



Roj: **STS 1890/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1890**

Id Cendoj: **28079110012016100276**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/04/2016**

Nº de Recurso: **1003/2014**

Nº de Resolución: **279/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANGEL FERNANDO PANTALEON PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 768/2014,**  
**STS 1890/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 28 de abril de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Erica , representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Rocío Arduan Rodríguez bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Sara Bellver García, contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2014 por la Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 656/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 959/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Massamagrell, sobre desahucio por precario. Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Miriam y D. Urbano , representados por el procurador D. Amancio Amaro Vicente y bajo la dirección letrada ante esta Sala de D. Andrés Martínez Domínguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleon Prieto

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora, D.<sup>a</sup> Mayra de Rafael Martínez en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Erica interpuso demanda de juicio ordinario contra D.<sup>a</sup> Miriam y D. Urbano , en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

«1.- Se declare que D.<sup>a</sup> Miriam y D. Urbano ocupan la vivienda sita en Puzol (Valencia) CALLE000 , n.º NUM000 - NUM001 - NUM001 , en situación de Precario.

»2.- Declarar haber lugar al desahucio por precario del inmueble sito en Puzol (Valencia) CALLE000 , n.º NUM000 - NUM001 - NUM001 .

»3.- Condenar a los demandados a dejar libre, vacuo y a libre disposición del actor dicha vivienda, en el plazo de un mes, bajo apercibimiento de que en caso contrario se procederá a su lanzamiento.

»4.- Se proceda a la cancelación de la anotación del derecho de habitación inscrito por el Registro de la Propiedad sobre la finca registral n.º NUM002 de Puzol (objeto del presente procedimiento) a favor de D.<sup>a</sup> Miriam , en virtud de Providencia de fecha 23 de noviembre de 2001, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Massamagrell que ordenaba la anotación de la sentencia de separación de fecha 2 de marzo de 2001 , dictada en los autos de separación n.º 39/01.

»5.- Condenar en costas a los demandados de forma solidaria».

2.- La demanda fue presentada el 27 de julio de 2012 y repartida al Juzgado n.º 1 de Massamagrell y fue registrada con el núm. 959/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.



**3.-** La demandada D.<sup>a</sup> Miriam comparece a la vista previa señalada el 14 de mayo de 2013 asistida por la Letrada designada por el turno de oficio D.<sup>a</sup> Beatriz Molina Vela y representada por el procurador Sr. Pérez Perona, compareciendo el también demandado D. Urbano que es declarado en rebeldía al no estar debidamente asistido de letrado ni representado por procurador.

La demandada se opuso a la demanda, alegando, en síntesis, como recoge el antecedente segundo de la sentencia de primera instancia, «que no se trata de un precario propiamente dicho, sino de un comodato, porque el uso se cedió por tiempo determinado, esto es, hasta la independencia económica del hijo, lo cual no se ha producido, debiendo considerar el convenio regulador que atribuía el uso de la referida vivienda como un contrato, alegando igualmente que la demandada carece de recursos económicos, y no le es posible acceder a otra vivienda, encontrándose desprotegida, no concurriendo en la parte actora urgente necesidad».

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Massamagrell dictó sentencia de fecha 26 de junio de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimo la demanda formulada a instancia de D.<sup>a</sup> Erica, representada por la Procuradora D.<sup>a</sup> Mayra de Rafael Martínez, contra D.<sup>a</sup> Miriam, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Rosa María Pérez Perona, y contra D. Urbano, en situación de rebeldía procesal, y en consecuencia:

»1) Se declara que D.<sup>a</sup> Miriam y D. Urbano, ocupan la vivienda sita en Puzol (Valencia), en la CALLE000, n.º NUM000, NUM001, NUM001, en situación de precario.

»2) Se declara haber lugar al desahucio por precario del inmueble sito en Puzol (Valencia), en la CALLE000, n.º NUM000 - NUM001 - NUM001.

»3) Se condena a los demandados a dejar libre, vacua y a disposición de la actora dicha vivienda, en el plazo de un mes desde la fecha de esta Sentencia, bajo apercibimiento de que en caso contrario se procederá a su lanzamiento.

»4) Se ordena la cancelación de la anotación del derecho de uso y disfrute inscrito en el Registro de la Propiedad de Puzol, sobre la finca registral n.º NUM002, objeto del presente procedimiento, a favor de D.<sup>a</sup> Miriam, en virtud de providencia de fecha veintitrés de noviembre de dos mil uno, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Massamagrell, que ordenaba la anotación de la Sentencia de Separación de fecha dos de marzo de dos mil uno, dictada en los Autos de Separación n.º 39/2001.

»5) Se condena en costas a los demandados».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D. Urbano y D.<sup>a</sup> Miriam.

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 656/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 10 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D.<sup>a</sup> Miriam y la impugnación efectuada por D. Urbano ambos contra la sentencia de 26 de junio de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Masamagrell, en autos de juicio verbal de desahucio por precario seguidos con el n.º 959/12, que se revoca y se desestima la demanda formulada por D.<sup>a</sup> Erica contra D.<sup>a</sup> Miriam y D. Urbano a quienes se absuelve de los pedimentos en su contra deducidos, con imposición a la parte demandante de las costas de primera instancia y sin hacer expresa imposición de las de esta alzada».

**3.-** En fecha 21 de febrero de 2014 se dictó Auto Aclaratorio de esta Sentencia, subsanando el error material advertido en cuanto al plazo para la interposición del correspondiente recurso, siendo éste dentro de los 20 días siguientes a su notificación y no de 5 como recogía ésta.

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

**1.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Eugenia Merelo Fos, en representación de D.<sup>a</sup> Erica, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«PRIMERO.- Se denuncia la infracción, en concepto de aplicación indebida del artículo 348, 394, 445 y 1750 todos ellos del Código Civil en relación con el artículo 96 del Código Civil, y de la interpretación del concepto de precario, así como de la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 10 de octubre de 2011, con número de resolución 695/2011 y número de recurso 1069/2009, Sentencia del TS, Sala Primera de fecha 14/07/2010, número de recurso



1741/2005, y Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 18 de enero de 2010, número de resolución 861/2009 y número de recurso 1994/2005 .

»SEGUNDO.- La sentencia recurrida infringe el artículo 398 del Código Civil en relación con el 394 y 490 del mismo texto legal , por aplicación indebida al caso del pleito, así como de la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 10 de octubre de 2011, con número de resolución 695/2011 y número de recurso 1069/2009, Sentencia del TS, Sala Primera , de fecha 14/07/2010 , número de recurso 1741/2005, y Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 18 de enero de 2010, número de resolución 861/2009 y número de recurso 1994/2005, en cuanto a las posibilidades de recuperación del inmueble de un tercero, copropietario de la vivienda y afectado por una resolución acordada en un procedimiento de familia. El texto de dichas sentencias consta aportado como documentos n.º DOS a CUATRO».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 20 de mayo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DOÑA Erica , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª) con fecha 10 de febrero de 2014 , aclarada por auto de 21 de febrero de 2014 en el rollo de apelación n.º 656/2013, dimanante del juicio verbal de desahucio por precario n.º 959/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Massamagrell».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 19 de febrero de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 6 de abril de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El 23 de junio de 1989 don Vicente [en lo que sigue, «don Casiano »] contrajo matrimonio con doña Miriam .

Los padres del marido, don Miguel y doña Erica , que eran propietarios de una vivienda ganancial situada en la localidad de Puzol (Valencia), cedieron el uso de la misma [en lo que sigue, «la vivienda»] a su hijo para que estableciera en ella el domicilio conyugal.

En el año 1992 don Vicente y doña Miriam tuvieron un hijo: Urbano .

El 28 de diciembre de 1996 falleció don Miguel sin haber otorgado testamento. En acta de notoriedad instada el 20 de marzo de 1997 fueron declarados herederos abintestato de aquél, por partes iguales, sus dos hijos, don Casiano y doña Leticia , sin perjuicio de la cuota viudal de doña Erica .

Por sentencia de fecha 2 de marzo de 2001 se declaró la separación del matrimonio entre don Casiano y doña Miriam . En el convenio regulador se atribuyó el uso y disfrute de la vivienda a doña Miriam «en cuanto cónyuge a quien se le atribuye la guardia y custodia del hijo menor».

El 13 de julio de 2001 doña Erica , don Casiano y doña Leticia otorgaron escritura de aceptación y partición de la herencia de don Miguel . La propiedad de la vivienda resultó adjudicada del siguiente modo: a doña Erica , el 50% en pleno dominio (en pago de su cuota ganancial originaria) y el 16,66% en usufructo vitalicio; y a cada uno de sus hijos, el 16,66% en pleno dominio y el 8,33% en nuda propiedad.

Por sentencia de fecha 16 de julio de 2002 se declaró la disolución por divorcio del matrimonio formado por don Casiano y doña Miriam . En el convenio regulador se atribuyó el uso y disfrute de la vivienda a doña Miriam «en cuanto cónyuge a quien se le atribuye la guardia y custodia del hijo menor».

En el año 2012 doña Erica interpuso demanda de desahucio por precario de la vivienda contra doña Miriam y contra el hijo de ésta y de don Casiano , don Urbano , ya mayor de edad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Tras transcribir la doctrina general establecida, para el grupo de casos de que se trata, por la Sentencia del Pleno de esta Sala 861/2009, de 18 de enero de 2010 (Rec. 1994/2005), declaró lo siguiente:

«Siguiendo la tesis jurisprudencial antes expuesta, resulta evidente que en el caso que nos ocupa, la parte demandada, esto es, D.ª Miriam y su hijo D. Urbano , carecen de título alguno que les legitime para seguir



ocupando la vivienda cuyo uso les fue atribuido en las sentencias de separación y divorcio del matrimonio entre la codemandada y el hijo de la actora, siendo ésta tercera ajena a dichos procedimientos, no pudiendo ser equiparados los convenios reguladores en su día acordados entre los ex cónyuges a un contrato entre la propietaria de la vivienda cuyo uso se atribuyó a través de aquellos, y la usuaria de la misma, al no haber sido parte en aquellos procedimientos.

«Consta debidamente acreditada la titularidad de la vivienda reclamada [...], así como la ausencia de título contractual válido entre la actora y la demandada, y por tanto resulta evidente que nos encontramos ante el supuesto de una tercera propietaria, la actora, que cedió en su momento la vivienda de la que era cotitular, a su hijo, por razón de su matrimonio con la demandada, para que estableciera en él su domicilio conyugal. Una vez rota la relación matrimonial y posteriormente disuelto el vínculo, se atribuyó por sentencia, que a su vez aprobaba el convenio regulador, el uso de la vivienda que fue conyugal a la demandada, en cuanto titular de la guarda y custodia del hijo común menor de edad [...]. Sin embargo, el conflicto planteado, como recuerda la sentencia transcrita [la referida STS de 18 de enero de 2010 ], debe ser resuelto desde la perspectiva del derecho de propiedad, y no del derecho de familia, dado que la actora, en este caso, tercera propietaria de la vivienda, no puede verse afectada por las medidas derivadas de los respectivos procesos matrimoniales entre su hijo y la demandada, porque no fue parte en ellos, por lo que debe concluirse que, de conformidad con la jurisprudencia aplicable al caso, D.<sup>a</sup> Erica , en cuanto copropietaria de la vivienda ilegítimamente ocupada por los codemandados, se encuentra perfectamente legitimada para ejercitar la acción de desahucio por precario».

Contra la citada sentencia del Juzgado interpuso doña Miriam recurso de apelación; y también la impugnó don Urbano , que en la primera instancia había sido declarado en rebeldía procesal, por haber comparecido sin estar asistido de Letrado ni representado por Procurador. La Audiencia Provincial estimó el recurso y la impugnación, y dictó sentencia desestimatoria de la demanda.

La Audiencia comenzó recordando, y haciendo en principio suya -con cita de la precedente Sentencia de esta Sala 1022/2005, de 26 de diciembre (Rec. 1551/1999 )-, la doctrina jurisprudencial que había aplicado el Juzgado *a quo* en su sentencia. Pero declaró a continuación:

«Ahora bien, tal jurisprudencia y que es en esencia la que recoge la sentencia de instancia, no resulta aplicable al caso de autos y ello porque aquí se da la circunstancia de que uno de los copropietarios de la vivienda, fue a su vez el firmante del convenio regulador por el que se atribuyó a la demandada el uso de la misma. Así consta en autos que el esposo de la demandante falleció en 28 de diciembre de 1996, por lo que a dicha fecha concluyó la sociedad de gananciales. En 1997 tanto la demandante como sus hijos realizan la declaración de herederos, efectuándose la partición con fecha 13 de julio de 2001. Por su parte la sentencia de separación del matrimonio formado por la demandada y el hijo de la demandante es de 2 de marzo de 2001 y posterior sentencia de divorcio de 16 de julio de 2002 aprobándose el convenio regulador que figura en propuesta de 21 de marzo de 2002 por el que se atribuye el uso de la vivienda a la demandada en cuanto se le atribuía la guarda y custodia del hijo. En consecuencia, la atribución de la vivienda a la demandada lo es por parte de un copropietario, pues en dicha fecha el hijo ya tenía el condominio y cuyo uso se otorga en el convenio regulador, constituyendo el mismo el título que da derecho a poseer, es decir el condominio no es ajeno al proceso matrimonial sino que forma parte de él, además no consta que el copropietario que autorizó la atribución conferida en virtud del título dominical haya sido oído ni tampoco el otro copropietario constando únicamente la voluntad de la demandante. Por lo anteriormente expuesto, procede estimar el recurso de apelación y la impugnación y con revocación de la sentencia de instancia desestimar la demanda».

Contra la citada sentencia de la Audiencia, doña Erica ha interpuesto recurso de casación por la vía del interés casacional, articulado en dos motivos. En el primero, se denuncia infracción de los artículos 348 , 394 , 445 y 1750 en relación con el artículo 96 CC , y de la jurisprudencia de esta Sala contenida en las Sentencias 695/2011, de 10 de octubre , 433/2010, de 14 de julio y 861/2009, de 18 de enero de 2010 . En el segundo, infracción del artículo 398 en relación con los 394 y 490 CC , y de la jurisprudencia de esta Sala contenida en las mencionadas Sentencias de 14 de julio de 2010 y 18 de enero de 2010 .

**SEGUNDO.**- Partiendo de la doctrina jurisprudencial fijada por las Sentencias del Pleno de esta Sala 859/2009, de 14 de enero de 2010 (Rec. 5806/2000 ) y la ya mencionada 861/2009, de 18 de enero de 2010 , con precedente, entre otras, en la también mencionada Sentencia 1022/2005, de 26 de diciembre , y que ha reiterado, por ejemplo, la más reciente Sentencia 548/2014, de 14 de octubre (Rec. 1574/2012 ) -que es precisamente la doctrina que el Juzgado ha aplicado en el presente caso, y la que también la Audiencia *a quo* afirma, en principio, compartir-, el recurso ha de estimarse por las razones siguientes:

1.- La tan repetida Sentencia del Pleno de esta Sala de 18 de enero de 2010 contempló un caso en que, siendo dos hermanos, doña « Loreto » y don « Jose Antonio », copropietarios por mitades de una vivienda, don « Jose Antonio » contrajo matrimonio con doña « Eva María » y los cónyuges establecieron en aquella el domicilio



conyugal; en la sentencia de separación matrimonial de éstos, el uso y disfrute de la vivienda se atribuyó a doña « Eva María »; a la que doña « Loreto » demandó, ejercitando la acción de desahucio por precario. Esta Sala confirmó la sentencia de la Audiencia, que revocando la del Juzgado había estimado la demanda, estableciendo en lo que aquí importa la siguiente doctrina:

«En tema de 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 artículo 96 CC :

»1º Cuando el 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, 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 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 de diciembre de 2005 . [...]

»[...] 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 cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio ( SSTS de 26 de diciembre de 2005 , 30 de octubre y 13 y 14 de noviembre de 2008 y 30 de junio de 2009 ).

»La regla será, por tanto, que los derechos del propietario para recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el cónyuge que la ocupa; si se prueba la existencia de 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.

»[...] 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 éste el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla doña " Loreto " por haberla cedido a su hermano. Del Art. 445 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 de 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 la posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor.

»Estos razonamientos deben aplicarse al litigio y, por tanto, debe concluirse que:

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

»2º La demandada ahora recurrida, doña " Loreto " , está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad».

Dicha Sentencia contiene un voto particular discrepante en el que parece haberse inspirado la ahora recurrida, y del que el escrito de oposición al recurso ha tomado, sin decirlo, varios párrafos. Dicho voto no representa la jurisprudencia de esta Sala, que aquí reiteramos.

**2.-** En la misma línea, contemplando ahora un caso en el que el hijo de la demandante había venido a ser copropietario de la vivienda cuyo uso había atribuido la sentencia de separación a la mujer del referido hijo, la Sentencia 443/2010, de 14 de julio (Rec. 1741/2005 ) declaró:

«[L]a atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir título jurídico hábil para justificar una posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas del matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario





una posesión jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior a la que la situación de precario proporciona a la familia, puesto que 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 con la demandada era la propia de una 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 su 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 el inmueble [...].»

**3.-** La Sentencia 695/2011, de 10 de octubre (Rec. 1069/2011), ante un caso de demandas acumuladas de separación y divorcio presentadas cuando el matrimonio y su hija vivían en un piso del que eran propietarios en un 67% los padres del marido y en un 33% el propio marido, habiéndose probado que los padres habían cedido al hijo la vivienda en precario, declaró:

«En relación con el primero de los problemas que surgen en el presente caso, es decir, al hecho probado de que la vivienda cuyo uso ha sido atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia pertenece en propiedad a los padres del marido y al propio marido, debe aplicarse la doctrina formulada por las SSTS 859/2009, de 14 enero 2010, 861/2009, de 18 enero 2010 del pleno de esta Sala, y reiterada en las SSTS 178/2011, de 18 marzo y 772/2011, de 22 noviembre, así como las 447/2009, de 30 junio, 653/2009, de 22 octubre, 443/2010, de 14 julio, 727/2010, de 11 noviembre y 772/2010, de 22 noviembre.

»Tal como afirma la STS 178/2011, de 18 de marzo, "B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, 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 [RC n.º 1994/2005], la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges nada tienen que ver con los terceros propietarios".

»De acuerdo con esta reiterada doctrina, la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma [...].»

**4.-** En el caso de autos:

Es pacífico que la cesión de uso de la vivienda que los padres de don Casiano hicieron para que se estableciese en ella el domicilio conyugal de su hijo y doña Miriam fue una cesión en precario.

La relación de precario no se modificó por el mero hecho de que don Casiano viniera a ser, con su hermana, coheredero de su padre y copropietario de la vivienda con una cuota del 16,66% en pleno dominio y el 8,33% en nuda propiedad. Habría comenzado siendo una relación de precario también si don Casiano hubiera sido titular de dichas cuotas en el momento en que él y doña Miriam establecieron en la vivienda su domicilio conyugal.

Siendo evidente, a tenor de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 CC, que el titular de dichas cuotas minoritarias en la copropiedad de una cosa no puede, por sí solo, darla válidamente en comodato o préstamo de uso a un tercero, evidente habrá de ser que el hecho de que don Casiano suscribiera el convenio regulador, aprobado por la sentencia declarativa de la disolución por divorcio del matrimonio entre aquél y doña Miriam, atribuyendo a ésta el uso y disfrute de la vivienda por atribuírsele la guarda y custodia del hijo entonces menor de edad, no pudo modificar la situación de precario precedente. Y ello, incluso si -como parece haberlo asumido sin justificación la Audiencia *a quo* -hubiera sido voluntad de don Casiano al suscribir dicho convenio regulador dar la vivienda en comodato a doña Miriam y su hijo, aun para después de que éste alcanzara la mayoría de edad.

En cualquier caso, no hay base objetiva alguna para sostener que tal hipotética dación en comodato fuera consentida por los demás copropietarios de la vivienda: doña Erica, participe mayoritaria según lo dispuesto en el artículo 490 CC, y doña Leticia. Y ciertamente la Audiencia *a quo* no ha declarado probado que la consintieran: en la sentencia recurrida sólo manifiesta que el condominio no fue ajeno al proceso matrimonial, ya que don Casiano había venido a ser copropietario.



No cabe, en fin, cuestionar la legitimación de la partícipe mayoritaria, doña Erica , para ejercitar la acción de desahucio por precario [por todas, STS 460/2012, de 13 de julio (Rec. 245/2009 )]. Dice la Audiencia *a quo* que «no consta que el copropietario que autorizó la atribución conferida en virtud de un título dominical haya sido oído ni tampoco el otro copropietario, constando únicamente la voluntad de la demandante». Pero es claro que don Casiano no tenía «título dominical» bastante, ni sólo ni junto con su hermana, para modificar la situación de precario. Y si lo que la Audiencia insinúa es que uno o la otra podrían haber declarado que la madre, doña Erica , consintió la hipotética dación en comodato, no alcanza esta Sala a entender por qué habría de perjudicar a aquélla, en lugar de a los ahora recurrentes, la no intervención en el proceso como testigos de don Casiano y su hermana.

Por las razones expuestas -y no habiendo sombra alguna de fraude de ley en la partición de la herencia de don Vicente , frente a lo que ha venido a alegar la parte ahora recurrida en su escrito de oposición-, procede estimar el recurso de casación interpuesto por doña Erica ; y desestimar totalmente el recurso de apelación interpuesto por doña Miriam y la impugnación formulada por don Urbano , confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia.

**TERCERO.**- Al haberse estimado el recurso de casación procede, conforme al artículo 398.2 LEC , no condenar en las costas de ese recurso a ninguno de los litigantes.

La desestimación total del recurso de apelación y de la impugnación da lugar, según determina el artículo 398.1 LEC , a la imposición a doña Miriam de las costas causadas por aquel recurso, y a don Urbano de las causadas por esa impugnación.

Al no haber efectuado doña Erica el depósito para recurrir, por tener concedido el beneficio de justicia gratuita, nada procede acordar al respecto.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por doña Erica contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2014 por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Valencia , aclarada por auto de 21 de febrero de 2014, en el recurso de apelación 656/2013; sentencia ésta que casamos. **2.º**- Desestimar tanto el recurso de apelación interpuesto por doña Miriam como la impugnación formulada por don Urbano contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Massamagrell en el procedimiento de juicio verbal 959/2012; sentencia ésta que confirmamos íntegramente. **3.º**- Imponer a doña Miriam las costas del recurso de apelación y a don Urbano las costas de la impugnación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz