infracción del art. 7 del Código Civil .

Por resolución de fecha 28 de septiembre de 2005, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Miguel A. Capetillo Vega, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Marta , en concepto de recurrente. El Procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Amparo , en concepto de recurrida.

Admitido el recurso por Auto de 20 de mayo de 2008 , y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en la representación acreditada presentó escrito impugnando el recurso formulado de contrario, y solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el 1 de octubre de 2009, acordándose suspender dicho señalamiento, y por razón de la materia someter el contenido de dicho recurso al conocimiento del Pleno, señalándose a tal efecto el día 14 de diciembre de 2009, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Resumen de los hechos probados.

1º La demandante D<sup>a</sup> Amparo , es propietaria de la mitad de una vivienda junto con su hermano, D. Gabriel . D. Gabriel contrajo matrimonio con la demandada, D<sup>a</sup> Marta y los cónyuges establecieron su domicilio conyugal en la referida vivienda.

2º Interpuesta demanda de separación contenciosa por parte de D<sup>a</sup> Marta , el uso y disfrute de la citada vivienda fue atribuido a la demandada en este litigio D<sup>a</sup> Marta .

3º D<sup>a</sup> Amparo demandó a D<sup>a</sup> Marta , ejerciendo la acción de desahucio por precario y con la finalidad de obtener el desalojo de la vivienda.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Valladolid, de 10 noviembre 2004 , desestimó la demanda. Entendió la sentencia que la situación de la vivienda poseída por la demandada no se ajustaba al precario, ya que presentaba una peculiaridad porque la titularidad era compartida con el marido de la demandada y "ello significa que el título originario que justifica la posesión se encuentra no simplemente en la concesión graciosa de la actora, sino esencialmente en la copropiedad que ostenta el esposo de la demandada, del que dimana el uso actual por ella, es decir, el derecho a poseer inherente al condominio que corresponde a ese copropietario está judicialmente atribuido a la demandada y su hija" . De este modo, "no cabe considerar precarista al condómino (o a quien ocupa su posición) que posee la cosa común frente a los demás partícipes, ya que [...] no puede ser equiparado con quienes disfrutaban de una cosa por mera tolerancia o sin título amparador" .

5º D<sup>a</sup> Amparo apeló dicha sentencia, que fue revocada por la de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 31 marzo 2005 . Dice la Audiencia que "la sentencia no crea por sí sola un título de ocupación oponible erga omnes y no tiene el alcance modificador del carácter de precario en el disfrute del inmueble, sin que altere el régimen sustantivo de los derechos en cuya virtud se ocupaba anteriormente la vivienda. Solo sería posible esa oponibilidad del título judicial de ocupación creado en el proceso matrimonial en el caso de que la vivienda perteneciese en su totalidad al esposo no adjudicatario que estaba presente en el proceso matrimonial"; señala que la actora no pudo participar en el procedimiento matrimonial, por lo que la demandada no puede



oponer más derecho que el que tenía, que no es otro que el precario y finaliza diciendo que *"no obsta a la solución tomada el hecho alegado por la parte apelada de que no existe el precario entre copartícipes pues la parte apelada no es un copartícipe en la comunidad existente entre la actora y su hermano, pues los derechos de ocupación de la apelada no nacen de la coparticipación de su esposo en la comunidad sino del título judicial de asignación del uso del domicilio familiar"*.

6º El recurso de casación presentado por la demandada Dª Marta fue admitido por auto de esta Sala de 20 mayo 2008 . Se formula al amparo del Art. 477.2, 3 LEC .

**SEGUNDO.** El *primer motivo* denuncia la infracción de los Arts. 90 b), 91, 96, 103.2, 1227 y 1280 CC, así como de los Arts. 39.1 y 2 CE . Dice la recurrente que la doctrina establecida por la jurisprudencia relativa a la oponibilidad *erga omnes* del convenio regulador homologado judicialmente, contradice expresamente el Fundamento primero de la sentencia recurrida "en la cual se refiere que *la sentencia* (refiriéndose a la sentencia en la que se aprueba el convenio regulador de la separación y se atribuye la vivienda objeto de la presente litis) *no crea por si sola título de ocupación oponible erga omnes y no tiene alcance modificador del carácter de precario en el disfrute del inmueble*" (sic), por lo que la sentencia que homologa el convenio afirma que al haber sido objeto de esta homologación, eleva la condición del mismo a la categoría de documento público, conforme al Art. 1280 CC, con eficacia frente a terceros desde su fecha.

*El motivo se desestima.*

El motivo presenta una evidente falta de técnica cuando cita disposiciones referidas a un convenio regulador (artículo 90 b ) CC), que nunca existió, porque la separación se tramitó por el procedimiento contencioso. La lista de disposiciones que se entienden infringidas se completa con las que regulan las medidas que debe tomar el juez cuando el procedimiento matrimonial deba seguirse en defecto de acuerdo de los cónyuges (artículo 91 CC) y el Art. 103 CC , relativo a las medidas provisionales en estos procedimientos. Además se cita el artículo 1227 CC sobre documentos privados y el artículo 1280 CC sobre la interpretación de los contratos, en este caso, sin señalar cuál de sus dos párrafos se considera infringido.

Debe añadirse que mal pueden vulnerarse estas disposiciones en un litigio entre el cónyuge a quien se ha atribuido la posesión de la vivienda conyugal y un tercero, afectado por el procedimiento matrimonial, en este caso, la copropietaria de la vivienda.

**TERCERO.** *Falta de interés casacional.*

En el *segundo motivo* se alega interés casacional por infracción de los Arts. 1740 y 1741 y ss CC . Alega la doctrina, según la recurrente, consolidada, acerca de la diferencia entre comodato y precario y aporta las sentencias de 18 octubre 1994 y 2 diciembre 1992 .

*El motivo se desestima.*

El presente motivo plantea de nuevo la cuestión de la facultad que tiene el tercero, propietario afectado por una sentencia dictada en procedimientos de separación o divorcio en la que se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no propietario En general, el conflicto se plantea cuando el propietario ha permitido el uso de dicha vivienda a un pariente suyo, normalmente un hijo, en razón de su matrimonio, pero que quiere recuperar cuando se ha producido la crisis matrimonial. Este caso ofrece una característica especial, puesto que uno de los cónyuges, el marido, era copropietario de la vivienda antes de haber contraído matrimonio.

Esta Sala ha dictado las sentencias de 30 junio y 22 de octubre, ambas de 2009 , en las que se recuerda que ha abandonado la tesis de las sentencias aportadas en alegación del interés casacional con la finalidad de unificar la doctrina de las Audiencias Provinciales. Por lo tanto, debe recordarse en este momento la doctrina de esta Sala, de acuerdo con la cual, *"la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial"*. Esta doctrina es la que actualmente mantiene la Sala y debe aplicarse en el presente litigio.

**CUARTO.** *Nuevos supuestos.*

Sin embargo, en la realidad se están planteando supuestos más complejos que los que inicialmente llegaban a los Tribunales, que se limitaban a la típica cesión de una vivienda a título gratuito, por el progenitor de uno de los cónyuges. La sentencia de 30 de junio de 2009 se refería a la cesión de uso de una vivienda a título gratuito efectuada entre dos hermanas y en el actual litigio, se trata de la cesión del uso exclusivo a uno de los copropietarios por parte del otro, para que utilice como vivienda familiar el piso copropiedad de ambos. Resulta, por tanto, necesario fijar criterios para facilitar la decisión en los diferentes casos posibles.

**QUINTO.** *Distintas situaciones en la titularidad de la vivienda familiar.*

En el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el párrafo primero del Art. 96 CC :

1º Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia.

Otra cuestión es la relativa a los terceros adquirentes de estos bienes, de la que esta sentencia se ocupa más adelante.

2º 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. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005 .

**SEXTO.** *Naturaleza del derecho de uso*

De ello se va a deducir una importante conclusión: el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el Art. 83.3 CF y el Art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad.

El artículo 96 CC se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario.

La falta de calificación jurídica del derecho de uso establecido en el artículo 96 CC empezó a generar problemas interpretativos cuando el titular del arrendamiento era el cónyuge que había perdido la posesión, por lo que después de algunas sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 135/ 1986, 159/1989 y 126/1989 ), el artículo 15.2 LAU (Ley 29/1994, de 24 noviembre ) estableció que en el caso de atribución del uso al cónyuge en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 CC , éste debe notificarlo al arrendador, a los efectos de la subrogación.

**SÉPTIMO.** *La posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar.*

Otra cuestión distinta es la relativa a los posibles supuestos en que puede encontrarse la vivienda frente a terceros que acrediten algún derecho sobre la misma. Ello obliga a distinguir distintas situaciones:

1ª El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTC de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006 , entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios.

2ª Puede ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC ). La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante , con lo que se confirma de esta manera la doctrina sentada en nuestra sentencia de 3 de abril 2009 (recurso 1200/2004 ). Por ello matizando nuestra anterior jurisprudencia, (contenida en las sentencias de 2 diciembre 1992 y 17 de julio 1994 y 14 de abril 2009 entre otras), debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributivo del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial. El ejemplo del contrato



de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo.

3ª Cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (SSTS de 26 diciembre 2005, 30 octubre y 13 y 14 noviembre 2008 y 30 junio 2009 ).

La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento.

4ª De acuerdo con el Artículo 445 CC, "la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión". Por ello, la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el Art. 445 CC admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla Dª Amparo por haberla cedido a su hermano. Del Art. 445 CC no debe deducirse que siempre que exista condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor.

#### **OCTAVO.** Conclusiones.

Estos razonamientos deben aplicarse a este litigio y, por tanto, debe concluirse que:

1º La demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda, porque existe una situación de precario.

2º La demandante ahora recurrida, Dª Amparo , está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad.

#### **NOVENO.** Buena fe

El *Tercer motivo* denuncia la infracción del Art. 7 CC , porque el Tribunal Supremo en reiterada y consolidada jurisprudencia, referida al objeto de la presente litis, califica la actitud de la demandante-apelante al pretender el desalojo de la esposa de la que es su vivienda familiar por atribución judicial, como contraria a la buena fe. Cita las sentencias de esta Sala de 18 diciembre 1994 y 2 diciembre 1992 , de donde concluye que la sentencia cuya casación se pide se opone a la jurisprudencia sentada por esta Sala, que resuelve supuestos parecidos al planteado. Así mismo, cita jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en relación a la distinción entre comodato y precario.

*El motivo se desestima.*

Ya se ha recordado en el motivo tercero la doctrina de esta Sala relativa a la cuestión que se plantea, que debe considerarse reproducido aquí. Por otra parte, no se ha probado en ningún momento en este litigio la pretendida mala fe de la demandante, cuestión que surge de nuevo en el recurso de casación, por lo que no es admisible.

**DÉCIMO.** La desestimación de los motivos del recurso de casación presentado por Dª Marta contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3, de 31 marzo 2005 determina la de su recurso.

Se imponen las costas del recurso de casación a la recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398.1 LEC , que se remite al Art. 394 LEC .

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

#### **FALLAMOS**

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª. Marta contra la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 31 marzo 2005 , dictada en el rollo de apelación nº 49/05.



2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

3º Se imponen a la recurrente las costas originadas por su recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.-Francisco Marin Castan.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller .- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado. TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias, 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.

### Voto Particular

#### VOTO PARTICULAR

FECHA:18/01/2010

**Que formulan los Magistrados Excmos. Sres. D. Xavier O'Callaghan Muñoz y D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la sentencia en su integridad, haciendo constar nuestro respeto a la opinión mayoritaria de la Sala.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia dictada por el Pleno de la Sala en el Recurso de Casación nº **1994/2005** formula una doctrina, con el fin de crear jurisprudencia, que se refiere directamente al caso enjuiciado y con la que mostramos nuestro desacuerdo.

A partir del fundamento de derecho quinto, se plantean distintas situaciones que son diferentes de la que se da en el caso y que vienen referidas a "la titularidad de la vivienda familiar", "la naturaleza del derecho de uso" y "la posición de los terceros adquirentes de la vivienda familiar", formulando la doctrina que se estima adecuada para cada caso, pero con simples argumentos de carácter "obiter", que no dan lugar a doctrina jurisprudencial, ya que ésta viene dada únicamente por las declaraciones que sirven de base para la resolución del recurso integrando la «ratio decidendi» de la resolución (sentencias de esta Sala de 25 junio 1994 , 4 marzo 1999, 8 junio 2001, 15 diciembre 2003, 21 noviembre 2006 y la de Pleno de 11 enero 2007 ).

No obstante, como después referiremos, sí se formula determinada doctrina de carácter general en relación con el caso.

**SEGUNDO.-** Como reitera la sentencia, en el presente supuesto existe una copropiedad por mitad entre dos hermanos sobre la vivienda litigiosa; de modo que uno de ellos, don Gabriel , que no es parte en este proceso, pasó a poseer dicha vivienda al contraer matrimonio con la demandada doña Marta , lo que hizo contando con el consentimiento de su hermana, ahora demandante, doña Amparo , titular del 50% restante, estableciendo allí el domicilio familiar durante los años que duró el matrimonio. Una vez producida la ruptura matrimonial y atribuido el uso de la vivienda familiar a la esposa -doña Marta - por resolución judicial (artículo 96 del Código Civil ), la cotitular, doña Amparo , insta el desahucio por precario de aquélla.

Pues bien, con independencia del derecho de uso que, como partícipe en la comunidad pueda asistir a doña Amparo -que, en cualquier caso, no podría actuar sin dirigirse igualmente contra su condómino don Gabriel - no cabe considerar que la posesión actual de la esposa doña Marta sea ostentada a título de simple precario, como en sentido contrario se viene a concluir en la sentencia al sentar como doctrina, en su fundamento de derecho séptimo "in fine", que *"no se excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favo"*, para concluir finalmente, en el fundamento octavo, que: *"1º) La demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda, porque existe una situación de precario; y 2º) Que la demandante ahora recurrida, doña Amparo , está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad"*.



**TERCERO.-** La disconformidad con dichos pronunciamientos, así como con los razonamientos que los sustentan, nace de la distinta consideración que nos merece la naturaleza del uso de la vivienda que ostenta la esposa, doña Marta , que no puede desligarse del propio título en virtud del cual poseía el esposo, don Gabriel , en tanto copropietario de la vivienda en un cincuenta por ciento, lo que le atribuía el mismo derecho a poseer que el que correspondía a su hermana, también copropietaria en igual proporción, doña Amparo .

La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en los supuestos de crisis matrimonial comporta una prestación forzosa por parte del que no goza de dicho uso, lo que significa cumplir en parte con los deberes familiares de atención que, en caso de privación de dicho uso por un tercero, puede determinar el incremento de otras prestaciones en concepto de cargas familiares (artículo 91 Código Civil ). De ahí el evidente interés que, al menos teóricamente, puede tener el esposo en mantener a la esposa en el uso de la vivienda que fue familiar. Igualmente, el seguimiento del proceso sin la presencia de don Gabriel implica que -sin haber sido oído- el mismo no pueda obtener en su día la atribución el uso de la vivienda por alteración de circunstancias como prevé el citado artículo 91 del Código Civil , con el resultado de que el copropietario que no tenía el uso de la cosa ha obtenido la posesión íntegra de la misma sin demandar al comunero que anteriormente la disfrutaba.

En definitiva, la posesión actual de la esposa, doña Marta , no constituye precario en tanto tal figura está constituida por *"una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde"* (por todas, la reciente sentencia de esta Sala nº 1064/2008, de 6 de noviembre ). La situación de precario que en tales casos ha sido reconocida por esta Sala en supuestos de ruptura matrimonial (sentencias, entre las más recientes, nº 910/2008, de 2 de octubre; 1077/2008, de 13 de noviembre y 1078/2008, de 14 de noviembre ) respondía al hecho de que no existía un título posesorio y sí una situación de precario, que era común a ambos cónyuges, lo que evidentemente no ocurre en el caso de que se trate de la posesión de un comunero.

**CUARTO.-** De todo lo anterior, derivamos una conclusión, que no es otra que la estimación del motivo primero del recurso de casación. Haciendo abstracción de la mala técnica casacional de alegar preceptos heterogéneos, como los relativos al convenio regulador (artículo 90 ), a las medidas provisionales (artículo 103 ) a la fecha del documento privado (artículo 1227 ) y al documento público (artículo 1280 ), entendemos que se ha producido la infracción del artículo 96 del Código civil en el sentido de que la atribución del uso de la vivienda conyugal a la esposa (demandada en la instancia) por una sentencia firme, ha sido burlada por la actuación de la hermana (demandante en la instancia) del esposo (que no ha sido parte en este proceso).

La demanda se instó por desahucio por precario y se estimó por la Audiencia Provincial en sentencia objeto del presente recurso de casación, revocatoria de la dictada en primera instancia que había desestimado la demanda.

Entendemos que no hay precario. La vivienda era propiedad del esposo y su hermana. Como copropietarios tienen el uso (artículo 394 del Código civil ) solidario de la cosa común; cada uno la puede utilizar sin perjudicar al otro o a los otros copropietarios, pudiendo mediar acuerdo entre ellos sobre el uso. Esto es lo que ocurrió en el presente caso: la copropietaria, hermana del esposo, acordó con éste que la vivienda sería utilizada por el matrimonio. Producida la separación conyugal y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, tal atribución no se basa en un precario, sino en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios y uso ahora atribuido judicialmente. No hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida con su hermana con la cual acordaron que el uso sería del matrimonio.

En consecuencia, no debe prosperar el desahucio, sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer entre sí los hermanos copropietarios. Debe, pues, según este voto particular, casarse la sentencia recurrida y confirmar y hacer nuestra la dictada en primera instancia.

Dado en Madrid, a dieciocho de enero de dos mil diez.

**Xavier O'Callaghan Muñoz .- Antonio Salas Carceller.- Firmado y rubricado.**