

Roj: **STS 6321/2009 - ECLI:ES:TS:2009:6321**Id Cendoj: **28079110012009100669**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/10/2009**Nº de Recurso: **2302/2005**Nº de Resolución: **653/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP O 2083/2005,**
STS 6321/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Octubre de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto, por D^a Loreto , representado por el Procurador de los Tribunales D. Luis Alberto Prado García, contra la Sentencia dictada, el día 20 de julio de 2005, por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el rollo de apelación nº 261/2005, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Avilés, en los autos de desahucio nº 469/2004. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. José Ignacio de Noriega Arquer, en nombre y representación de D. Doroteo , en calidad de parte recurrida, la Procuradora D^a Silvia Casielles Morán, en representación de D^a Loreto , en calidad de parte recurrente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Avilés, interpuso demanda de juicio verbal sobre desahucio por precario, contra D^a Loreto . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... dictar sentencia por la que se declare que la demandada carece de título alguno que le permita continuar en el disfrute del piso NUM000 de la casa señalada con el nº NUM001 de la CALLE000 , en esta localidad, y de la plaza de garaje situada en la planta sótano de tal inmueble, condenándola a desalojar piso y plaza de garaje y dejar ambos inmuebles a disposición de su propietario, bajo apercibimiento de lanzamiento de no verificarlo, imponiéndole las costas del juicio"*.

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D^a. Loreto , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... se dicte Sentencia desestimándola íntegramente, con expresa imposición de costas a la demandante por temeridad"*.

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes al objeto de celebrar el oportuno juicio verbal, el que tuvo lugar en el día y hora señalado, y solicitado el recibimiento a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue previamente declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Avilés, dictó Sentencia, con fecha 3 de marzo de 2005 y con la siguiente parte dispositiva: *" FALLO : Que estimando íntegramente la demanda rectora debo declarar y declaro, que Dña. Loreto carece de título que le permita continuar en el uso y disfrute de la vivienda sita en el piso NUM000 del inmueble nº NUM001 de la CALLE000 de Avilés y de la plaza de garaje situada en la planta sótano del inmueble y en consecuencia condeno a la referida demandada Dña. Loreto al desalojo de la citada vivienda, sita en el piso*



NUM000 del inmueble nº NUM001 de la CALLE000 de Avilés, y de la plaza de garaje situado en la planta sótano del inmueble, bajo apercibimiento de lanzamiento y a su costa si no lo hiciere, sin expresa condena en costas".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a. Loreto . Sustanciada la apelación, la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó Sentencia, con fecha 20 de julio de 2005 , con el siguiente fallo: "...Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR y confirmamos en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en la presente alzada".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D^a Loreto , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el Procurador D. Luis Alberto Prado García, lo interpuso ante dicha Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Único.- Infracción del artículo 1749 del Código Civil , así como infracción por aplicación indebida del artículo 1750, párrafo 1º del mismo Texto Legal.

Por resolución de fecha 8 de noviembre de 2005, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. José Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de D. Doroteo , como parte recurrida. Asimismo se personó la Procuradora D^a Silvia Casielles Morán, en representación de D^a Loreto , en calidad de parte recurrente.

Admitido el recurso por auto de fecha 24 de marzo de 2009 , y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. José Ignacio de Noriega Arquer, en la representación acreditada presentó escrito formalizando oposición al recurso de casación formulado de contrario, solicitando su desestimación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veinticuatro de septiembre de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnación Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados

1º El demandante D. Doroteo es propietario, junto con su esposa, de un piso, que cedió de forma gratuita y graciosa a su hijo D. Juan Enrique que ocupaba con su esposa, D^a Loreto demandada en este pleito, desde que contrajeron matrimonio el 13 septiembre 1991.

2º D^a Loreto interpuso demanda de separación. La sentencia de 1ª Instancia atribuyó otra vivienda propiedad de los cónyuges a la hija y la esposa mientras no se liquidaran los gananciales; apelada dicha sentencia, se revocó la anterior, atribuyendo la Sala el uso y disfrute de la vivienda litigiosa a la esposa y la hija.

3ª El propietario, D. Doroteo , demandó a la esposa de su hijo D^a Loreto . Ejercitó la acción de desahucio por precario al considerar que no existía un título que legitimara la posesión de la demandada.

4º El Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Avilés estimó la demanda por considerar que la vivienda se había cedido en precario, porque la utilización del bien fue gratuita y por la mera tolerancia de su dueño, de modo que de acuerdo con la sentencia de esta Sala de 31 diciembre 1994 , la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges una vez disuelto el matrimonio, no altera el concepto en que se hubiese venido disfrutando, ni puede generar un derecho antes inexistente o de rango superior al que anteriormente tenía en el matrimonio. Finalizaba el razonamiento diciendo que *"la sentencia de separación no constituye por tanto un título posesorio válido y suficiente para enervar la acción de precario que se ejercita"*.

5º Interpuesto recurso de apelación, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 20 julio 2005 desestimó el recurso. Dice que *"la cesión que hace un padre de familia al hijo del uso de una vivienda no constituye un derecho real de habitación capaz de enervar el título dominical ostentado por el accionante, sino que se trata de un verdadero precario. Ahora bien, aun cuando se apreciara la existencia inicial de comodato, «resulta evidente que tal calificación se muta en precario cuando el uso concreto previsto ha cesado al romperse la unidad familiar» (con términos de la sentencia de esta misma Sala de 5-11-1997, que se reproduce en la de 2-9-1999). En consecuencia, el criterio de esta AP es unánime en el sentido de que el disfrute de la vivienda en supuestos como el que se examina por la asignación de su uso en situaciones de crisis matrimonial, como señala la sentencia del TS de 31-12-1994, no altera el concepto en que se viniera usando o disfrutando, ni siquiera en el de precario, que seguirá existiendo como tal, que no puede generar un derecho antes inexistente, puesto que ello supondría subvenir necesidades familiares dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial"*.



6º Interpone recurso de casación la demandada Dª Loreto , al amparo del Art. 477, 2, 3º LEC , por considerar que concurre interés casacional. Fue admitido por auto de esta Sala de 24-3-2009 .

SEGUNDO. El recurso presenta un *motivo único*. Denuncia infracción por inaplicación de los Arts. 1749 y 1750. 1 CC , así como de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 2 diciembre 1992, 31 diciembre 1994 y 18 octubre 1994 y por considerar que existe interés casacional, al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Dice que se vulnera la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque la sentencia impugnada sostiene, primero, que si existiese comodato, éste cambiaría en precario como consecuencia de la ruptura familiar, para afirmar a continuación que la asignación de la vivienda familiar en estas circunstancias no altera el concepto en que se estuviera usando la dicha vivienda. La recurrente entiende que hay dos cuestiones en las que se considera errónea la respuesta de la Sala: la primera, la relativa a la naturaleza del derecho adquirido con la cesión gratuita del piso, que a juicio de la recurrente, debe ser considerado como precario y la segunda, cuál debe ser la incidencia que la crisis familiar debe tener en la atribución del uso de la vivienda. En relación a la jurisprudencia de las Audiencias, la recurrente entiende que existen cuatro criterios que requieren unificación, que describe de la manera siguiente: **a)** las que entienden que se trata de un simple precario, entre las que enumera las sentencias de las AAPP de Badajoz (nº 57/2003, sección 1ª de 19-2-2003; nº 323/2002, sección 6ª de 1-5-2002); Sevilla (652/2003, sección 5ª de 3-10-2003); **b)** las que consideran que aun cuando hubiese inicialmente comodato, se transforma en precario a consecuencia de la separación, entre las que cita las de la AP de Girona (nº 433/2002, sección 1ª de 31-7-2002 y 737/2000 , sección 2ª de 28-11- 2000), Asturias (nº 407/2002, sección 4ª de 11-9-2002; 686/1999, sección 5ª de 8-11-1999 y nº 461/1999, sección 1ª, de 2-9- 1999); **c)** decisión en función del caso concreto, entre las que cita las sentencias de las AAPP de Vizcaya (nº 841/2000, sección 4ª de 25-10-2000; nº 578/2000, sección 4ª, de 20-6-2000), Tarragona sección 1ª de 20-10-2000 y sección 3ª de 12-9-2002 , y **d)** las que entienden que el uso es específico y determinado, tratándose de un comodato, en el que el comodante no puede recuperar la cosa hasta que termine el uso para el que se concedió, salvo caso de urgente necesidad, conforme al Art. 1749 CC, entre las que cita las de la AAPP de Valencia (nº 132/2003 , sección 7ª, de 28-2-2003, 347/2002, sección 6ª de 29-5- 2002), Alicante (nº 22/2002, sección 5ª, de 21-1-2002, 283/2001, sección 5ª de 14-10-1993; Cádiz (nº 75/2002, sección 7ª, de 4- 3-2002; sección 3ª de 2-2-1995); Madrid (nº 75/2002, sección 10ª, de 28-10-2000 [querrá decir 2002], sección 10ª, de 2-2-1998), Málaga (nº 56/1999, sección 6ª, de 4-2-1999, nº 670/1998, sección 4ª de 27-10-1998), Las Palmas (nº 731/2000, sección 4ª, de 23-12-2000, nº 509/2000, sección 5ª, de 24-11-2000) y Salamanca (sección 1ª de 19-11-1996 y sección 1ª de 19-6-1995). Finalmente la recurrente propugna que se solucione a favor de esta última interpretación la discrepancia existente entre las diferentes Audiencias Provinciales.

El motivo se desestima .

La sentencia de esta Sala de 30 junio 2009 señala que en esta cuestión se ha sentado doctrina a partir de la sentencia de 26 diciembre 2005 (continuada en las SSTs de 2, 23, 29 y 30 octubre y 14 noviembre 2008 y 13 abril 2009). Se afirma en primer lugar que en los casos de cesión de la vivienda a título gratuito, como el que ahora ocupa a esta Sala, se ha de comprobar si se ha consentido para un uso concreto y determinado, *"que ha de ser siempre y en todo caso específico y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, debiendo la relación jurídica constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes"*. A continuación, la sentencia citada recuerda la doctrina de esta Sala relativa a la cesión gratuita de vivienda, que debe aplicarse a este recurso: *"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 uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial"*.

Se ha unificado, por tanto, la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales para el caso en que el progenitor de uno de los contrayentes ceda a su hijo una vivienda en atención al matrimonio; por ello, las sentencias de 2 diciembre 1992, 31 diciembre 1994 y 18 octubre 1994 , citadas como infringidas, se refieren a perspectivas jurídicas distintas y no pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de este recurso.

En consecuencia de lo anterior y al existir ya doctrina unificadora de los distintos criterios sustentados por las Audiencia provinciales, no se considera necesario un nuevo pronunciamiento.

TERCERO. La desestimación del único motivo del recurso de casación presentado por Dª Loreto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 1ª, de 20 julio 2005 , determina la del recurso de casación.

Se imponen las costas del recurso de casación a la recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398.1 LEC , que se remite al Art. 394 LEC .

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



FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a. Loreto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1ª, de 20 julio 2005 en el rollo de apelación nº 261/05.

2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

3º Se imponen a la recurrente las costas originadas por su recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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** .- **Francisco Marin Castan** .- **Encarnacion Roca Trias** .- **Rubricado**. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, 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.

FONDO DOCUMENTAL CEN