

EDJ 2011/30412

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 18-3-2011, nº 178/2011, rec. 86/2008
Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio

Resumen

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar estima la demanda presentada contra la precarista, declarando haber lugar al desahucio del inmueble en litigio. Señala la Sala que la aplicación de la doctrina expuesta al caso examinado nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario, no discutiéndose el derecho de propiedad de la parte actora, fundando la parte demandada su oposición al abandono de la vivienda, en el hecho de que la sentencia que declaró la separación entre ella y su esposo, hijo del demandante, le atribuyó el uso de la vivienda. Sin embargo, añade la Sala que el uso que la demandada 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 y no como un comodato que es lo que hace la sentencia recurrida.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.487
RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1749 , art.1750

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ARRENDAMIENTOS URBANOS

CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Juicio de desahucio

Precario

Concepto

Prueba

Supuestos diversos

FUENTES DEL DERECHO

JURISPRUDENCIA

Del Tribunal Supremo

Menor de las Audiencias

PRÉSTAMO

COMODATO

PROCESO CIVIL

RECURSOS

Casación

Infracción de ley o jurisprudencia

Violación de la ley

Formulación del motivo

Jurisprudencia invocable

Diversos supuestos estimatorios

Infracción de preceptos del Código Civil

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Propietario; Desfavorable a: Precarista

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.487 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.1749, art.1750 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre PRÉSTAMO - COMODATO por SAP Zaragoza de 22 junio 2011 (J2011/152434)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos por STS Sala 1ª de 10 octubre 2011 (J2011/236330)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos por SAP Cáceres de 31 enero 2012 (J2012/13923)

Citada en el mismo sentido sobre FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Del Tribunal Supremo por SAP Sevilla de 22 febrero 2012 (J2012/193424)

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Prueba, FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Del Tribunal Supremo, PRÉSTAMO - COMODATO por STS Sala 1ª de 11 junio 2012 (J2012/205510)

Citada en el mismo sentido sobre PRÉSTAMO - COMODATO, PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por SAP Castellón de 17 octubre 2012 (J2012/277326)

Citada en el mismo sentido sobre PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por SAP Barcelona de 22 junio 2012 (J2012/306865)

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos por SAP Girona de 14 diciembre 2012 (J2012/309093)

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Prueba, PRÉSTAMO - COMODATO por SAP Madrid de 20 diciembre 2012 (J2012/313008)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP Castellón de 13 noviembre 2012 (J2012/320913)

Citada en el mismo sentido sobre PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por SAP Segovia de 24 febrero 2012 (J2012/40015)

Citada en el mismo sentido sobre PRÉSTAMO - COMODATO por SAP Burgos de 24 febrero 2012 (J2012/73804)

Citada en el mismo sentido sobre FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Del Tribunal Supremo, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP La Coruña de 20 abril 2012 (J2012/83941)

Citada en el mismo sentido sobre FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Del Tribunal Supremo, PRÉSTAMO - COMODATO, PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por SAP A Coruña de 23 enero 2013 (J2013/10348)

Cita en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Concepto STS Sala 1ª de 22 noviembre 2010 (J2010/258991)

Cita en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Concepto STS Sala 1ª de 11 noviembre 2010 (J2010/258966)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 14 julio 2010 (J2010/145103)

Cita en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos STS Sala 1ª de 14 enero 2010 (J2010/37258)

Cita en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos STS Sala 1ª de 18 enero 2010 (J2010/14195)

Cita en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos STS Sala 1ª de 22 octubre 2009 (J2009/245662)

Cita en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos STS Sala 1ª de 30 junio 2009 (J2009/134669)

Cita en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos SAP Madrid de 14 diciembre 2005 (J2005/249235)

Cita en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Prueba, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Concepto SAP Madrid de 5 diciembre 2005 (J2005/241314)

Cita en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Prueba, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Concepto STS Sala 1ª de 26 diciembre 2005 (J2005/230433)

Cita en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos SAP Alicante de 10 diciembre 2004 (J2004/235046)

Cita en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos, PRÉSTAMO - COMODATO, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Concepto STS Sala 1ª de 18 octubre 1994 (J1994/8380)

Cita en el mismo sentido sobre PRÉSTAMO - COMODATO, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Concepto STS Sala 1ª de 2 diciembre 1992 (J1992/11914)

Bibliografía

Comentada en "El precario en las relaciones familiares"

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de marzo de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el núm. 86/2008, ante la misma pende de resolución, interpuesto por D. Jesús María, representado en esta sede por la procuradora D.ª Paloma Rubio Peláez contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo núm. 259/2007, por la Audiencia Provincial de Alicante, sección 5.ª, de fecha 27 de septiembre de 2007, dimanante del juicio ordinario núm. 261/2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Elda. No ha comparecido la parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Elda dictó sentencia de 10 de octubre de 2006, en procedimiento verbal de desahucio núm. 261/2006, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Alfonso Martínez en representación de Jesús María contra Fermina debo declarar y declaro no haber lugar al desahucio solicitado, todo ello con imposición de costas al demandante».

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

»Primero. Se ejercita por la parte actora frente a la demandada acción de reclamación de desahucio por precario, respecto del inmueble sito en CALLE000 número NUM000 NUM001 de la localidad de Elda, de la que es titular el actor.

»Segundo. Establece la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, que el precario, debe ser entendido como una situación de hecho, en virtud de la cual, una o varias personas físicas o jurídicas, utilizan un bien- inmueble- de ajena pertenencia gratuitamente, es decir, sin satisfacer al titular del bien, contraprestación alguna por el uso, y, sin que, quien o quienes lo utilizan, dispongan de título que justifique suficientemente su ocupación, no obstante la tendencia material de la cosa, que no debe suponer posesión tolerada. El precario procederá contra poseedores sin título o con título revocable: St. A.P. de Valencia de 13-1-1993, y, STS de 23-5-89. Así mismo corresponde al demandado la carga de probar la existencia, eficacia y validez del título posesorio, procediendo en caso contrario, la acción de desahucio; y así, en las ocupaciones inmobiliarias se deberá aportar un indicio- al menos como mínimo- del cual pueda deducirse la onerosidad de la relación, pues sino, quien posee lo hace en precario".

»Tercero. De la prueba practicada en autos se desprende que el actor cedió el uso de la vivienda objeto del litigio para que pudieran habitarla, tanto la demandada como su hijo, quienes actualmente se encuentran separados, y sus tres nietas, tras haber sido desahuciados, convirtiéndose en el domicilio familiar, y todo ello en aras de prestar ayuda económica al hijo en su matrimonio, necesidad familiar que no se ha negado. Respecto a la necesidad urgente del propietario de recuperar el piso alega que se encuentran en estos momentos viviendo en un piso propiedad de uno de sus hijos, propiedad que no ha sido acreditada, a lo que hay que añadir que cuando el actor cambia de domicilio lo hace con todos los miembros de la familia que en esos momentos no se habían independizado o casado; que a la esposa del actor por motivos de salud le convendría vivir allí, si bien mantienen que una de las causas de haberse trasladado fue dicho motivo; y para evitar roces entre los hermanos, ya que el esposo de la demandada convive con ellos.

»Por otra parte, hay que tener en cuenta que la reclamación se insta cuando el hijo del actor se encuentra separado judicialmente de la demandada, atribuyéndosele a la misma y a sus hijos, por sentencia de 23 de noviembre de 2000, el uso de la vivienda que constituyó el hogar familiar, así como las medidas civiles adoptadas en la orden de protección dictada en el procedimiento de diligencias urgentes num. 50/05, por lo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos debe 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 del Código Civil EDL 1889/1. En todo caso debe entenderse que constituye título apto y suficiente, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta de la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por la vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor de los tres hijos del matrimonio, conforme el art. 96 del Código Civil EDL 1889/1 y éstos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor.

»Expuesto lo precedente, y a pesar de que jamás ha pagado cantidad alguna en concepto de alquiler debe ser desestimada la demanda.

»Cuarto. A tenor del artículo 394 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , es procedente condenar al demandante al abono de las costas procesales devengadas en el substanciación del presente procedimiento».

TERCERO.- La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia núm. 294, de 27 de septiembre de 2007, en el rollo de apelación n.º 259/2007, cuyo fallo dice:

«Que desestimando el recurso de apelación promovido contra la sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Elda de fecha 10 de octubre de 2006, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada».

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. Contra la sentencia que desestima la demanda de desahucio por precario se alza la actora alegando en síntesis, que concurre el supuesto de hecho para apreciar el desahucio, en primer lugar por la carencia de título de la demandada al ocupar la vivienda, que no lo ostenta por la atribución de la vivienda familiar en la sentencia de separación. En segundo lugar argumenta que no consta probado que las partes pactaran un contrato de comodato de uso, ni un plazo o duración determinada, transcribiendo jurisprudencia en apoyo de sus alegaciones, entre otras sentencia de esta Sala de fecha 13 de abril de 2005.

»Los motivos del recurso no pueden tener favorable acogida, pues es doctrina reiterada de esta Sala recogida en sentencia num. 98 de fecha 28 de febrero de 2006, que reproducimos"La situación que se plantea es relativamente frecuente y está caracterizada por la atribución a uno de los cónyuges en resolución recaída en procesos de separación o divorcio, de una vivienda que no es propiedad de la persona que tiene concedido el uso como ocurre ahora en que la misma es de los padres -actores- del hijo separado de la demandada. Aunque la doctrina que al efecto ha mantenido el Tribunal Supremo ha tenido una inicial fase caracterizada por la defensa del derecho de propiedad, desde su sentencia de 2 de diciembre de 1992 EDJ 1992/11914 establece un cuerpo de doctrina que se consolida, entre otras por sentencia de 18 de octubre de 1994 EDJ 1994/8380 en el sentido de excluir estas situaciones del ámbito del precario... Pero la entrada y permanencia del hijo y la esposa en la vivienda de los padres se explica con la figura jurídica del comodato en cuanto si bien no se estableció plazo de uso la cesión se hace para hogar familiar de forma que la ocupación está condicionada a la subsistencia del fin que originariamente se tuvo en cuenta para hacer la cesión, y esa finalidad de hogar familiar no desaparece aunque se haya producido para alojar a la familia aunque ya -por la separación- no la integre uno de sus miembros.

»De cuanto queda dicho debe concluirse que no constando un plazo de duración de la cesión pero que con la misma se quería dar el uso específico de hogar familiar del matrimonio y los descendientes del hijo de los propietarios, esa finalidad se seguirá cumpliendo aunque está producida la crisis conyugal lo cual excluye la situación de precario, y al constituir un comodato o préstamo de uso, los propietarios únicamente pueden reclamar la vivienda en caso de urgente necesidad."

»Segundo. En el supuesto que nos ocupa, es admitido por ambas partes que la vivienda fue cedida para el uso como domicilio familiar, esto es el hijo de la hoy demandante, su mujer y tres hijos, en mayo de 1996, con anterioridad a la sentencia de separación de fecha 23 de noviembre de 2000. Por otro lado no acredita la parte actora la causa de necesidad alegada en la demanda ni que haya desaparecido la finalidad de la cesión, esto es, para que sirviera de hogar familiar.

»No es vinculante la sentencia de esta Sala de fecha de 13 de abril de 2005, alegada en el recurso, pues no recoge un supuesto similar, dado que en aquel procedimiento no se acreditaba que en el proceso seguido por el juzgado de Primera Instancia num. 3 de Elda la vivienda fuera el domicilio familiar, ni constaba la existencia de una resolución judicial de atribución de uso de esa vivienda a uno de los progenitores.

»Tercero. Procede, pues, la plena confirmación de la sentencia, lo que implica la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, según dispone el artículo 398 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ».

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Jesús María se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero y único de casación «Se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1749 del Código Civil EDL 1889/1 (...). Es erróneo aplicar dicho artículo del Código Civil EDL 1889/1 , debiendo haber aplicado el artículo 1750 del mismo cuerpo legal (...).»

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente: Alega doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales ante el mismo supuesto de hecho: existencia de una cesión por parte de los padres (o terceros) de la vivienda de su propiedad para que la ocupe un hijo (o descendiente) y su cónyuge, estableciendo en ella el domicilio conyugal, viviendo en la misma, en unión de hijos menores de edad, durante un periodo de tiempo, sin pagar renta alguna y sin establecerse plazo produciéndose posteriormente la separación y la atribución del uso del domicilio familiar a la esposa. Del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la parte recurrente deduce que a partir de la sentencia de 26 de diciembre de 2005 EDJ 2005/230433 se ha producido un giro en la jurisprudencia al considerar que se está ante un precario si queda probado que no existió un contrato entre las partes, aunque esta sentencia no se pronuncia sobre el supuesto de hecho antes planteado. Al no existir una línea clara en cuanto a este asunto considera que debe ser el propio Tribunal Supremo el que a través de su función de creación de jurisprudencia cuando no exista o al menos de corrección de doctrina jurisprudencial el que se pronuncia sobre la contradicción existente entre las Audiencias provinciales.

Termina solicitando de la Sala « (...) dicte sentencia mediante la que estimando íntegramente este recurso, case y anule la sentencia recurrida y en consecuencia acuerde estimar la demanda formulada por la representación procesal de D. Jesús María que ha originado

los autos de juicio verbal num.. 261/2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Elda, condenando a la demandada D^a Fermina a que deje libre y a disposición del actor la vivienda sita en Elda en la C/ CALLE000 num. NUM000, NUM001 con expresa imposición de costas a la demandada».

SEXTO.- La parte recurrida-demandada no ha comparecido ante esta Sala.

SÉPTIMO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 2 de marzo de 2011 en que tuvo lugar.

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

CC, Código Civil EDL 1889/1

LEC EDL 2000/77463 , Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

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. D. Jesús María interpone acción de desahucio por precario contra Doña Fermina de la vivienda propiedad del mismo que había cedido gratuitamente a su hijo y nuera, siendo ésta última la demandada.

2. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al considerar que el uso atribuido judicialmente a la demandada es un derecho oponible a terceros y un título suficiente para mantenerse en la vivienda.

3. La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante desestimó el recurso de apelación del demandante propietario en aplicación de la jurisprudencia de dicha Audiencia aplicando la figura jurídica del comodato a este tipo de situaciones.

4. Se considera probado que la vivienda fue cedida por el propietario para el uso como domicilio familiar en mayo de 1996; que la separación y la atribución del domicilio a la demandada se produce con fecha de 23 de noviembre de 2000; que no está probada la causa de necesidad del propietario y que se sigue cumpliendo la finalidad de hogar familiar.

SEGUNDO.- Enunciación de los motivos de casación.

En el motivo único de casación «Se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1749 del Código Civil EDL 1889/1 (...). Es erróneo aplicar dicho artículo del Código Civil EDL 1889/1 , debiendo haber aplicado el artículo 1750 del mismo cuerpo legal (...).»

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente: Alega doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales ante el mismo supuesto de hecho: existencia de una cesión por parte de los padres (o terceros) de la vivienda de su propiedad para que la ocupe un hijo (o descendiente) y su cónyuge, estableciendo en ella el domicilio conyugal, viviendo en la misma, en unión de hijos menores de edad, durante un periodo de tiempo, sin pagar renta alguna y sin establecerse plazo produciéndose posteriormente la separación y la atribución del uso del domicilio familiar a la esposa. El recurrente cita las sentencias procedentes de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5^a) de fecha 10 de diciembre de 2004 EDJ 2004/235046 y 28 de febrero de 2006, que consideran dicha cesión como comodato. Frente a ellas cita las sentencias procedentes de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18) de fecha 5 de diciembre EDJ 2005/241314 y 14 de diciembre de 2005 EDJ 2005/249235 , que consideran dicha cesión como precario. Asimismo en el escrito de interposición se hace alusión a la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005 EDJ 2005/230433 entendiéndose que a partir de dicha sentencia se ha producido un giro en la jurisprudencia al considerar que se está ante un precario si queda probado que no existió un contrato entre las partes, aunque esta sentencia no se pronuncia sobre el supuesto de hecho antes planteado. Al no existir una línea clara en cuanto a este asunto considera que debe ser el propio Tribunal Supremo el que a través de su función de creación de jurisprudencia cuando no exista o al menos de corrección de doctrina jurisprudencial el que se pronuncia sobre la contradicción existente entre las Audiencias provinciales.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- Distinción entre precario y comodato. Doctrina jurisprudencial.

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 EDJ 2005/230433 , citada por la sentencia recurrida y a partir de ellas muchas otras (SSTS 30 de junio de 2009, (RC núm. 1738/04) EDJ 2009/134669 , 22 de octubre de 2009, (RC núm. 2302/05) EDJ 2009/245662 , 14 de julio de 2010, (RC núm. 1741/05) EDJ 2010/145103 11 de noviembre de 2010 (RC núm. 511/06) EDJ 2010/258966 o 22 de noviembre de 2010 (RC núm. 39/07 EDJ 2010/258991) 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 núm. 1994/2005) EDJ 2010/14195, 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 declarado la sentencia de Pleno de esta Sala de 14 de enero de 2010 EDJ 2010/37258 (RC núm. 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 EDL 1889/1 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 parte actora, y frente a su reclamación, la parte demandada funda su oposición al abandono de la vivienda, en el hecho de que la sentencia que declaró la separación entre ella y su esposo, hijo del demandante, le atribuyó el uso de la vivienda. Sin embargo, el uso que la demandada 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, al calificar dicha situación como de comodato se opone a la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Se debe, por lo tanto, estimar el recurso y casar y anular la sentencia recurrida, y, ya en funciones de instancia, procede estimar la demanda interpuesta por D. Jesús María contra Doña Fermina, declarando haber lugar al desahucio de esta del inmueble sito en CALLE000 num. NUM000, NUM001 de Elda condenándola a que la desaloje y deje libre dentro del término legal, con el apercibimiento de hacerlo a su costa, si no lo hiciesen voluntariamente.

Asimismo, procede, en cumplimiento de lo dispuesto en el último inciso del párrafo tercero del artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, reiterar como doctrina jurisprudencial la siguiente: «La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».

CUARTO.- -Costas.

La estimación del recurso de casación, con la consecuencia de la casación de la sentencia recurrida conlleva la estimación del recurso de apelación interpuesto por D. Jesús María con estimación de la demanda interpuesta por este e imposición de las costas de la demanda a la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463.

La estimación del recurso de apelación y de casación de D. Jesús María supone la no-condena en costas de estos recursos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC. EDL 2000/77463

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

FALLO

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Jesús María, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 259/2007, por la Audiencia Provincial de Alicante, sección 5ª, de fecha 27 de septiembre de 2007, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

«Que desestimando el recurso de apelación promovido contra la sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Elda de fecha 10 de octubre de 2006, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada».

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jesús María contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Elda de fecha 10 de octubre de 2006, estimamos la demanda presentada contra D.^a Fermina, declarando haber lugar al desahucio de esta del inmueble sito en CALLE000 num. NUM000, NUM001 de Elda 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. Con imposición de las costas de primera instancia a la parte demandada y sin imposición de las costas de apelación.

4. No ha lugar a las costas del recurso de casación interpuesto.

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, Francisco Marin Castan, José Antonio Seijas Quintana, Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Roman Garcia Varela. Rubricado. Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012011100174