

Id Cendoj: 28079110012008100941
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 234/2004
Nº de Resolución: 1025/2008
Procedimiento: Casación
Ponente: IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Desahucio por precario. Vivienda cuyo uso es cedido gratuitamente por quien es usufructuario de ella a su hijo para que la utilice como hogar conyugal y familiar. Reclamación por los titulares de la posesión de la vivienda tras la separación del matrimonio, habiéndose atribuido a la esposa el uso de la vivienda familiar en el procedimiento de separación. Distinción entre comodato y precario. Aplicación de la doctrina jurisprudencial.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Octubre 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 don Pedro Miguel y doña Valentina , representado por el Procurador de los Tribunales don Julián del Olmo Pastor, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 12 de noviembre de 2003 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante dimanante del juicio de menor cuantía seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Alcoy. Es parte recurrida en el presente recurso doña Rita , representado por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de los de Alcoy, conoció el juicio verbal de Desahucio con el número 539/2002 , seguido a instancia de D. Pedro Miguel y Dª Valentina , contra Dª Rita .

Por la representación procesal de D. Pedro Miguel y Dª Valentina se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...dictar sentencia por la que dando lugar a la acción de desahucio, se condene a la demandada a que desaloje y deje libre y a disposición de mis poderdantes la vivienda en piso NUM000 , del edificio de la CALLE000 núm. NUM001 de esta ciudad, dentro del término legal, bajo los apercibimientos legales y con expresa condena en costas a la demandada, dejándose expedita la vía para la ejecución pertinente."

Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "...se dicte sentencia por la que se absuelva a mi patrocinado de las pretensiones contra él formuladas, imponiéndose al demandante las costas causadas en el procedimiento."

Con fecha 27 de enero de 2003, el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice: "Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por el procurador Sra. Blanes Boronat en nombre y representación de D. Pedro Miguel y Dª Valentina , contra Dª Rita y en su consecuencia debo absolver y absuelvo a la misma de las pretensiones en su contra formuladas.- Todo ello declarando las costas según ley."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia en fecha 12 de noviembre de 2003 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimando el recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de

Alcoy de fecha 27 de Enero de 2003 en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos la mencionada resolución, salvo en el particular de las costas de la instancia sobre las que no se hace pronunciamiento alguno, ni tampoco sobre las de esta alzada."

TERCERO.- Por la Procuradora Sra. Gutiérrez Robles, en nombre y representación de D. Pedro Miguel y doña Valentina , se presentó escrito de preparación de recurso de casación, formalizándolo con posterioridad, ante la Audiencia Provincial de Alicante, con apoyo procesal en los siguientes motivos:

Primero: "Amparado en el *núm. 3º del apartado 2 del artículo 477 de la LEC* . Interpretación opuesta a la doctrina de la Sala".

Segundo: "Amparado en el *núm. 3º del apartado 2 del artículo 477 de la LEC* . sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales".

CUARTO.- Remitidas las actuaciones a este Tribunal Supremo y personadas las partes, por Auto de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2007 , se admite a trámite el recurso, en cuanto al motivo primero y se desestima respecto del segundo; evacuado el traslado conferido, por la representación procesal de la parte recurrida, se presentó escrito de oposición al mismo.

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 veintidós de octubre del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que conforman la base fáctica del litigio, y, por ende, de este recurso de casación son los que seguidamente se exponen.

Los demandantes, usufructuarios de la vivienda sita en la CALLE000 , número NUM001 , NUM000 , de Alcoy, cedieron gratuitamente el uso de dicha vivienda a su hijo y a la esposa de éste para que constituyeran en ella el hogar conyugal y familiar. Estos ocuparon la vivienda, conforme al destino para el que había sido cedida, hasta que sobrevino la crisis matrimonial, a consecuencia de la cual le fue atribuida a la esposa y a los hijos menores de edad el uso y disfrute de la misma por resolución recaída en el procedimiento de separación.

Los actores promovieron juicio verbal de desahucio por precario. El Juzgado desestimó la demanda y declaró no haber lugar al desahucio. La Audiencia Provincial rechazó el recurso de apelación formulado por la parte demandante y, confirmó la sentencia de primera instancia.

El tribunal de instancia, siguiendo el criterio mantenido en casos anteriores, califica la relación jurídica entre las partes de comodato, atendiendo a la circunstancia de que la cesión del uso de la vivienda al matrimonio se hizo, no para que pudieran los actores reclamarla a su voluntad en cualquier momento, sino durante cierto tiempo, que normalmente se prolongaría hasta que el matrimonio contara con los recursos suficientes para costear la adquisición de otra vivienda en propiedad, o hasta que surgiese una situación de necesidad similar que hiciese necesaria la desocupación. Considera el tribunal sentenciador que dicho periodo de tiempo no puede entenderse transcurrido en el caso de autos, ya que en la demanda ni siquiera se alegó por los actores una situación de necesidad, y concluye, en línea con lo resuelto en casos similares anteriores, que la actuación de éstos es contraria a la buena fe, "pues se consigue un beneficio para el hijo al seguir permitiendo el uso de la vivienda para, una vez obtenida la sentencia de separación, pretender cambiar esa situación fáctica que sirvió de base para que la separación se conviniera en esos términos, máxime cuando no se ha acreditado ningún cambio en las circunstancias que indicaran una necesidad imperiosa de la vivienda en cuestión".

SEGUNDO.- Los demandantes han 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* .

Fundamentan los recurrentes el interés casacional alegado en la oposición de la resolución impugnada a la jurisprudencia de esta Sala, concretamente la contenida en las sentencias de 21 de julio de 1994, 31 de diciembre de 1994 y de 21 de mayo de 2000 , conforme a la cual la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y la atribución de la

vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, sino sólo proteger el que la familia ya tenía, de modo que quienes ocupan la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia. 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 1282, 1289, 1749 y 1750 del Código Civil*.

Este recurso debe ser estimado con las consecuencias que más tarde se dirán.

El recurso de casación que se examina suscita el problema, por lo demás bastante frecuente, y que esta Sala ha tenido ocasión de abordar al resolver otros recursos de casación análogos, consistente en 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.

Tal y como se indicaba en las sentencias que resolvieron aquellos anteriores recursos, la controversia se ciñe, 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 al demandante del desahucio por precario.

Se ha de tener a la vista la fundamentación jurídica y el fallo de la Sentencia de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2008, en donde se fija la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. Conforme a la misma, la cuestión controvertida debe resolverse, ante todo, mediante la comprobación de la existencia de un contrato entre las partes, y particularmente, de un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado, que faculta al comodante para reclamar la cosa prestada únicamente cuando ha transcurrido dicho plazo o ha concluido el uso para el que se prestó, excepción hecha de los casos en que tuviere la urgente necesidad de ella (*artículo 1749 del Código Civil*). Si existe el préstamo de uso, han de aplicarse las normas reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario, estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamarla a su voluntad. Ciertamente, en la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos -la concreción y determinación del uso al que se destina el inmueble, en ese caso, para subvenir las necesidades familiares y facilitar un lugar destinado a servir de vivienda o domicilio conyugal y familiar- aparezcan con claridad, y que los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido más allá del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada -in casu, servir de morada o residencia-, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso -Sentencias de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008-. Paralelamente, se debe considerar que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa -lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal-, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista -Sentencias de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008-; y, en fin, que la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda -Sentencia de 31 de diciembre de 1994, cuya doctrina se recoge en las de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008-.

En el caso examinado el tribunal de instancia ha apreciado la concurrencia de un uso concreto y determinado en la cesión de la vivienda, a saber, su utilización como domicilio familiar mientras el matrimonio no contase con los recursos suficientes para costear la adquisición de otra vivienda, o hasta que surgiese una situación de necesidad familiar que hiciese necesaria la desocupación. Consecuentemente, consideró que la relación jurídica entre cedentes y cesionarios era la propia de un contrato de préstamo de uso, que no permitía al comodante reclamar la cosa prestada sino en el momento en que concluyese el uso al que había sido destinada, lo cual no había tenido lugar.

No obstante tal apreciación, cuya base fáctica, desde luego, resulta inatacable en esta sede, la decisión de la Audiencia no se puede mantener, pues sus conclusiones se oponen a la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta. Si bien es posible reconocer en las circunstancias en que se

produjo la cesión los elementos característicos de un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo las necesidades de la familia, se ha de convenir, empero, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que, en cualquier caso, se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble.

TERCERO.- La consecuencia de todo lo anterior es que ha de estimarse el recurso de casación examinado, como ya se ha dicho reiterando los criterios jurisprudenciales fijados en la Sentencia de 2 de octubre de 2008 , con los que, por ende, se pone fin a la contradicción existente entre la doctrina de las Audiencias Provinciales a la hora de abordar el examen de la cuestión que es también aquí objeto de debate. Se debe, por lo tanto, casar y anular la sentencia recurrida, revocando al mismo tiempo la sentencia del Juzgado para, ya en funciones de instancia, y por el efecto positivo de jurisdicción, estimar la demanda, declarando haber lugar al desahucio de la demandada, doña Rita , de la vivienda sita en el piso sexto izquierda del edificio de la CALLE000 , número NUM001 , de Alcoy, condenándola a que la desaloje y deje libre dentro del término legal, con el apercibimiento de hacerlo a su costa, si no lo hiciese voluntariamente en el plazo establecido.

CUARTO.- En materia de costas procesales, no procede imponer las de este recurso, según lo dispuesto en el *artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000* , ni tampoco las de primera y segunda instancia, habida cuenta de las serias dudas de hecho y de derecho que presentaba el caso, evidenciadas éstas por las discrepancias jurisprudenciales existentes, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 394.1 y 398.1, éste en relación con el anterior, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000* .

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

FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

I.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Pedro Miguel y doña Valentina frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, de 12 de noviembre de 2003 .

II.- Casar y anular la misma, y, con estimación de la demanda, se declara haber lugar al desahucio de la demandada, doña Rita , de la vivienda sita en el piso NUM000 del edificio de la CALLE000 , número NUM001 , de Alcoy, condenándola a que la desaloje y deje libre dentro del término legal, con el apercibimiento de hacerlo a su costa, si no lo hiciese voluntariamente en el plazo establecido.

III.- No hacer imposición de las costas procesales de este recurso, ni de las de la primera y segunda instancia.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, 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.