

Roj: **STS 3849/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:3849**Id Cendoj: **28079110012014100465**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/10/2014**Nº de Recurso: **1574/2012**Nº de Resolución: **548/2014**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón, como consecuencia de autos de juicio de juicio verbal, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de la misma ciudad, cuyo recurso fue interpuesto por el procurador D. Federico Pinilla Romeo, en nombre y representación de D. Jose Carlos y D.ª Angustia ;

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- 1.- La procuradora Dª Dolores Mª Olucha Varella, en nombre y representación de D. Jose Carlos y Dª Angustia , interpuso demanda de juicio ordinario contra Dª Blanca y Dª Carla y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dicte sentencia por la que se estime la demanda y se condene a Dª Blanca y Dª Carla a desalojar la vivienda de mis representados, sita en Castellón, CALLE000 número NUM000 - NUM001 que las demandadas están ocupando sin título alguno, debiendo dejarla libre, vacua y expedita y a disposición de los demandantes con apercibimiento de proceder a su lanzamiento y a su costa si no desalojan la vivienda dentro del plazo que al efecto se le confiera, en todo caso, con expresa imposición de las costas a las demandadas.

2.- Se celebró vista oral y las demandadas Dª Blanca y Dª Carla se opusieron a la demanda e interesaron su desestimación.

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Castellón, dictó sentencia en fecha 6 de abril de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Que estimando la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Jose Carlos y Dª Angustia contra Dª Blanca y Dª Carla , debo declarar y declaro haber lugar al desahucio por precario de la vivienda sita en la CALLE000 , nº NUM000 - NUM001 de Castellón, condenando a las demandadas a su desalojo, dejándola libre, vacua y expedita y a disposición de los demandantes con apercibimiento de proceder a su lanzamiento y a su costa si no desalojan la vivienda dentro del plazo que al efecto se le confiera, con expresa imposición de costas a la parte demandada.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de Dª Blanca y Dª Carla , la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón, dictó sentencia con fecha 24 de abril de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Que ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Dª Blanca y Dª Carla contra la sentencia dictada por la Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Castellón en fecha 6 de abril de 2011 en autos de Juicio Verbal (desahucio) seguidos con el número 2058 de 2010, debemos revocar y REVOCAMOS la resolución recurrida que sustituimos por el siguiente pronunciamiento: Debemos desestimar y DESESTIMAMOS la demanda de desahucio interpuesta por D. Jose Carlos y D.ª Angustia contra Dª Blanca y Dª Carla , imponiéndoles las costas causadas en primera instancia. No se imponen las costas en alzada.*



**TERCERO .- 1.-** La procuradora D<sup>a</sup> Dolores M<sup>a</sup> Olucha Varella, en nombre y representación de D. Jose Carlos y D<sup>a</sup> Angustia , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente **MOTIVO DE CASACION: UNICO** .- Al amparo del artículo 477.2.3. de la Ley de Enjuiciamiento Civil en interés casacional respecto a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, por vulneración de los artículos 348 , 444 , 1749 y 1750 del Código civil .

**2.-** Por Auto de fecha 29 de enero de 2013, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**3.-** No habiéndose personado la parte recurrida, y no habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 24 de septiembre de 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .- 1.-** El presente juicio verbal de desahucio seguido ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia número 2 de Castellón, tiene los siguientes antecedentes fácticos indiscutidos. Doña Blanca (codemandada en la instancia) y don Lázaro (que no ha sido parte en el proceso) contrajeron matrimonio el 16 septiembre 1989. En el año 2005 se siguió proceso de divorcio, en el que se formuló convenio regulador de fecha 22 julio de este año, que fue homologado judicialmente y también más tarde por sentencia en 9 marzo 2009 aquél fue condenado por un delito de violencia de género. En dicho convenio se fijó el domicilio en el pacto séptimo que dice así:

*SEPTIMO.- DOMICILIOS. ATRIBUCION DEL DOMICILIO CONYUGAL: el inmueble que ha constituido hasta el momento la vivienda conyugal se encuentra situada en Castellón, CALLE000 , número NUM000 - NUM001 y su uso se atribuye a la hija y esposa. El esposo queda obligado a abandonar la misma, previa retirada de sus efectos personales, en el mismo instante de la firma del presente acuerdo, debiendo comunicar a la esposa su dirección una vez se establezca en un nuevo domicilio.*

La vivienda era propiedad de los padres del mencionado esposo, don Jose Carlos y doña Angustia , demandantes en la instancia y recurrentes en casación. Aquel matrimonio tuvo una hija, Carla (codemandada en la instancia) que al tiempo del convenio (2005) tenía 12 años.

La demanda de desahucio por precario se presentó en fecha 19 octubre 2010. En ella interesaron el desahucio por entender que la situación de las demandadas (la anterior esposa y la hija común) era de simple precario.

**2.-** La sentencia dictada en primera instancia en fecha 6 abril 2011 estimó la demanda y declaró haber lugar al desahucio, por esta conclusión:

*"Tales especiales circunstancias, que justificaron en ese caso la consideración de un comodato, no concurren en el presente caso, y a este respecto, habiendo manifestado ambos actores en la prueba de interrogatorio, que le dejaron la vivienda a su hijo mientras estuviera vigente el matrimonio, la propia naturaleza de la cesión permite concluir, de acuerdo con la reseñada doctrina jurisprudencial, que la cesión no se realizó con vocación de permanencia, puesto que no se aprecia la concurrencia de un uso concreto y determinado en la vivienda cedida, distinto del genérico de servir de hogar, residencia o domicilio conyugal y familiar."*

Esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 3<sup>a</sup>, de Castellón de 24 abril 2012 que desestimó la demanda al expresar que:

*"... nos encontramos ante un contrato de comodato o préstamo de uso aceptado y consentido por los hoy apelantes... ..ab initio hace descartar la situación de precario..."*

**3.-** Los demandantes, al ver rechazada su acción de desahucio, han formulado el presente recurso de casación, por interés casacional, en un motivo único, en el que interesan que se confirme la sentencia dictada en primera instancia, reiterando la doctrina jurisprudencial que cita.

**SEGUNDO .- 1.-** La jurisprudencia es esencial en el presente caso, ya que las resoluciones de las Audiencias Provinciales han sido contradictorias durante mucho tiempo. Sin embargo, las sentencias de esta Sala no lo han sido aunque alguna pueda parecerlo.

La sentencia que puso fin a la contradicción entre las sentencias de audiencias fue del 26 diciembre 2005 y su doctrina fue recogida explícitamente por la de fecha 2 octubre 2008 en estos términos:

*"La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por 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 fue reiterada por las sentencias del 23 octubre , 29 octubre , 13 noviembre , 14 noviembre , 30 noviembre 2008 y otras de 2009. Más tarde, la de 18 enero 2010, del Pleno de esta Sala reiteró definitivamente la doctrina anterior y expresa, en este sentido:

*" 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."*

Es también exponente de esta cuestión la sentencia de 30 junio 2009 , pero no es el mismo caso del matrimonio cuya convivencia se rompe y la su vivienda era propiedad de los padres del esposo y el uso se había atribuido a la esposa, sino que se trata de un contrato de arrendamiento y abastecimiento de carburantes y combustible a una gasolinera.

La que sí parece contraria a esta doctrina es la de 13 abril 2009 que rechaza el desahucio por entender que se da el contrato de comodato, no el precario. Sin embargo, es un caso más complejo de nuda propiedad (del propio esposo), usufructo (de la madre de éste) y uso de la vivienda (atribuido a la esposa). Entendió lo siguiente:

*"En definitiva, cuando la actora adquirió el usufructo, su hijo pasó a ser el nudo propietario de la vivienda, y era plenamente conocedora de que en la misma residía él acompañado de su esposa, configurando tal domicilio, por tanto, el hogar familiar de los dos cónyuges, consintiendo en todo momento que continuara tal uso. Consentimiento al que no fue ajena la ahora recurrida, cuando no se opuso, en su momento, a que se produjera la venta del usufructo de la vivienda propiedad del que entonces era su marido. Por ello, la calificación de la relación jurídica como de comodato efectuada por la Audiencia debe mantenerse ahora en esta sede, aunque no porque la razón de la cesión del uso de la vivienda fuera la de servir de hogar conyugal, sino porque los datos anteriores permiten concluir que la recurrente permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso, iniciado por quien hasta entonces era pleno propietario de la vivienda, el esposo de la recurrida, y que como consecuencia de la venta del derecho de usufructo a sus padres pasó a ser el nudo propietario."*

Por ello, el caso de esta sentencia no puede aplicarse con carácter general a la cuestión que se ha planteado en el caso presente, como sí ha hecho la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial.

**2.-** Se debe seguir la doctrina jurisprudencial consolidada y entender que la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, ha infringido los artículos 1749 y 1750 del Código civil ya que no media en el presente caso un contrato de comodato, sino una situación de precario ya que las demandadas -madre e hija- ocupan actualmente la vivienda sin contraprestación y sin fijación de plazo, lo que coincide con la doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta.

Lo cual implica acoger el motivo único del recurso de casación, dar lugar al mismo, casar la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, confirmar la sentencia dictada en primera instancia que había estimado la demanda.

En cuanto a las costas, se mantienen los pronunciamientos de las sentencias de instancia y no se hace condena en las causadas en este recurso, conforme los artículos 394 y 399 del código civil .

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

**FALLAMOS**



**Primero** .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Jose Carlos y D.<sup>a</sup> Angustia , contra la sentencia dictada por la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Castellón, en fecha 24 de abril de 2012 , que SE CASA Y ANULA.

**Segundo** .- En su lugar, confirmamos y hacemos nuestra en todos sus pronunciamientos la sentencia estimatoria de la demanda dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Castellón, de 6 de abril de 2011 , en autos de juicio verbal de desahucio número 2058/2010.

**Tercero**.- En cuanto a las costas, se mantienen los pronunciamientos dictados en la instancia y no se hace condena en las del presente recurso.

**Cuarto** .- Líbrese a la mencionada Audiencia 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 .- **Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O'Callaghan Muñoz .- Rubricados**.- Jose Luis Calvo Cabello PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.