

Id Cendoj: 28079110012010100756
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 39/2007
 Nº de Resolución: 772/2010
 Procedimiento: Casación
 Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x PRECARIO (COMODATO) x
- x COMODATO x
- x CLASES (PRÉSTAMOS) x
- x USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR x
- x VIVIENDA FAMILIAR EN PRECARIO x
- x ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA AL CÓNYUGE x

Resumen:

Desahucio por precario. Precario y comodato. Reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Noviembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 39/2007 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de Dª. María Rosario y D. Maximo aquí representados por la procuradora Dª. Begoña Antonio González contra la sentencia de 24 de octubre de 2006 dictada en grado de apelación, rollo n.º 380/2006 por la Audiencia Provincial de La Coruña Sección 6.ª, dimanante de procedimiento de juicio verbal n.º 357/2005, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Santiago de Compostela. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Francisco Inocencio Fernández Martínez en nombre y representación Dª Justa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Santiago de Compostela dictó sentencia el 30 de enero de 2006 en el juicio verbal n.º 357/2005 cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Desestimando la demanda presentada por el procurador don Domingo Núñez Blanco en nombre y representación de doña Justa contra doña Ariadna y don Maximo debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante»

SEGUNDO.- En los fundamentos de Derecho de la sentencia se declara:

«PRIMERO.- La parte actora basa su reclamación en que los demandados poseen la finca litigiosa en virtud de precario, y por lo tanto sin título alguno. En este sentido hay que recordar el concepto de precario, que ha sido perfilado por una consolidada jurisprudencia como situación de hecho, situación posesoria no formalizada, cuyos caracteres son: 1/ uso o disfrute de una cosa ajena, 2/ sin título aceptable de tenencia, 3/ sin que medie renta o merced ni otra cualquiera relación jurídica distinta de la liberalidad del propietario, de cuya voluntad depende poner término a su propia tolerancia. Hay tres casos de precario: posesión

concedida (por el propietario para que otro la use y se la devuelva cuando la reclama), posesión tolerada (tolerancia de una situación de hecho sin título alguno que la ampare) y posesión ilegítima (cuando sobreviene cambio de la causa por cesar la vigencia de un contrato antes existente). Para que prospere la acción ejercitada es presupuesto necesario que la situación posesoria, de los demandados sea la de precario.

»Con carácter previo es necesario exponer las circunstancias relativas por una parte a la condición de propietaria de la actora, y por otra a la condición de ocupantes de la citada finca de los demandados. Partiendo de que la demandante y su difunto esposo son abuelos paternos del codemandado Maximo , nacido del matrimonio que formaba la codemandada Sra. Ariadna y don Leon .

» En el caso de autos, y del examen de la documentación aportada con la demanda, resulta que la ahora demandante adquirió la finca litigiosa en virtud de liquidación de sociedad de gananciales, partición y aceptación de la herencia de su difunto esposo D. Jose María . D. Jose María , a su vez, había adquirido la finca litigiosa en subasta judicial celebrada el 29 de noviembre de 2002, en procedimiento en el que era el ejecutante, al ofrecer la mejor postura y en el que se dictó el auto aprobando el remate a favor del ejecutante el día 21 de enero de 2003. La ejecución derivaba de procedimiento de menor cuantía seguido a instancia del Sr. Jose María contra Doña. Ariadna y Don. Leon , en el que se dictó sentencia (el 2 de octubre de 2000 en primera instancia confirmada íntegramente en apelación por sentencia de 18 de Septiembre de 2001) de condena al pago de cantidad líquida. En el procedimiento de ejecución en el que se subastó la citada finca, el Sr. Jose María solicitó que se procediera al lanzamiento de la Sra. Ariadna y del hijo de esta. El juzgado de primera instancia e instrucción n.º 1 de esta ciudad dictó en fecha 2 de febrero de 2004 auto desestimando la petición de lanzamiento solicitada.

»En cuanto a la condición de ocupantes de los demandados, hay que decir que -también como resulta de la documentación aportada por la demandante- el 23 de diciembre de 1999 se dictó sentencia en la que se acuerda la separación de los cónyuges Ariadna y Leon , y entre otras medidas se determina que la esposa y el hijo continuarán en el uso de la vivienda familiar. Atribución que por otra parte no hizo sino confirmar la ya efectuada por Auto de medidas provisionales.

»Por lo tanto debe concluirse que no estamos ante un supuesto de precario. Ni la demandante ni la persona de la que trae causa su **propiedad** cedieron el uso de la finca litigiosa a los demandados. Al contrario, resulta que la referida finca pertenecía a la codemandada Sra. Ariadna y a su esposo e hijo de la actora. Que al haber sido demandados por reclamación de cantidad y condenados por ello, al no cumplir voluntariamente la sentencia, ésta se ejecutó forzosamente, y se subastó el referido bien para con su importe pagar dicha condena de cantidad líquida. Que en la subasta la finca la adquirió el Sr. Jose María . Que no puede entenderse que sea un tercero de buena fe, porque si bien es cierto que de la documentación aportada resulta que la finca, según constaba en el **Registro de la Propiedad**, estaba libre de cargas y gravámenes, también lo es que la relación de parentesco que unía al ejecutante y a la ahora demandante con los demandados permite suponer que conocía sobradamente que la referida vivienda era ocupada por éstos en virtud de atribución de su uso en la separación conyugal, máxime teniendo en cuenta que de acuerdo con la escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación y aportación de herencia, aportada con la demanda se refleja como domicilio de Leon el mismo que el de la demandante.

»La doctrina y jurisprudencia califican mayoritariamente como de precario aquella situación en la que se atribuye a uno de los cónyuges el uso de la vivienda conyugal en el supuesto de crisis matrimonial cuando la **propiedad** de la vivienda corresponde a la familia del otro cónyuge, y éstos venían disfrutando de la vivienda a título gratuito, si bien algunos autores califican esta situación jurídica como de comodato. Es precario porque supone una cesión graciosa no sometida a plazo ni condicionamiento, más propia de una cesión de esta naturaleza en la que lo determinante de la misma es fundamentalmente el vínculo familiar existente. Sin embargo ésta no es la situación del caso de autos, en la que la demandada era propietaria junto con su esposo de la referida finca, cuyo uso se le atribuyó a ella y a su hijo el codemandado Sr. Maximo en el procedimiento de separación conyugal. Por lo tanto en ningún caso le fue cedido de forma gratuita el uso, y menos aún por la demandante o por el causante de esta. Además cuando el Sr. Jose María adquirió la finca sabía sobradamente que la ocupaban los demandados, y aún así la adquirió. Siendo además que la referida circunstancia la tendría en cuenta a la hora de valorar si la adquiría o no, y por qué precio.

»SEGUNDO.- En todo caso lo antes expuesto se recoge en una abundante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha definido ese uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero si como un "ius ad rem".

»La STS, Sala 1.^a, de fecha 18 de Octubre de 1994 señala que "la situación de ocupación de la vivienda por la recurrente y sus hijos se mantenía como hecho externo y conocido por los demás herederos y la usufructuaria, que vivía en el inmueble, como alguno de los otros sucesores testamentarios. La atribución de uso y disfrute que en el Convenio Regulador llevó a cabo D. Juan, como esposo y padre, lo fue actuando como condómino del mismo, ya que la herencia de su padre no se justificó hubiera sido aceptada por los herederos, con lo que permaneció en estado de indivisión. De esta manera, realizó dicho esposo como cotitular dominical, un acto atributivo de la posesión de la cosa común, encajable en las facultades de administración y no dispositivo de su dominio a favor de persona ajena a la comunidad propietaria, lo que venía avalado por el disfrute del piso en época anterior por la concesión y consentimiento del causante y padre D. Antonio, como propietario del mismo y posteriormente, por sus herederos, que conocieron en todo momento la situación y respetaron de esta manera el destino dado a la vivienda controvertida (*art. 394 CC*), inherente a su propia naturaleza de servir de vivienda familiar. El discurso casacional lleva a la conclusión de que la recurrente no carece de título posesorio, ya que el mismo deriva para ella directamente y sus hijos del Convenio Regulador y por tanto no disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino, sino, al contrario, ya que el Convenio obtuvo homologación judicial, con innegable eficacia y transcendencia jurídica y que hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar, surgiendo del título que conforma precisamente la sentencia matrimonial de separación y excluye darse una situación de subrepticia, furtiva o de absoluta liberalidad y tolerancia la situación ocupacional de la vivienda por la recurrente era hecho relevante y notorio y dicha aceptación ha de ser relacionada con tal estado preexistencial conocido. El motivo procede, pues el Tribunal de Apelación marginó el Convenio Regulador ... El referido acuerdo matrimonial, al haber sido homologado judicialmente e incorporado como válido a la sentencia que decretó la separación de los esposos, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial-público, conforme al *art. 1280 CC* y en todo caso con *eficacia para terceros* en cuanto a su fecha (*art. 1227 CC*), y por ello respecto a la referida usufructuaria, ya que aceptó el usufructo en fecha muy posterior. No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el *art. 96, pfo. último CC*. En todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor los tres hijos del matrimonio, conforme al *art. 96 CC* y éstos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor, en cuanto éste es copropietario del piso. Así su protección general ha alcanzado rango constitucional, por el *art. 39, 1 y 2 de nuestra Carta Magna*. La calificación e interpretación decisoria de la Sala sentenciadora queda desvirtuada en cuanto no admitió el uso y destino de la vivienda a los fines familiares que se dejan sentados y por razón del derecho de ocupación concurrente. La S de esta Sala de 2 diciembre 1992, así como la de 14 julio 1994, contemplan estos estados, si bien la primera como relación de comodato, no dando lugar al desalojo postulado, concurriendo también indicios sospechosos de que al producirse la reivindicación, como en el supuesto presente, muy posteriormente a la separación judicial de los esposos, cuando la vivienda seguía cumpliendo la misma finalidad que ostentó desde el principio de su disfrute, es decir el de servir de hogar familiar, cabe posible conspiración con clara conculcación del imperativo mandato del *art. 7,1 CC* y ha de incidir para evitar situaciones abusivas de los derechos, por lo que la acción no puede prosperar, lo que aporta un razonamiento más a los que se dejan expuestos".

»Por lo que aplicando la referida doctrina al caso de autos procede la desestimación íntegra de la pretensión del actor.

»TERCERO.- Respecto de las costas el *art. 394.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* establece que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto desestimadas todas sus pretensiones. Por lo tanto procede la imposición de costas a la demandante.»

TERCERO.- La Audiencia Provincial de La Coruña Sección 6.^a, dictó sentencia el 24 de octubre de 2006 en el rollo de apelación número 380/2006, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOÑA Marta, se revoca la sentencia de 30/1/2006 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Santiago en el juicio verbal de desahucio por precario nº 357/2005 y definitivamente se estima la demanda interpuesta, se declara haber lugar al desahucio por precario de los demandados del inmueble descrito en la demanda y se condena a los demandados a que lo desalojen en el plazo que se les fije en el eventual proceso de ejecución de esta resolución. No se hace imposición de las costas de ninguna de las dos instancias.»

CUARTO.- En los fundamentos de Derecho de la sentencia se declara:

«No se aceptan los de la sentencia apelada

»PRIMERO- Tal y como se expresó en la sentencia recaída en el rollo 495/2004 de esta Sección , la atribución en la nueva LEC de efectos de cosa juzgada a la sentencia dictada en el procedimiento de desahucio por precario determina que su ámbito propio sea dilucidar si el ocupante demandado es o no precarista, si cuenta o no con un derecho que justifique su tenencia de la cosa perteneciente al demandante, sin que proceda hacer en cambio declaraciones definitivas sobre la existencia del derecho -obligacional o real- que sirve de base a su posesión. Por tanto, siendo evidente que la clara voluntad legislativa excluye que la tradicional invocación de complejidad de la situación litigiosa determine la inocuidad del juicio, también ha de actuarse con la cautela que exige la tensión entre el cauce simplificado que la norma prevé y el cauce más amplio que normalmente corresponde a la verdadera declaración de derechos sobre la cosa objeto del proceso, por lo que debe primar una perspectiva que excluya del éxito de la acción aquellas situaciones en las que el derecho o título invocado presente visos serios de verosimilitud y aptitud para oponerse al derecho del demandante.

Igualmente con carácter previo ha de señalarse que pese a la aparente dicción del *art. 250.1.2º LEC* . ("cedida en precario") no cabe deducir que se haya querido restringir el ámbito del juicio de recuperación posesoria a los supuestos estrictos de posesión sin título, sino que ha de abarcar el supuesto jurídicamente equivalente de posesión en virtud de título que haya perdido su validez, que sigue siendo invocado por la aplicación judicial de la nueva LEC (AP Madrid, sec. 14ª, 3-11-2005; AP Barcelona, sec. 1ª, 10-10-2005; AP Pontevedra, sec. 1ª, 6-5-2005; AP A Coruña, sec. 5ª, 17-1-2003; AP A Coruña, sec. 6ª, 28-6-2002).

»SEGUNDO- En el caso presente los hechos, sucintamente expuestos y no discutibles dada su acreditación documental y la admisión de las partes, consisten en que perteneciendo un inmueble - las diferenciaciones a las que la parte actora hizo alusión entre edificación y finca no se reprodujeron en esta alzada y devienen en todo caso intrascendentes- a la demandada y su esposo, hijo de la demandante, se atribuyó el uso de la vivienda familiar en aquél sita a la demandada y al codemandado, hijo común del matrimonio; seguido juicio declarativo a instancias del esposo de la demandante, en beneficio de la sociedad ganancial, frente a su hijo y su nuera hoy demandada, recayó sentencia definitiva que condenaba a lo demandados al pago de cantidades y comoquiera que no se abonó la deuda, se embargó y finalmente ejecutó forzosamente el inmueble, que fue adjudicado al ejecutante, quien pidió de inmediato la expulsión de la vivienda de los codemandados, que no fue acordada por el Juzgado en el trámite sumarísimo del *art. 675 LEC* ; tras el fallecimiento del esposo de la demandante, en liquidación ganancial y partición de herencia se atribuyó -con intervención de la demandada en representación del nieto del causante- el inmueble litigioso a la demandante, quien ha promovido la demanda después de que su nieto alcanzase la mayoría de edad.

»Con tales datos, el título que invocan los demandados y que pueda justificar su ocupación de la vivienda de la demandante es la atribución del uso en el juicio de separación y cuando el bien pertenecía al matrimonio, sin que estemos, por tanto, ante un supuesto de cesión de uso por la **propiedad** -lo que aleja el supuesto de litis del que se resolvía en la STS 18/10/2004 invocada extensamente en la sentencia recurrida, en el que los demandantes habían tolerado, como condueños, el uso que llevaba a cabo uno de los integrantes de la comunidad hereditaria como domicilio familiar y que dio lugar a la atribución del mismo a la esposa e hijos del copropietario, al margen de que la doctrina de tal sentencia deba estimarse superada o al menos muy matizada por la clarificadora STS 26/12/2005 - puesto que lo primero que hizo el adquirente del bien fue intentar expulsar judicialmente a los ocupantes.

»Se trata pues de analizar si tal título es oponible a la adquirente del bien -como miembro de la comunidad ganancial a quien se adjudicó y actual titular exclusiva del mismo- en un procedimiento de enajenación forzosa y la respuesta ha de ser negativa, ya que el derecho de uso atribuido a los demandados no puede considerarse un derecho real en sentido estricto, oponible a cualquier titular de la cosa y desvinculado de los fines y motivos que determinaron su establecimiento, como es la determinación, dentro del marco de la economía familiar examinada en el proceso matrimonial, de cuál era el interés más necesitado de protección para atribuirle así el ejercicio exclusivo de una de las facultades integrantes del derecho dominical de los esposos sobre el bien. Se concentró el derecho a usar el bien en algunos de los integrantes del grupo familiar y se excluyó a otro, pero ello no implicaba la constitución de derechos oponibles a terceros cuando éstos, como es el caso, haciendo uso de sus legítimos derechos -la obtención del título ejecutivo tras proceso declarativo con oposición de la demandada en el que en ambas instancias se reconoció el derecho de crédito de los demandantes frente a los esposos titulares del bien aleja toda perspectiva de fraude-, afectaron el bien a la satisfacción de su crédito y a la postre se adjudicaron

lícitamente el inmueble.

»No se ignora, por supuesto, la reiterada jurisprudencia (STS 22 de diciembre de 1992 , 20 de marzo de 1993 , 14 de julio de 1994 , 16 de diciembre de 1995 , 26 de abril de 2002) que establece que "si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio" - aquí, separación-, pero esta línea interpretativa -fácil es advertirlo- tiene como eje determinante de su contenido el cohonestar la facultad dominical de pedir la enajenación de la vivienda común con el deber de tolerar y no extinguir el uso de la misma por el otro cotitular establecido en la sentencia matrimonial, de modo que sí cabía la extinción forzosa del condominio pero con el deber de que con su resultado no se alterase tal uso. Si durante el matrimonio la enajenación de la vivienda que sirviera de domicilio familiar no podía imponerse al otro cónyuge por uno de los esposos, incluso cuando fuera dueño exclusivo de la misma -caso de la STS 11-12-1992 -, en protección del interés familiar, resultaba ilógico y propiciador del fraude de ley que una vez determinado judicialmente cuál era el interés a quien correspondía el uso de tal domicilio, el ejercicio de derechos por del otro cónyuge -derivados de la ruptura patrimonial inherente a la crisis matrimonial- pudieran dejar sin protección tal interés y contravenir lo establecido en el proceso desencadenado por esa misma crisis, en especial cuando existieran hijos menores.

»Sin embargo, el caso presente es radicalmente distinto, puesto que aunque la demandante y su difunto esposo sabían sin duda, dada su relación de parentesco con el matrimonio, que el uso de la vivienda se había atribuido a los demandados cuando adquirieron la casa, la adquisición del bien se produce en ejercicio legítimo de su derecho y de forma forzosa e impuesta a los titulares dominicales del bien, por lo que no estamos -como en todos los referidos casos de jurisprudencia tuitiva de los ocupantes- ante una adquisición nacida del ejercicio voluntario de derechos por parte de los miembros del matrimonio, sino ante la pérdida forzosa del derecho dominical que necesariamente ha de llevar aparejada la inoponibilidad al adquirente del régimen de uso interno que pudiera haberse establecido en el litigio previo seguido entre los cónyuges. Como señala la aludida STS 26/12/2005 "la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual", por lo que si se pierde de forma forzosa la titularidad dominical que justificaba la posesión del inmueble, no pueden invocarse tal clase de derechos frente a quienes son terceros respecto de la relación jurídica en la que se llevó a cabo la atribución posesoria que se invoca.

»Por último, y ya desde una mera perspectiva de justicia material que, aunque exceda del ámbito del precario, conviene resaltar, la mayoría de edad del hijo común codemandado hace que desaparezca la concurrencia de un interés precisado de tutela preferente que pudiera servir de base a la persistencia de la ocupación de un inmueble perteneciente a terceros, sin perjuicio en todo caso de las acciones que en el ámbito de derecho de familia o alimentos pudiera dar lugar esta desposesión de los demandados del domicilio fijado en la sentencia de separación.

»TERCERO- Al tratarse de una cuestión jurídicamente dudosa, no procede hacer imposición de las costas de ninguna de las dos instancias.»

QUINTO.- El escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a. María Rosario y D. Maximo se formulan en un motivo único, que se introduce con la siguiente fórmula:

«ÚNICO: El motivo en que se funda el presente recurso de casación es el de la vulneración por la Sentencia recurrida de la doctrina contenida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1995 (Recurso 1643/1995 , Ponente Ilmo. Sr. Corbal Fernández) la de 26 de abril de 2002 (Recurso3231/1996, Ponente Ilmo. Sr. González Poveda) y 18 de octubre de 1994 (Ponente Ilmo. Sr.Villagómez Rodil).»

Formula, en esencia, las siguientes alegaciones:

1.- La Sentencia recurrida aplica indebidamente la doctrina del Tribunal Supremo en lo referido a la oponibilidad a terceros de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar, conforme se recoge en las sentencias invocadas.

2.- La interpretación de la Sentencia recurrida permite que, por voluntad de uno de los cónyuges, pueda dejarse sin efecto una atribución judicial del uso de la vivienda.

3.- En el caso objeto del litigio es una demanda interpuesta por el padre del esposo, a la que éste no se opone, la que motiva la pérdida del derecho dominical.

4.- La jurisprudencia en que se apoya la sentencia recurrida, parte de un supuesto de hecho diferente, en tanto la cesión en precario se produce con anterioridad a la atribución judicial del uso de la vivienda.

SEXTO. - Por auto de 20 de enero de 2007 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de D^a Justa se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1.- La sentencia recurrida es plenamente ajustada a derecho. La pérdida forzosa del inmueble por la demandada y su ex cónyuge no puede llevar aparejada la oponibilidad del titular del derecho de uso, no pudiendo invocarse frente a terceros adquirentes.

2.- Además el derecho de uso a la vivienda familiar regulado en el *artículo 96 CC* , se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad.

3.- El derecho de uso que ostentan los demandados no es oponible a la demandante porque nace de una ejecución forzosa por deudas gananciales contraídas con el difunto marido de la actora, y no porque se procediera a la división de una cosa común. Además, y en todo caso, la vivienda fue atribuida a la esposa, ahora demandada, en atención a que se le otorgó la guardia y custodia del hijo menor del matrimonio, y, actualmente el hijo ya es mayor de edad.

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 10 de noviembre de 2010, en que tuvo lugar.

NOVENO .- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CC, Código Civil

LEC, *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* .

RC, recurso de casación.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El juzgado desestima una demanda de desahucio por precario.

2.- Valora que la finca objeto del litigio pertenecía a la demandada y a su esposo, hijo a su vez de la actora. En ejecución de una sentencia en la que se condenó a la demandada y a su esposo al pago de una determinada cantidad el inmueble salió a pública subasta, y fue adquirido por el esposo de la actora, de quién ella trae causa. En el momento de tal adquisición, entre la demandada y su esposo ya se había dictado sentencia de separación en la que se acordó que el uso del referido inmueble, se atribuía a la esposa, ahora demandada. Por todo ello considera el juez que el uso que de la vivienda hace la demandada no tiene su origen en una concesión gratuita de un familiar, sino que originariamente era la propietaria, siendo el adquirente en subasta pública el padre de su esposo, conector de que tenía atribuido el uso de la vivienda en virtud de sentencia de separación. Rechaza que el uso pueda calificarse de precario y afirma que esta sentencia es oponible frente a terceros.

3.- La Audiencia Provincial, estima el recurso de apelación formalizado por la parte actora y en consecuencia la acción de desahucio.

4.- Considera, en síntesis, que el título en que la parte demandada justifica su posesión es la

sentencia de separación que le atribuyó el uso de la vivienda. Valora la Audiencia Provincial que este título no es oponible al adquirente del bien en un procedimiento de enajenación forzosa, circunstancia que no se ve alterada por la relación de parentesco existente entre la parte demandada, y el adquirente, de quien trae causa la ahora actora, ni por el hecho de que tuviera conocimiento de que la sentencia de separación atribuyera a la demandada el uso de la que había sido vivienda familiar. Estos argumentos son los que sirven de fundamento a la Audiencia Provincial para concluir que la parte demandada ha venido ocupando la finca en calidad de precarista.

5.- La parte demandada formaliza recurso de casación, al amparo del *artículo 477.2.3º LEC*.

SEGUNDO.- *Enunciación del motivo único de casación.*

Se introduce con la siguiente fórmula:

«ÚNICO: El motivo en que se funda el presente recurso de casación es el de la vulneración por la Sentencia recurrida de la doctrina contenida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1995 (Recurso 1643/1995, Ponente Ilmo. Sr. Corbal Fernández) la de 26 de abril de 2002 (Recurso 3231/1996, Ponente Ilmo. Sr. González Poveda) y 18 de octubre de 1994 (Ponente Ilmo. Sr. Villagómez Rodil).»

Considera la parte recurrente que la sentencia recurrida aplica indebidamente la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la imposibilidad de oponer a terceros de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar, conforme se recoge en las sentencias invocadas. Argumenta que una interpretación contraria, como la que realiza la Audiencia Provincial permite que, por voluntad de uno de los cónyuges, pueda dejarse sin efecto una atribución judicial del uso de la vivienda. La parte recurrente que resulta trascendente para la resolución del litigio que fue una demanda interpuesta por el padre del esposo, a la que éste no se opuso, la que motivó la pérdida del derecho dominical de la actora y de quien fue su cónyuge.

Finalmente señala que la jurisprudencia en que se apoya la sentencia recurrida, parte de un supuesto de hecho diferente, en tanto la cesión en precario se produce con anterioridad a la atribución judicial del uso de la vivienda.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO - *Distinción entre precario y comodato. Doctrina jurisprudencial. Atribución del uso de la vivienda en procedimiento de familia. Oponibilidad frente a terceros*

La respuesta que debe darse a la denuncia formulada debe tener como guía el criterio establecido por la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005, citada por la sentencia recurrida y a partir de ellas muchas otras (SSTS 30 de junio de 2009, [RC n.º 1738/04], 22 de octubre de 2009, [RC n.º 2302/05] o 14 de julio de 2010, [RC n.º 1741/05] entre las más recientes), que fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás, frecuente, de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar.

A) Se debe analizar cada caso en concreto, pues resulta necesario resolver si ha existido o no un contrato entre las partes, particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos que puedan surgir en torno al uso, deberán resolverse conforme a las normas reguladoras de ese negocio jurídico. Sin embargo, y para el caso de que no resulte acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es característica de la figura de un precario.

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.

C) Como también ha señalado la sentencia de Pleno de esta Sala de 14 de enero de 2010 [RC n.º 2806/2000], el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de

familia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de *disposición de la vivienda*. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el **Registro de la Propiedad** (RDGRN de 10 de octubre de 2008).

No obstante diferente es el supuesto en el que los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia del propietario. En este caso, pese a la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del *artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero* una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges.

D) La aplicación de esta doctrina al caso examinado nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario. No se discute el derecho de **propiedad** de la actora, y frente a su reclamación, la parte demandada funda exclusivamente su oposición al abandono de la vivienda, en el hecho de que la sentencia que declaró la separación entre ella y su esposo, hijo de la actora, le atribuyó el uso de la vivienda, cuando aún ambos, eran propietarios de la misma. Lo cierto es que la pérdida del derecho de **propiedad** tanto de la demandada como de quién fue su esposo, tiene su origen en un procedimiento de ejecución consecuencia de la falta de cumplimiento de una obligación de pago de ambos cónyuges. Tal y como ya valoró la sentencia de esta Sala de 8 de octubre de 2010 [RC n.º 2305/2006] en supuestos en los que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a corroborar que la atribución del uso del inmueble a uno de los cónyuges no puede afectar al derecho de **propiedad** del adquirente.

En consecuencia, adquirido el inmueble por un tercero en un proceso de ejecución, derivado del impago de una deuda del matrimonio, no puede ahora oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hijo en sentencia de separación. Desde el momento en el que la demandada y el que fue su esposo perdieron la **propiedad** de la vivienda, el uso que aquella ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo propietario, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como un precario.

E) La sentencia recurrida, se ajusta por completo a la doctrina de esta Sala al configurar el uso de la demandada como una situación de precario y negar que la sentencia de separación que atribuyó el uso de la vivienda a la demandada pueda ser considerada un derecho real oponible al legítimo titular del inmueble.

CUARTO .- Costas

Desestimado en su integridad el recurso, las costas del mismo se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 398.1 en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

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

FALLAMOS

1.- Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Ariadna y D. Maximo ., contra la sentencia de 24 de octubre de 2006 dictada en grado de apelación, rollo n.º380/2006, por la Audiencia Provincial de La Coruña Sección 6 .ª, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Justa , se revoca la sentencia de 30/01/2006, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Santiago en el juicio verbal de desahucio por precario nº 357/2005 y definitivamente se estima la demanda de los demandados a que lo desalojen en el plazo que se les fije en el eventual proceso de ejecución de esta resolución. No se hace imposición de las costas de ninguna de las dos instancias.»

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con

este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente

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 Rios, Jesus Corbal Fernandez, Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.