



Roj: **STS 7236/2008 - ECLI:ES:TS:2008:7236**

Id Cendoj: **28079110012008101186**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2008**

Nº de Recurso: **362/2005**

Nº de Resolución: **1078/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ALMAGRO NOSETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Alicante, Sección 7ª, 17-12-2004,
STS 7236/2008**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Noviembre de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por Dña. Eva , representada por la Procuradora de los Tribunales, Dª Africa Martín Rico, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 17 de diciembre de 2004 por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Séptima, en el rollo número 469/04, dimanante del Juicio ordinario número 521/03 seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Torreveja. Es parte recurrida Don Carlos Francisco y Dña. María Antonieta , representados por el Procurador de los Tribunales, D. Manuel Infante Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Torreveja, fueron vistos los autos de juicio declarativo verbal de desahucio por precario, promovidos a instancia de D. Carlos Francisco y Dña. María Antonieta contra Eva .

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la que solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que tuvieron por conveniente, se dictara Sentencia "por la que, estimando la demanda, se declare haber lugar al desahucio por precario, condenando expresamente al demandado en las costas causadas".

Admitida a trámite la demanda, y comparecida la demandada ante el Juzgado para designación de Procurador apud acta, se señaló la vista para la celebración del Juicio Verbal.

Por el Juzgado se dictó Sentencia con fecha 7 de enero de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimo íntegramente la demanda formulada por Doña María Antonieta y Don Carlos Francisco , representados por la Procuradora de los Tribunales, Doña Erundina Torregrosa Grima, contra Doña Eva .- Condeno a los demandantes al pago de las costas procesales causadas en el presente procedimiento."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora que fue admitido y, sustanciado éste, la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Séptima, dictó sentencia en fecha 17 de diciembre de 2004 , cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Carlos Francisco y Dª María Antonieta contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Torreveja (Alicante), de fecha 7 de enero de 2004 , en los autos de Juicio verbal nº 521/03, revocando dicha resolución en el sentido de declarar haber lugar al desahucio de la demandada Dª Eva de la vivienda litigiosa, condenándola a que la deje libre y expedita, a



disposición de los actores, apercibiéndola de que si no la desaloja dentro del término legal, será lanzada de ella y a su costa, sin expresa imposición de costas en ninguna de las instancias."

TERCERO.- Por la representación procesal de D^a. Eva se formuló, ante la mencionada Audiencia, recurso de casación con apoyo procesal en los siguientes motivos: Primero.- Por vulneración de los arts. 1749 y 1750 C.c . y Jurisprudencia del T.S. y A.P. citada en el motivo. Segundo.- Por vulneración de la Jurisprudencia del T.S. y de la A.P. sobre la naturaleza de la sentencia de separación o divorcio.

CUARTO.- Personadas las partes en este Tribunal Supremo, por Auto de esta Sala de fecha 12 de febrero de 2008 , se admitió a trámite el recurso de casación y evacuado el traslado conferido, por la representación procesal de la parte recurrida no se presentó escrito de oposición.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar para la votación y fallo del presente recurso, el día 3 de noviembre del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que conforman la base fáctica del litigio, y, por ende, de este recurso de casación son los que a continuación se exponen. Los actores, propietarios de la vivienda sita en la URBANIZACIÓN000 , C/ DIRECCION000 , Bungalow-Hotel nº NUM000 , de Torrevieja, cedieron gratuitamente dicha vivienda a su hijo y a su esposa para que constituyeran en ella el hogar conyugal y familiar. Estos ocuparon la vivienda desde el momento de su matrimonio hasta que sobrevino la crisis matrimonial, a consecuencia de la cual, y una vez promovido el procedimiento de separación de los cónyuges, le fue atribuido a la hija menor del matrimonio y a la esposa, el uso y disfrute de la misma, primero en resolución recaída en las medidas provisionales, y después en la resolución definitiva del procedimiento de separación.

Los demandantes promovieron juicio verbal de desahucio por precario frente a la esposa de su hijo, que se opuso a la pretensión de los actores. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda en consideración a la atribución judicial a la demandada del uso y disfrute de la vivienda, que consideró oponible "erga omnes". La Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación formulado por los actores y estimó la demanda, dando lugar al desahucio de la vivienda litigiosa, y condenando a la demandada a dejarla libre y expedita, a disposición de los actores, con el correspondiente apercibimiento de lanzamiento a su costa, si no la desalojaba en el término legal.

Considera el tribunal de instancia, después de hacer un análisis de las figuras del comodato y del precario, que la situación jurídica en la que se hallaba la demandada era la propia de una precarista, al no haber sido cedida la vivienda para un uso concreto y determinado, que, en cualquier caso, debía entenderse desaparecido una vez rota la convivencia conyugal, lo que legitimaba a los actores para pedir el desahucio por precario, cuya declaración resultaba procedente al concurrir los requisitos de la titularidad de los demandantes y de la ausencia de título de la demandada, entendida ésta en sentido amplio, bien como carencia de título jurídico, bien como titularidad inicial que ha perdido su validez, convirtiendo la ocupación del inmueble en un acto de mera tolerancia o condescendencia, bien, en fin, como titularidad insuficiente, como sucedía en el caso de autos, al no ser oponible frente a los actores, sino únicamente frente al otro cónyuge, el derecho de uso y disfrute de la vivienda concedido judicialmente a la demandada.

Esta ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial por la vía del ordinal tercero del apartado segundo del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Fundamenta la recurrente el interés casacional alegado en la oposición de la resolución impugnada a la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 18 de octubre de 1994, 2 de diciembre de 1992 y 31 de diciembre de 1994 , conforme a la cual las resoluciones judiciales que atribuyen el uso y disfrute del domicilio familiar son oponibles frente a todos y constituyen un título suficiente para enervar el precario, en la medida en que permanece el vínculo jurídico originario, que no es otro que el propio del comodato, debiéndose calificar como tal el constituido en su día entre los demandantes y la demandada y su esposo con relación a la vivienda cuyo uso es objeto de litigio. De igual modo, se alega la presencia del interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la cuestión objeto de debate. Como normas aplicables infringidas, se citan los artículos 1749 y 1750 del Código Civil .

SEGUNDO.- El recurso de casación que se examina suscita, a través de sus dos motivos de impugnación, el problema, por lo demás bastante frecuente, de la procedencia de la reclamación por su propietario de la vivienda que ha cedido sin título concreto y de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o



familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges.

La controversia se contrae, ante todo, a la concreción del título que legitima al hijo o hija para poseer el inmueble, y se complica con la determinación de la eficacia de la resolución judicial que confiere, una vez roto el vínculo conyugal, el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como domicilio familiar, a uno de los cónyuges, que opone dicho derecho frente a los demandantes del desahucio por precario.

Para resolver la cuestión objeto de la denuncia casacional se ha de tener a la vista la Sentencia de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2008 (recurso de casación nº 1745/2003), que examina las anteriores resoluciones recaídas en supuestos similares y contiene la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. El análisis del caso particular, conforme a la misma, se ha de realizar a partir de las siguientes consideraciones, que operan como reglas de aplicación, y que resultan de la fundamentación jurídica de la sentencia: a) cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista; b) en concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser específico, y no simplemente el propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes; c) cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista; d) el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte -porque no pueden serlo- en el procedimiento matrimonial, no pudiendo reconocerse a quienes ocupan la vivienda en precario 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.

TERCERO.- En el caso que se examina, la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a los demandantes, titulares de la vivienda, y la demandada, usuaria de la misma y beneficiaria de un derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar por resolución judicial, era la propia del precario, al no reconocer a ésta título bastante que justificase su posesión, toda vez que faltaba el uso específico, concreto y determinado que permitiría caracterizar como comodato la cesión de la vivienda efectuada en su día al hijo y esposo, respectivamente, de las partes en litigio, actores y demandada; a lo que se añade -en un argumento alternativo al anterior-, que de admitir que la cesión lo fue para un uso específico, y reconocer como tal la utilización como hogar conyugal y familiar, se debería concluir que dicho uso había desaparecido una vez se rompió la convivencia conyugal, no constituyendo por sí mismo título oponible a los demandantes el derecho de uso y disfrute de la vivienda atribuido por resolución judicial a la esposa demandada en el proceso de separación matrimonial. Consecuentemente, al apreciar los requisitos del desahucio por precario, declaró haber lugar al mismo.

La conclusión a la que llega la sentencia recurrida se ajusta al criterio jurisprudencial contenido en la Sentencia de 2 de octubre de 2008 -recurso de casación 1745/2003 -, y por ello, debe ser mantenida. El tribunal de instancia no ha tenido por acreditada la concurrencia de las notas definitorias del préstamo de uso: de este modo, en la sentencia recurrida se precisa que, si bien los actores cedieron la vivienda a su hijo para que constituyese su hogar familiar tras el matrimonio, no consta, empero, su voluntad de renunciar a recuperarla mientras constituyese el domicilio de la familia. En este sentido, falta la presencia de los elementos característicos del comodato, pues no se considera acreditado que la cesión lo fuera por un concreto periodo de tiempo o para un uso específico o determinado, más allá del genérico de servir de morada o residencia; y semejante apreciación, que ha de permanecer incólume en esta sede, conduce a la conclusión de que, a falta de prueba de la existencia del contrato, la posesión de la vivienda lo fue a título de precario.

Pero es que, aunque, como mera hipótesis, se admitiese la concurrencia de las notas de especificidad, concreción y determinación en el uso de la vivienda cedida, en atención a su destino como hogar familiar y considerando que la cesión del inmueble lo fue para subvenir las necesidades familiares, y aunque se apreciase, en consecuencia, en dicha cesión las notas que caracterizan el préstamo de uso, en la medida en que lo hubiese sido para un uso concreto y específico de la cosa, se debe concluir que, una vez rota la convivencia conyugal, la situación jurídica en la que se encontraba la demandada con relación al uso de la vivienda sobre



la que versa la acción de desahucio era la correspondiente a una precarista, habiendo desaparecido el uso concreto y específico para el que fue cedida, cuya sobrevenida ausencia determina una situación de precario, caracterizada por la falta de título hábil para mantener la ocupación del inmueble.

Y queda por precisar que no constituye título hábil a tal fin el correspondiente al derecho de uso y disfrute de la vivienda atribuido por resolución judicial a la esposa demandada, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes.

Procede, en consecuencia, desestimar los dos motivos de impugnación del recurso, y, por ende, éste mismo, al haberse aplicado correctamente por el tribunal de instancia la norma con la que se ha de dirimir la controversia judicial, habiéndose ajustado a la doctrina jurisprudencial relativa a la misma.

CUARTO.- La desestimación del recurso de casación conlleva la confirmación de la sentencia recurrida, de conformidad con lo establecido en el art. 487.2 en relación con el 477.2.2º de la LEC 2.000 , y la condena a la parte recurrente del pago de las costas causadas en el recurso, de acuerdo con lo previsto en el art. 398.2 en relación con el 394.1 de la misma Ley .

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

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Eva contra la Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, el 17 de diciembre de 2004, en el Rollo de apelación nº 469/04, la cual confirmamos, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete.- Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Almagro Nosete, 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.