

Roj: STS 2452/2011  
Id Cendoj: 28079110012011100235  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1236/2008  
Nº de Resolución: 299/2011  
Procedimiento: Casación  
Ponente: ROMAN GARCIA VARELA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x DESAHUCIO x
- x PRECARIO (COMODATO) x
- x COMODATO x
- x ELEMENTOS PERSONALES (COMODATO) x
- x COMODANTE x
- x COMODATARIO x
- x OBLIGACIONES DEL COMODATARIO x
- x DEVOLUCIÓN DE LA COSA (COMODATO) x
- x RECLAMACIÓN DE LA COSA POR EL COMODANTE x
- x PROCESOS MATRIMONIALES x
- x USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR x
- x ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA AL CÓNYUGE x
- x VIVIENDA FAMILIAR EN PRECARIO x

**Resumen:**

Desahucio por precario. Cesión de un inmueble cedido para su uso como vivienda a un hijo y al cónyuge que con él habite. Comodato.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por doña Fátima , representada ante esta Sala por el Procurador don Santos de Gandarillas Carmona, contra la sentencia dictada en grado de apelación -rollo nº 184/2008-, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 30 de abril de 2008 , dimanante de autos de juicio verbal seguidos con el nº 940/2007 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia.

Ha sido parte recurrida don Humberto , representado ante esta Sala por la Procuradora doña María Isabel Díaz Solano.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1º.-** La Procuradora doña María Luisa Fos Fos, en nombre y representación de don Humberto , promovió demanda de juicio verbal en ejercicio de la acción para recuperar la plena posesión de una finca urbana cedida en precario, turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia, contra doña Fátima , en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «...dicte sentencia por la que se declare el derecho del demandante a la recuperación de la plena posesión de la finca de su propiedad, condenando a la demandada a entregar su posesión al actor, ordenándole el desalojo de la vivienda con los apercibimientos correspondientes para el caso de que así no lo hiciera, en especial el del lanzamiento de la misma a su costa, y todo ello con expresa condena en costas si se opusiera a la demanda».

**2º.-** Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, se señaló para el juicio el día 31 de octubre de 2007, compareciendo las partes, y, ratificándose el actor en su demanda y, oponiendo la demandada la existencia de un comodato, alegando que el uso para el que se le había concedido inicialmente la vivienda no había desaparecido, y que la vivienda de su propiedad estaba alquilada.

**3º.-** Recibido el pleito a prueba se practicó la propuesta y admitida (documental), con el resultado que obra en autos.

**4º.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia dictó sentencia, en fecha 5 de noviembre de 2007 , cuya parte dispositiva dice literalmente: «Que estimando como estimo la demanda presentada por la Procuradora doña María Luisa Fos Fos en representación de don Humberto contra doña Fátima , debo declarar y declaro el derecho del demandante a recuperar la plena posesión de la vivienda sita en C/ DIRECCION000 , nº NUM000 , pta. NUM001 de Valencia, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a entregar su posesión al actor, condenando a la demandada a dejarlo libre, vacuo y expedito, a *disposición del demandante, bajo* apercibimiento de lanzamiento en caso contrario, todo con imposición de costas procesales a la demandada».

**SEGUNDO.-** Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciado el recurso, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia, en fecha 30 de abril de 2008 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: «Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña Fátima contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia, en los autos de juicio verbal nº 94/07, la debemos confirmar y la confirmamos, imponiendo las costas devengadas en esta alzada a la parte apelante».

**TERCERO.- 1º.-** La representación procesal de doña Fátima presentó el día 18 de junio de 2008, escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 30 de abril de 2008, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª), en el rollo de apelación 184/2008 , dimanante de autos de juicio verbal nº 940/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia.

**2º.-** Motivo del recurso de casación. Al amparo del *ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *artículo 1749 del Código Civil* , y, terminó suplicando a la Sala: «...dicte sentencia en la que dé lugar al recurso de casación interpuesto, por los motivos invocados, casando y anulando la sentencia recurrida y resolviendo lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate; con los demás pronunciamientos que correspondan conforme a Derecho».

**3º.-** Mediante providencia de fecha 19 de junio de 2008 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones, previo emplazamiento de las partes por término de 30 días, a la Sala Primera del Tribunal Supremo, apareciendo notificada dicha resolución a los Procuradores de las partes el día 24 de junio de 2008.

**4º.-** La Procuradora doña María Isabel Díaz Solano, en nombre y representación de don Humberto , presentó escrito ante esta Sala el día 14 de julio de 2008, personándose en concepto de recurrida. Mediante escrito presentado el día 2 de septiembre de 2008, el Procurador don Santos de Gandarillas Carmona, en nombre y representación de doña Fátima , se personó en concepto de recurrente.

**5º.-** La Sala dictó auto de fecha 8 de septiembre de 2009, cuya parte dispositiva dice literalmente: «1.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Fátima contra la sentencia dictada con fecha 30 de abril de 2008, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª), en el rollo de apelación 184/2008 , dimanante de los autos de juicio verbal nº 940/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia. 2.- Entréguese copia del escrito de interposición del recurso, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días».

**6º.-** Evacuando el traslado conferido, la Procuradora doña María Isabel Díaz Solano, en nombre y representación de don Humberto , formuló, mediante escrito de fecha 9 de octubre de 2009, oposición al recurso de casación interpuesto de contrario, suplicando a la Sala: «...dicte sentencia desestimando íntegramente el mencionado recurso, con imposición de costas a la parte recurrente».

**CUARTO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 6 de abril de 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Roman Garcia Varela,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO-** Don Humberto , como propietario de la finca situada en la DIRECCION000 , nº NUM000 , puerta NUM001 de Valencia, formuló demanda de juicio verbal de desahucio contra doña Fátima . Razonaba en su escrito de demanda que en el año 1994 cedió a su hijo, don Borja , que estaba próximo a contraer matrimonio con la demandada, el uso gratuito de la vivienda objeto ahora de litigio. Posteriormente su hijo y la demandada se divorciaron y la sentencia que así lo declaró, atribuyó el uso de la vivienda a la demandada. En definitiva, consideraba el actor que la demandada estaba ocupando el inmueble en calidad de precarista, por lo que ejercitaba la acción de desahucio por precario.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial desestimó íntegramente el recurso de apelación. Declaró que la vivienda había sido cedida en precario al hijo del actor, y en esta misma situación había venido la demandada ocupando la vivienda tras el divorcio.

Recurre en casación la parte demandada, al amparo del *ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

**SEGUNDO** .- El recurrente funda su recurso en la vulneración del *artículo 1749 Código Civil* regulador del contrato de comodato, y considera que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. Indica que mientras que unas Audiencias Provinciales consideran que, la cesión de un inmueble cedido para su uso como vivienda a un hijo y al cónyuge que con él habite configura un contrato de comodato, otras sentencias consideran que se trata de un mero precario.

A través del recurso se plantea una vez más, el conflicto que se genera cuando el propietario de un inmueble ha cedido su uso a un familiar, generalmente un hijo o hija, para que en él se fije el domicilio familiar, posteriormente deviene la ruptura matrimonial o de la convivencia y una resolución judicial atribuye a uno de los cónyuges o convivientes el uso de la vivienda. Se trata, pues, de dilucidar qué facultades de recuperación del inmueble le quedan a ese tercero, propietario de la vivienda y afectado por una resolución judicial dictada en un proceso de familia. Esta Sala ya ha fijado doctrina respecto de esta cuestión, y ha unificado la doctrina de las Audiencias Provinciales, por lo que no existe ya el interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales que se aduce por el recurrente. La STS de 26 de diciembre de 2005 (y a partir de ella otras muchas, como las de 30 de junio y 22 de octubre de 2009 ), declaró que para resolver conflictos como el ahora planteado, se debe examinar cada caso concreto para definir si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. En tal caso, se deberán aplicar las normas reguladoras de este negocio jurídico. Sin embargo, en el supuesto de que no resulte acreditada la existencia de esta relación jurídica, se debe concluir que estamos ante la figura del precario, lo que conlleva que el propietario del inmueble podrá, en cualquier momento, reclamar su posesión. En este último caso, 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 declara la sentencia del Pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 (recurso 1994/2005 ), «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». Sigue diciendo la sentencia, como ya se avanzó, que «esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005 ». Jurisprudencia que se reitera en la STS, también del Pleno de esta Sala, de 14 de enero de 2010 (recurso 5806/2000).

**TERCERO** .- La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso que se examina exige la desestimación del recurso de casación. La sentencia recurrida ha rechazado que exista indicio alguno que permita considerar que entre el propietario y la demandada existiera un contrato de comodato. Muy al contrario, concluye que se trató de una mera cesión de la vivienda realizada a favor de su hijo y la que fue su cónyuge situación que califica como precario, con la consecuente facultad del propietario de reclamar la vivienda a su voluntad. La Audiencia Provincial, declara probado que no existe una relación contractual que justifique la posesión de la demandada, sino que el actor ha tolerado la ocupación, por lo que su mera oposición debe poner fin a la posesión de la demandada. En definitiva, la solución que ofrece la sentencia recurrida se ajusta plenamente al criterio de esta Sala y debe ser mantenida en casación. Finalmente, debe

insistirse en el hecho de que la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda a la ex esposa demandada, no constituye título hábil de oposición frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges, como es el actor, y al proceso matrimonial en el que son partes.

**CUARTO.-** La desestimación del recurso de casación conlleva la confirmación de la sentencia recurrida y la condena a la parte recurrente del pago de las costas causadas en el recurso, de acuerdo con lo previsto en el *artículo 398.2 en relación con el 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

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

## **FALLAMOS**

Que debemos declarar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Fátima contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, el treinta de abril de dos mil ocho, en el rollo de apelación nº 184/2008 .

2º.- Imponer el pago de costas causadas en este recurso a dicha 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 . Xavier O'Callaghan Muñoz; Francisco Marin Castan; Jose Antonio Seijas Quintana; Rafael Gimeno-Bayon Cobos; Roman Garcia Varela. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman Garcia Varela, 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.