

## 5.

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE ENERO DE 2010**

#### **Procedencia o no de la consideración como precarista de quien ocupa por resolución judicial la vivienda familiar sin contraprestación**

Comentario a cargo de:  
DOMINGO BELLO JANEIRO  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Universidad de La Coruña*

#### **SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 2010**

*Ponente: Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos*

**Asunto:** La sentencia versa sobre la polémica cuestión de la consideración del uso de la vivienda conyugal como derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde al esposo a quien se atribuye la custodia o al que se estima, habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. La jurisprudencia del Tribunal Supremo precisa que la aplicación de dicha doctrina debe adecuarse a los casos en que la vivienda cuyo uso se atribuye al conyuge no titular no pertenece en propiedad al otro consorte, sino que ha sido atribuida por un contrato de comodato en que es necesario examinar la naturaleza de los actos realizados por este último en el ámbito de la relación contractual que mantenía con el propietario de la vivienda. En los casos en que la vivienda se ocupa sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar su situación 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.

# **Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010**

## **Procedencia o no de la consideración como precarista de quien ocupa por resolución judicial la vivienda familiar sin contraprestación**

DOMINGO BELLO JANEIRO

*Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de La Coruña*

### **Resumen de los hechos**

En el caso enjuiciado por la sentencia, la parte actora, constituida por una sociedad inmobiliaria y los actuales propietarios, ejercita una acción reivindicatoria sobre la vivienda que estaba ocupada por la mujer que, junto con su anterior esposo, la había vendido a la citada inmobiliaria que, a su vez, la había enajenado a los otros demandantes a quienes, al comprarla, se expresó como cargas que se encontraba poseída por la demandada.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, dado que no se cuestiona por las partes la titularidad dominical de los demandantes (si bien reconoce que sería dudoso respecto a la inmobiliaria pues ha vendido la finca) y la identidad de la finca, centrándose a continuación en dilucidar el problema de fondo acerca de si la posesión es con título que legitime la misma, que en este caso es en virtud de sentencia de separación, asignación del uso del domicilio familiar que se hace en aplicación del artículo 96 CC, que no altera el título en que se venía disfrutando la vivienda (precario, comodato, arrendamiento, etc.).

En esta sentencia del juzgado de primera instancia de Valladolid se concluye, con tal punto de partida, que nos encontramos con un uso de la vivienda atribuido judicialmente, teniendo en cuenta el artículo 1320 y artículo 96 CC, 94.1.º del Reglamento Hipotecario y Disposición Adicional 9 de la Ley 30/1981 de 7 de julio, y que este uso constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, por lo que se estima que el tercer adquirente recibe la cosa con la carga de la ocupación y, en consecuencia, el poseedor es poseedor legítimo.

A continuación se añade que en caso contrario primarían los actos fraudulentos del cónyuge, quedando a merced de su voluntad tutelar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la complicidad de terceros que adquieran o compren la vivienda, siendo la atribución judicial título legítimo, justificativo de la ocupación, por lo que concluye que procede desestimar la demanda, al no darse los requisitos exigidos para que pueda apreciarse la acción ejercitada, ya que existe título en la demandada que podría ser afectado por modificación de medidas, o ejerciendo otro tipo de acción distinta.

Los demandantes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Valladolid estimó el recurso interpuesto por los actuales propietarios de la vivienda revocando la primera sentencia y condenando a la demandada a reintegrarles la vivienda objeto de litigio, libre de muebles y enseres, con apercibimiento de lanzamiento en su caso, rechazando, en cambio, el recurso de apelación por lo que se refiere a la sociedad inmobiliaria, al confirmar en este punto el pronunciamiento desestimatorio efectuado en la primera instancia, si bien ahora al apreciar falta de legitimación activa de dicha entidad.

Según la Sala, nos encontramos ante una vivienda cuyo uso es adjudicado a uno de los cónyuges por la sentencia de separación que resuelve la situación de crisis matrimonial, sin que ninguno de los cónyuges sea titular dominical de la misma, pues al tiempo de efectuarse la atribución judicial del uso pertenecía ya a un tercero, la sociedad inmobiliaria, que la había adquirido con anterioridad y que es quien la transfiere posteriormente a los actuales titulares dominicales de la misma, por lo que, atendiendo precisamente a la advertencia que la Juzgadora de Instancia realiza en su resolución, debe examinarse la condición del derecho en cuya virtud se ocupaba la vivienda familiar, pues no puede olvidarse que estamos a presencia de una situación derivada de la crisis matrimonial.

La Audiencia de Valladolid considera evidente que la resolución judicial de atribución del uso del domicilio familiar no crea en el presente caso per se un derecho originario, nuevo, que sea oponible erga omnes, por lo que debe entenderse que frente a terceros podrán excepcionarse tan solo las facultades que con anterioridad a la atribución judicial del uso a uno de ellos disfrutaban ambos cónyuges, y en consecuencia lo único que determina la resolución judicial recaída en el proceso matrimonial es la concentración en uno de los cónyuges de las facultades de dominio, posesión, uso y disfrute que con anterioridad ostentara el matrimonio.

Así, entiende la Sala que el recurso de apelación debe prosperar y que al menos en relación con los actuales propietarios la demanda debe ser estimada, pues una vez que el matrimonio que originariamente era propietario vende su vivienda a la sociedad mercantil Inmobiliaria, su permanencia en el inmueble no puede deberse más que al ánimo de liberalidad de la sociedad compradora, en atención posiblemente a que los socios de la misma eran los hijos del matrimonio.

Ahora bien, la Audiencia precisa que dicha circunstancia en modo alguno puede conseguir el efecto pretendido por la demandada referente a que se constituyó en favor de los vendedores un usufructo vitalicio sobre la vivienda, pues en modo alguno se desprende así de la escritura de venta, en la que perfectamente pudo hacerse constar tal evento si ciertamente hubiera sido esa la intención de los contratantes, por lo que, en consecuencia, la ocupación de la vivienda no puede catalogarse más que a título de precario, situación en la que tras la atribución exclusiva del uso por el Juzgado de Familia se encontraba la actual ocupante, y por ello se encuentran perfectamente legitimados los vigentes propietarios para ponerle fin.

La demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia de apelación, formulando al efecto dos motivos. En el primero alega que no hubo entrega de la titularidad dominical por falta de posesión de la transmisora y que no puede calificarse de precario la atribución por sentencia firme del uso de la vivienda familiar habitual, sino que se trata de una titularidad posesoria que deriva de una coposesión inicial, pues la vivienda no puede ser objeto de disposición sin el doble consentimiento que exige el CC, así como que no ha existido *traditio ficta* [entrega presunta], porque de la escritura resultaba claramente lo contrario, en contra de lo que afirma la sentencia recurrida.

El motivo segundo se funda, en síntesis, en que el *ius possidendi* [derecho de poseer] de la recurrente, sea o no de naturaleza jurídico-real, constituye una carga que ha de soportar la propietaria y no un precario, así como que el título de los recurridos deriva de la posesión concedida por la sentencia judicial y falta para el ejercicio de la acción reivindicatoria el pleno dominio del bien cuya reivindicación se pretende, todo lo cual fue desestimado por el Tribunal Supremo en esta sentencia.

## COMENTARIO

**Sumario:** **1. Las posiciones jurisprudenciales sobre el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges.** 1.1. La posición favorable a la consideración como un derecho de eficacia real oponible a terceros. 1.2. La posición favorable a la consideración como un derecho de carácter familiar del cónyuge a quien se atribuye la custodia. 1.3. Aplicación a la pareja de hecho tras la ruptura. **2. Concepto jurisprudencial del precario.** 2.1. Contrato de precario y comodato. 2.2. Precario en sentido amplio. 2.3 Inexistencia de pago de merced. 2.4. Relaciones familiares: presunciones. 2.5. Legitimación activa. 2.5.1. *Coheredero*. 2.5.2. *Copropietario*. 2.5.3. *Usufructuario*. 2.6. Legitimación pasiva. 2.6.1. *Nudo propietario*. 2.6.2. *Heredero antes y después de la partición*. 2.6.3. *Continuador en la posesión tras la extinción del arrendamiento*. **3. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010.** 3.1. La consideración del uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges como derecho familiar. 3.2. La consideración del uso de la vivienda familiar por el cónyuge no titular en casos en que el inmueble no pertenece a su consorte. 2.3. Conclusión de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010. **4. Conclusiones.** **5. Bibliografía.**

## 1. Las posiciones jurisprudenciales sobre el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges

La consideración del uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente, tras la ruptura de la convivencia familiar, a uno de los cónyuges ha dado lugar a una rica y variada jurisprudencia sobre todo en los casos en que la vivienda es propiedad de los padres de su consorte que habían cedido gratuitamente su disfrute, planteándose el conflicto en el momento en que los dueños del inmueble pretenden recuperarlo, sobre todo lo cual me he ocupado extensamente, en *El precario*, (1999), p. 51 a 82, especialmente, y al cual me remito para encontrar allí más referencias por ser la última monografía que se refiere a la cuestión.

Al respecto, sobre el esposo a quien, tras la ruptura de la convivencia conyugal, se adjudica el uso de la vivienda, cuyo disfrute había sido cedido gratuitamente por los padres de su consorte, en las sentencias de la AP de Navarra de la Sección Primera, 22-1-1992 (AC 1992, 6. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Irigaray Undiano. Fundamento de Derecho Segundo) y de la Sección Segunda de la misma AP de Navarra 27-3-1992 (AC 1992, 487. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Zubiri Oteiza. Fundamentos de Derecho Tercero, Cuarto y Quinto) prospera la acción de desahucio por precario.

Así acaece también en la sentencia de la AP de Huesca de 21-10-1992, (AC 1992, 1489. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro Solans Castro. Fundamento de Derecho Primero), en la cual se recuerda la doctrina sustentada por el TS en la sentencia 30-11-1964, (RJ 1964-II, 5552. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca. Séptimo Considerando), de acuerdo con la cual “es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse los hijos, les entreguen una vivienda para que vayan a habitar en ella, y esta cesión del uso y disfrute de la misma, sin exigencia de pago de renta, constituye técnicamente un verdadero precario, que cesará cuando quiera ponerle fin el cedente”, considerándose también procedente el desahucio en la sentencia de la AP de Pontevedra, Sección Tercera, 26-9-1994, (AC 1994-2, 1437. Ponente: Ilmo. Sr. D. Hipólito Hermida Cebreiro) ante parecido supuesto fáctico de cesión de vivienda de manera indefinida por los padres del esposo para que éste y su consorte e hijos constituyeran en él su domicilio conyugal familiar.

Asimismo, sustentan igual conclusión en favor del precario las sentencias de la AP de Cantabria, Sección Segunda, 16-12-1993 (Actualidad Civil, 1994-I, 366. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera. Fundamento de Derecho Tercero) y de la AP de Madrid 13-12-1993 (AC 1993-III, 2541. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Arias Rodríguez. Fundamento de Derecho Quinto) en que, sin embargo, no prospera el desahucio por falta de prueba de la recepción por los ocupantes de la vivienda del requerimiento de desalojo.

Por el contrario, en la sentencia de la AP de Madrid, Sección Duodécima, de 24-3-1992, (AC 1992, 474. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Antón de la Fuente)

en el Fundamento de Derecho Quinto, si bien se admite que la situación de la demandada puede constituir precario, según concluyó el Juzgador de Primer Grado, en función de la exposición fáctica efectuada en los Fundamentos anteriores en cuya virtud la esposa venía ocupando el piso propiedad de su antiguo suegro, demandante, al igual que lo hacía anteriormente con el que era su marido, de manera gratuita, sin embargo, se añade que ha de tenerse en consideración que a través de las medidas provisionales de divorcio se señaló domicilio a la demandada en el citado piso-vivienda, “lo que ya de por sí constituye un título a favor de la demandada otorgado por órgano jurisdiccional con facultad legal para llegar a tal decisión, y si bien es cierto que en tal resolución se aludía nominalmente a la demandada como beneficiaria de tal atribución, debe aclararse que tal medida va encaminada a favorecer el interés familiar más urgentemente necesitado de protección’...”, el del hijo del matrimonio adscrito a la guarda y custodia de la madre.

A continuación, se añade que tal asignación domiciliaria provisional tuvo carácter definitivo con la sentencia de divorcio cuya resolución asumía las citadas medidas teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección en los términos del artículo 103/2 del CC, “lo que significa que la ocupación actual de la vivienda por parte de la demandada lo es no ya tanto en interés propio como en función de la guarda y custodia de su hijo que resulta titular inmediato de tal derecho...”, por todo lo cual, en el siguiente Fundamento de Derecho, el Sexto, se concluye que “la complejidad de las relaciones entre las partes debe llevarse a la vía del juicio declarativo correspondiente donde la capacidad de decisión legal del órgano jurisdiccional puede tener un marco más adecuado que el estrictamente señalado en el juicio de desahucio”.

En el mismo sentido, las sentencias de la AP de Alicante, Sección Quinta, 2-10-1992 (Actualidad Civil, 1992-IV, 600. Ponente: Ilmo. Sr. Pérez Espino. Fundamento de Derecho Tercero) y de la AP de Córdoba, Sección Tercera, 14-1-1993 (AC 1993-I, 74. Ponente: Ilmo Sr. D. Francisco de Paula Sánchez Zamorano. Fundamento de Derecho Segundo), en un caso parecido en que, sin embargo, no hubo crisis del matrimonio ocupante, remiten su desenlace, ante la complejidad de la relación existente, al juicio declarativo correspondiente, de acuerdo con los límites procesales de la LECiv entonces vigente que ahora ya no existen en términos que después veremos.

Pues bien, dicha solución, sobre todo la sustentada en el primer grupo de sentencias, que admite el precario, resulta, en términos generales, más correcta que la tesis contraria desestimatoria que podría sostenerse con base en la STS 2-12-1992, (RJ 1992-V, 10250. Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe. Fundamento de Derecho Tercero) en que, por las razones concretas concurrentes en el caso, que no son, reitero, extrapolables en términos globales a los demás supuestos análogos en que la vivienda se cede gratuitamente por los padres del esposo a quien, al final, no se adjudica su uso, se paralizó la acción de desalojo al no haberse acreditado la claudicación del derecho de como-

dato del que eran titulares ambos cónyuges, que “viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda” a pesar de haberse producido ya el divorcio.

En cualquier caso, acerca de este extremo, pienso que debe de quedar claro que si se detentaba la vivienda en precario, dicha condición no puede verse modificada por la decisión judicial de la crisis matrimonial de suerte que el derecho de ocupación conferido por la autoridad judicial se encuentra condicionado por la causa jurídica en cuya virtud se ocupaba la vivienda.

### *1.1. La posición favorable a la consideración como un derecho de eficacia real oponible a terceros*

En la sentencia objeto de este comentario se especifica, en el fundamento de derecho tercero, que en algunos casos se ha calificado al uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges como un derecho de eficacia real oponible a terceros (SSTS 13-12-1991, RC n.º 2987/1991, y 18-10-1994, RC n.º 1817/1991), y se ha afirmado que la protección de la vivienda familiar frente a terceros se produce con un ámbito objetivo equivalente al del derecho que la familia tiene al uso, incluyendo en este concepto el derecho privativo del cónyuge a quien se priva del uso.

Con tal punto de partida, según esta línea jurisprudencial se ha estimado en alguna ocasión que en el supuesto de pertenencia de la vivienda como bien privativo a uno de los cónyuges, de pertenencia al patrimonio ganancial o de titularidad en régimen de comunidad en favor de ambos cónyuges, la reclamación de un tercero, aunque haya adquirido la finca en pública subasta a raíz de la división de la comunidad, no determina la extinción del derecho de uso, consecuencia de una situación jurídica tutelada legalmente (SSTS 11-11-1992, 14-7-1994, 22-4-2004, 6-6-2007 y 27-11-2007, RC n.º 4615/2000).

Así, se dice que en las situaciones en las cuales existe una relación contractual que justifica la posesión por parte de uno de los cónyuges, deben aplicarse, frente a la reclamación del tercero, los efectos que el CC atribuya al expresado contrato, que puede ser el de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado (SSTS 2-10-2008 y 30-10-2008, RC n.º 2771/04).

En la STS 2-12-1992 antes citada, se había cedido el uso de la vivienda por parte de unos padres a su hijo casado para que instale en ella el domicilio familiar habitual en compañía de su esposa e hijos, siendo adjudicada tal vivienda a ésta en el procedimiento matrimonial que se sustanció a causa de la crisis conyugal que desembocó en el divorcio del matrimonio, que, según el Tribunal Supremo, casando la sentencia de la Audiencia, era titular de un derecho de comodato oponible a los propietarios-comodantes, los padres del hijo al que se apartó de las facultades de uso de la vivienda.

En esta STS se concluye que no constituye causa de extinción de dicho comodato, que determinaría la prosperabilidad de la acción de desahucio instada, la concentración en la esposa de las facultades de uso que pertenecían a los dos cónyuges en razón del comodato pues se argumenta que, según se advierte en el texto de esta decisión judicial, su concesión y tiempo de duración están unidos a la necesidad familiar –de servir de vivienda al matrimonio e hijos– que no ha cesado tras el divorcio.

Se mantiene igual solución en la sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, 14-10-1993, (AC 1993-III. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio González González) en un caso de cesión de la vivienda al hijo y su familia para la formación y desarrollo de todos ellos, estimándose improcedente la extinción del comodato ante la persistencia de la necesidad familiar dada la insuficiente capacidad económica de los demandados.

También se inclina por tal tesis del comodato la sentencia de la AP de Barcelona, Sección Decimotercera, 12-5-1994 (Actualidad Civil, 1994-IV, 1668. Ponente: Ilmo. Sr. Carriedo Mompín. Fundamento de Derecho Segundo), en que, sin embargo, se da lugar a la restitución solicitada no tanto por haber desaparecido el vínculo conyugal cuanto porque en el piso ya no residen la nuera y el nieto del actor, que viven en el domicilio de los padres de aquélla.

En la sentencia del juzgado de primera instancia que da lugar a la STS que comentamos se dice que el uso de la vivienda atribuido judicialmente, teniendo en cuenta el artículo 1320 y artículo 96 CC, 94.1.º del Reglamento Hipotecario y Disposición Adicional 9 de la Ley 30/1981 de 7 de julio, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, por lo que el tercer adquirente recibe la cosa con la carga de la ocupación y el poseedor es poseedor legítimo.

Dicho argumento se completa añadiendo que de lo contrario se entiende que primarían los actos fraudulentos del cónyuge, quedando a merced de su voluntad tutelar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la complicidad de terceros que adquieran o compren la vivienda, siendo la atribución judicial título legítimo, justificativo de la ocupación, por lo que se desestima la demanda, al no darse los requisitos exigidos para que pueda estimarse la acción ejercitada, ya que existe título en la demandada título que podría ser afectado por modificación de medidas, o ejerciendo otro tipo de acción, que no la ejercitada que es la reivindicatoria en el caso.

### *1.2. La posición favorable a la consideración como un derecho de carácter familiar del cónyuge a quien se atribuye la custodia*

La STS que estamos comentando se adscribe, en términos que veremos a continuación, a la consideración como derecho de carácter familiar el uso de la vivienda conyugal concedido mediante sentencia judicial al amparo del artícu-

lo 96 CC, que establece que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, añadiendo en su apartado 2 la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.»

En nuestra sentencia se añade que el derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV CC cuando señala que para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende, según esta dirección jurisprudencial, que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia 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 o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha apreciado en la RDGRN 14-5-2009).

Según este planteamiento, 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, concluyendo que esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN 10-10-2008).

En diversas decisiones judiciales se sostiene que “la facultad de aprovechamiento de la vivienda conferida judicialmente en el marco de un proceso matrimonial no altera la naturaleza jurídica del título que servía de soporte al disfrute familiar de la vivienda en cuestión en épocas anteriores a la fractura matrimonial” según se destacó en la sentencia de la AP de Cádiz, Sección Tercera, 11-12-1993, AC 1993-III, 2539 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio José Subijana Zunzunegui. Fundamento de Derecho Cuarto) en la cual, sin embargo, no prosperó el precario por las razones concretas concurrentes en el caso.

Así, en esta oportunidad quedó constatado que sobre la vivienda litigiosa se celebró por los cónyuges un contrato de arrendamiento con un plazo de vigencia de un año, transcurrido el cual siguieron ambos esposos usando el piso, por lo que la propia existencia de un título jurídico arrendaticio que otorga cobertura jurídica a la ocupación de la vivienda por la esposa a quien la sentencia de divorcio le atribuyó tal uso impide hablar de precario, que conlleva la pose-

sión sin título jurídico alguno que la avale, de suerte que “habiendo postulado el arrendador el desahucio por precario, no cabe que la Sala proceda a examinar la posible viabilidad del desahucio por transcurso del plazo arrendaticio pues con ello se incurriría en una situación de incongruencia al vertebrar la decisión judicial en torno a un engranaje fáctico y jurídico que no ha podido ser debatido en condiciones que garanticen la contradicción”.

Ahora bien, lo que interesa es la doctrina adelantada que se mantiene igualmente en la sentencia de la AP de Madrid, Sección Octava, 20-10-1993, AC 1993-III, 2159 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Rodríguez Estevan. Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero) en donde, en cambio, al igual que en otras decisiones, prospera el desahucio por precario, y revocando la sentencia apelada, se estima la demanda de desahucio por precario de la vivienda cedida gratuitamente por la madre de la codemandada, señalándose que “no tiene carácter modificador del carácter precario de ese disfrute el hecho de que una decisión judicial, adoptada en juicio de separación, haya atribuido al demandado y a la hija que se le confió el uso de la vivienda familiar...”.

En la sentencia 16-2-1995 de la AP de Avila se establece de igual modo que tal naturaleza no varía porque se adjudique judicialmente en aplicación del artículo 103 del Código Civil a uno de los cónyuges, siendo dicha tesis sostenida también por la Sentencia 2-11-1993 de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 1993\2359).

Asimismo se considera procedente el desahucio por precario en las sentencias de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, 27-5-1992 (Actualidad Civil, 1993-I, 127. Ponente: Ilmo. Sr. Alonso Mateos. Fundamento de Derecho Cuarto) y de la misma AP de Madrid, Sección Vigésima, 2-11-1993 y 26-4-1994 (AC 1993-III, 2359 y Actualidad Civil 1994-IV, 1475, respectivamente, siendo en ambas ponente el Ilmo. Sr. D. Eduardo Pérez López y conteniéndose tal doctrina en las dos básicamente en el Fundamento de Derecho Cuarto).

En tal dirección, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 6-11-2000, que es confirmada en este punto por la presente STS que estamos comentando, se concluye que la ocupación de la vivienda no puede catalogarse más que a título de precario por lo que están perfectamente legitimados los actuales propietarios para ponerle fin, considerando evidente que la resolución judicial de atribución del uso del domicilio familiar no crea en el presente caso *per se* un derecho originario, nuevo, que sea oponible *erga omnes*, por lo que se entiende que frente a terceros podrán excepcionarse tan solo las facultades que con anterioridad a la atribución judicial del uso a uno de ellos disfrutaban ambos cónyuges, y en consecuencia lo único que determina la resolución judicial recaída en el proceso matrimonial es la concentración en uno de los cónyuges de las facultades de dominio, posesión, uso y disfrute que con anterioridad ostentara el matrimonio.

A continuación en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, que asume nuestra STS, se considera procedente el recurso de apelación en relación con el matrimonio que es el actual propietario de la vivienda al considerar que la permanencia en el inmueble de la primitiva propietaria, una vez que junto con su marido, antes de la separación matrimonial, la había vendido a la sociedad inmobiliaria, no puede deberse más que al ánimo de liberalidad de la sociedad compradora, en atención posiblemente a que los socios de la misma eran los hijos del matrimonio, pero dicha circunstancia en modo alguno puede conseguir el efecto pretendido por la demandada referente a que se constituyó en favor de los vendedores un usufructo vitalicio sobre la vivienda, pues en modo alguno se desprende así de la escritura de venta, en la que perfectamente pudo hacerse constar tal evento si ciertamente hubiera sido esa la intención de los contratantes.

### *1.3. Aplicación a la pareja de hecho tras la ruptura*

Por lo demás, las reflexiones contenidas en los epígrafes anteriores del supuesto contemplado en nuestra STS sobre el cónyuge tras la crisis matrimonial, pueden irradiarse, «*a pari*» si no «*a fortiori*», a los supuestos de convivencia «*more uxorio*», con los debidos matices, y así, por ejemplo, no es posible, como es lógico, respecto de la atribución «*ex*» artículos 90 y 96 del CC del uso de la vivienda arrendada por el no arrendatario en casos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio (artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), que, de momento, no es posible en las parejas de hecho.

Es decir, ha de tenerse en cuenta que la regulación contenida en dichos preceptos 90 y 96 del CC es excepcional, al limitar la libre disponibilidad del titular del pleno dominio y, por tanto, de difícil aplicación analógica a las uniones de hecho, de acuerdo –aunque no es, ni mucho menos, una cuestión pacífica– con la mejor jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto.

Así, aparte de las SSTC 184/90, 222/92 o 47/93, se producen las SSTS 11-12-1992 (RJ 1992, 9733. Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres. Fundamento de Derecho Primero), en la que se evidencia que las uniones matrimoniales y las «*more uxorio*» no pueden considerarse a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes; 22-7-1993 (RJ 1993, 6274. Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade. Fundamento de Derecho Cuarto), donde, partiendo de tal punto de vista, se añade que «como consecuencia de ello no serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras, a menos que ello debiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía...».

Igualmente, con más información jurisprudencial, se pronuncia la STS de 27-5-1994 (RJ 1994, 3753. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo. Fundamento de Derecho único), que insiste en que «tales uniones quedan fue-

ra de la normativa del régimen económico patrimonial, con el que no tiene analogía», así como también las declaraciones contenidas en la Sentencia de la AP de Asturias, Sección Primera, de 20-9-1993 (AC 1993, 1666. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana) en sus Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto.

Ahora bien, cuando, por las razones del caso, se atribuye al conviviente el uso de la vivienda tras la ruptura, ello no altera, al igual que hemos visto acontecía con los matrimonios, el título jurídico en cuya virtud se venía ocupando el inmueble en cuestión, de modo que si, por ejemplo, se aprecia, lo que es excepcional, la existencia de comodato sin lazo de duración, puede, en función de los casos, continuar en la utilización la compañera del anterior ocupante a su muerte, como se concluyó en la Sentencia de la AP de Madrid, sección Décima, de 17-11-1993 (AC 1993, 2600. Ponente: Ilmo. Sr. García Paredes. Fundamento de Derecho Segundo).

Igualmente era posible que, por las circunstancias concurrentes, de acuerdo con la anterior LECiv de 1881 se estimase la existencia de cuestión compleja, según se apreció en las Sentencias de la AP de Madrid, Sección Novena, de 15-6-1993 (AC 1993, 1135) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Roma Alvarez. Fundamento de Derecho Cuarto) y de la AP de León, Sección Primera, de 19-4-1994 (Actualidad Civil 1994-IV, 1465. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Adolfo Mallo Mallo. Fundamento de Derecho Cuarto), lo cual no es admisible de acuerdo con la vigente LECiv de 2000, que ha introducido una configuración totalmente diferente del juicio de desahucio por precario.

Con la LECiv actual el juicio por precario se ha convertido en un declarativo o verdadero proceso plenario, que hace que la alegación de “cuestión compleja” deba, con carácter general, ser desestimada al no ser ya impropio de dicho juicio, ni entrañar complejidad alguna, al no haber limitación de prueba en tal proceso, decidir si existe –o no– título suficiente del que se derive el derecho a poseer por el demandado-precario, puesto que, como se declara en la Exposición de Motivos de la LECiv “ la experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica, vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio no configurar como sumarios los procesos en los que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad”.

Así también, lo que será más frecuente, si la vivienda es privativa de uno de los integrantes de la pareja –de manera indubitada, porque la compró antes del inicio de la relación «*more uxorio*»– y, además, no ha existido descendencia, que permitiese una cierta consideración desde la perspectiva del «*favor filii*» y ya no sirve de amparo la situación convivencial quebrada, entonces, ninguna duda cabe de que «no existiendo otro título invocado diverso a la convivencia «*more uxorio*», que justifique la situación posesoria de la interpelada, debe ser estimada la existencia de una situación de precario cuya cesación puede ser instada por el propietario demandante...», como se decidió, entre otras, en la Senten-

cia de la AP de Navarra, Sección Tercera, de 15-9-1994 (AC 1994, 1430), en su Fundamento de Derecho Cuarto, todo ello, según se añade en esta decisión, «sin perjuicio de las facultades que en otro orden pueden asistir a aquella...».

Ante similar presupuesto fáctico, también se admite el desahucio por precario en la citada Sentencia de la AP de Asturias, Sección Primera, de 20-9-1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto), donde, después de advertir que no se pueden obtener de las uniones extramatrimoniales «unos efectos o consecuencias jurídicas que difícilmente obtendría en la situación de pareja vinculada matrimonialmente...» y que «el simple dato de que dos personas comparten su vida no supone sin más que los bienes que pertenecen privativamente a uno de ellos incluyan al otro como copropietario de los mismos, ni que la vivienda sirva a los fines propios de la familia, a los efectos previstos en el artículo 96 del CC, una vez producida la ruptura».

Así, ante un caso de vivienda privativa del actor a la que se van a vivir la demandada y los dos hijos habidos de un matrimonio anterior de ésta, se declara procedente el desalojo por precario por cuanto «dada la relación subsistente, es inadmisibile el supuesto de que la demandada se halle colocada frente al actor en una situación similar a la que establece el artículo 96 del CC en relación a la vivienda, y que en el marco de la ruptura de la unión pudiera acudir a una aplicación analógica de la norma al objeto de poder instarse y prosperar una medida de uso y disfrute de una vivienda de titularidad ajena que, además, no sirve propiamente a los intereses familiares, dado que se encuentran protegidos por quienes legítimamente asumen dichos menesteres...» en referencia a los progenitores de dichos hijos.

## 2. Concepto jurisprudencial de precario

En la STS que estamos comentando se concluye que la situación de la demandada, al ocupar una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para 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.

En consecuencia, resulta bien oportuno ahora detenernos en la concepción mantenida por la mejor jurisprudencia sobre tal concepto de precario, si quiera sea brevemente, aparte de los problemas de legitimación, activa y pasiva, antes de proceder a la exposición concreta de las declaraciones contenidas en nuestra STS.

El precario consiste en la tenencia o disfrute de una cosa ajena con carácter gratuito, sin pago de renta o merced, y sin título que la justifique, o con título nulo, o por la mera tolerancia o liberalidad de su propietario, mientras que

el contrato de comodato es la cesión de una cosa para su uso y disfrute también sin pagar renta o merced, pero para un uso o un tiempo determinado, de modo que cuando no se especifica el uso o el tiempo estamos en presencia de precario y no de comodato.

Al proceso de desahucio por precario se refiere el artículo 250.1.2ª LECiv (2000) diciendo que “*Se decidirán en el juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca*”.

En lo que respecta a la legitimación activa, quien ejercita la acción de desahucio por precario, tiene que afirmar la posesión real de la finca, por uno u otro título, siendo que, lógicamente, no se trata de una posesión material o mediata del bien, dado que esta corresponderá al precarista, mientras que la legitimación pasiva la ostentará la persona que posee realmente la cosa, quien a su vez deberá probar que la posee en virtud de un título capaz de conferirle esa posesión, correspondiendo la carga de la prueba al demandado.

### 2.1. Contrato de precario y comodato

En las SSTs 22-10-1987 (RJ 1987, 7463) (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica y González-Elipe. Fundamento de Derecho Cuarto), y 23-5-1989 (RJ 1989, 3880) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas. Fundamento de Derecho Segundo), aceptando, en ésta, la afirmación de la Sala «*a quo*», se destaca, en cuanto al concepto de precario «que la más moderna doctrina lo configura como una variedad de préstamo de uso, es decir, un comodato con duración al arbitrio del comodante», lo cual acredita, sin duda alguna, la carencia de «*animus domini*» por parte del precarista, que no puede pretender el juego de los preceptos relativos a la prescripción del dominio y demás derechos reales según se concluyó en la última de las sentencias citadas.

Resulta de enorme relevancia el título que se aduce para justificar la posesión que, habitualmente, suele ser el comodato en términos que se recogen en nuestra STS, siendo su naturaleza básicamente gratuita que, en consecuencia, conlleva que sus dudas se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos, a tenor del artículo 1289 del Código Civil.

Así las cosas, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 1750 del Código Civil, la diferencia entre el comodato y el precario se fundamenta en que el primero es préstamo por tiempo y para uso determinado, puesto que si es de duración o uso indefinido o indeterminado –de un inmueble– se trata siempre de un precario aún articulado como modalidad de préstamo de uso.

Así, en estos casos, de falta de precisión del tiempo o uso, al igual que una vez transcurrido el plazo concertado o cumplida la finalidad del uso del inmue-

ble, el comodante decide el final del mismo convirtiéndose el comodatario en precarista por concesión graciosa del comodante que podrá revocarla en cualquier momento y a su libre voluntad, como ha sucedido en la STS que estamos comentando.

## 2.2. Precario en sentido amplio

Es oportuno precisar, tras esa primera aproximación efectuada sobre el tema, la diferencia existente entre «el contrato de precario que aunque diferenciado en el Derecho Romano del comodato, a causa, entre otras razones, de la indefinición del uso concedido o tolerado, en los Códigos modernos se equipara al comodato si en éste no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa pactada (artículo 1749 del Código Civil), en cuyo caso el comodante puede reclamar la cosa a voluntad, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario, del precario *«strictu sensu»* que extiende los casos de precario, fuera del ámbito contractual, a todos aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello», como se advierte en la STS 31-12-1992 (RJ 1992, 10670) (Ponente: Excmo Sr. D. José Almagro Nosete).

En concreto, en esta última STS se afirma que «la concepción amplia del precario comprende, por ello, los supuestos de posesión concedida o tolerada o simplemente las situaciones posesorias de puro hecho» y, en su Fundamento Jurídico Undécimo, se especifica que «la dicha tolerancia se mueve jurídicamente en esa zona fronteriza lábil e indeterminada tanto doctrinal como jurisprudencialmente, entre comodato sin uso definido y sin pacto sobre el tiempo de duración y precario en su formulación estricta».

Pues bien, en igual sentido se había producido, con nutrido apoyo jurisprudencial, la STS 13-2-1958 (RJ 1958, 593) (Ponente: Excmo. Sr. D. Cayetano Oca Albarellos. Tercer Considerando.) 2, en la que se especificó que «el concepto de precarista a que alude el número 3.º del artículo 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente en el sentido que a la institución de precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor».

En esta misma dirección, y con análogas expresiones, se habían manifestado las SSTS 5-12-1934 (RJ 1934, 2168); 5-6-1943 (RJ 1943, 710) (Considerando Tercero); 4-5-1950 (RJ 1950, 733) (Ponente: Excmo. Sr. D. Felipe Gil Casares. Primer Considerando) y 10-1-1964 (RJ 1964, 121) (Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Lojo Tato. Segundo Considerando de la primera sentencia).

Asimismo, con amplio resumen de la doctrina legal, la STS 30-10-1986 (RJ 1986, 6017) (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López), después de asumir tal precisión, añade, en el Fundamento de Derecho Tercero, que el preca-

rio «es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término, naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del tenedor u ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa, pues, según lo también declarado por la jurisprudencia, ésta ha ido paulatinamente ampliando el concepto de precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva...».

A continuación, en esta última decisión mentada, se considera que merece el calificativo de precario, para todos los efectos civiles, «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho...».

Se trata, según había adelantado la STS 23-11-1946 (RJ 1946, 1293), Tercer Considerando), de una «posesión, por lo tanto, graciosa, revocable, que se convierte en abusiva y da lugar al desahucio cuando falta la tolerancia y el dueño no quiere seguir favoreciendo en aquella forma al que disfruta la posesión».

### *2.3. Inexistencia de pago de merced*

La tenencia tolerada de que hemos hablado en el epígrafe precedente requiere, para constituir precario, desde el punto de vista negativo, que no exista pago alguno de merced por parte del poseedor, sobre el que, en principio, y con reserva de las presunciones oportunas, pesa la carga de la prueba, en relación con todo lo cual ha recaído también una rica jurisprudencia.

En efecto, sobre la necesidad de prueba de quien alega la existencia del contrato en cuya virtud se pretende ostentar frente al propietario algún derecho limitativo de dominio puede verse la STS 18-2-1961 (RJ 1961, 335) (Ponente: Excmo. Sr. D. Obdulio Siboní Cuenca. Considerando Primero), produciéndose también con análoga orientación la anteriormente citada STS 31-12-1992 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete), cuando, en su Fundamento Jurídico Undécimo, precisaba que incumbe «en caso de duda la prueba al comodatario».

Sobre el particular, y allí más información, se pronuncian las Sentencias de la AP de Navarra, Sección Segunda, de 18-3-1994 y 7-4-1994, en su Fundamento de Derecho de Segundo (AC 1994, 442 y 617) (siendo en ambas Ponente el Ilmo. Sr. D. Fermín Zubiri Oteiza) y de la AP de Tarragona, Sección Primera, de 1-7-1994 (AC 1994, 1344) Fundamento de Derecho Segundo), así como, por úl-

timo, la Sentencia de la AP de Zaragoza, Sección Segunda, de 2-7-1994 (Fundamento de Derecho Primero).

Así, una nutrida doctrina legal, que se expondrá a continuación, ha venido declarando que no constituyen merced que desvirtúe el precario ciertos pagos o gastos que haga el ocupante de la finca si no fueron aceptados por el dueño en concepto de contraprestación y mucho menos si no son periódicos y equiparables al pago comúnmente usual del alquiler.

En concreto, la STS 21-11-1967 (RJ 1967, 4706) (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Peral García) especifica, en su Primer Considerando, que el hecho de pagarse por los precaristas unas determinadas cargas y contribuciones por razón de la ocupación controvertida no impide el precario, porque el «pago de renta o de merced que excluye la condición de precarista no está constituido por el abono del importe de la contribución, ni aun por la entrega del dinero, si tales pagos no se hacen a título de merced por arrendamiento constituido o presunto o por cualquier otro que dé derecho al disfrute, y a nombre del que paga, y aun aceptados en tal concepto por el poseedor real».

En análogos términos, se mantiene idéntica conclusión en las SSTS 11-11-1941 (RJ 1941, 1229) (Tercer Considerando); 13-1-1944 (RJ 1944, 119. Segundo Considerando); 3-6-1948 (RJ 1948, 778) (Ponente: Excmo. Sr. D. Salvador Minguijón. Segundo Considerando); 18-10-1950 (RJ 1950, 1526) (Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces. Considerando único); 15-6-1951 (RJ 1951, 1661) (Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces. Considerando único); 14-3-1953 (RJ 1953, 906) (Ponente: Excmo. Sr. D. Manrique Mariscal de Gante y de Gante. Considerando único de la primera sentencia); 17-4-1958 (RJ 1958, 1680) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Eyré Varela. Segundo Considerando); 18-2-1961 (RJ 1961, 335) (Ponente: Excmo. Sr. D. Obdulio Siboní Cuenca. Primer Considerando); 13-10-1961 (RJ 1961, 3298) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Murga Castro. Cuarto Considerando); 6-4-1962 (RJ 1962, 1942) (Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Ogáyar y Ayllón. Considerando único); 10-1-1964 (RJ 1964, 121) (Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Lojo Tato. Segundo Considerando); 1-4-1966 (RJ 1966, 3281) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco González Inglada. Primer Considerando) y 21-11-1967 (RJ 1967, 4706) (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Peral García. Primer Considerando).

Asimismo, y allí, en su caso, más referencias, tienen igual planteamiento las Sentencias de la AP de Granada, Sección Tercera, de 14-12-1992 (AC 1992, 1683) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Juan Sáenz Soubrier. Fundamento de Derecho Primero); de la AP de Murcia, Sección Tercera, de 24-2-1994 (AC 1994, 348) (Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Pilar Alonso Saura. Fundamento de Derecho Segundo) y las Sentencias de la Sección Segunda de la AP de Navarra de 18-3-1994 y 7-4-1994, respectivamente, siendo en ambas Ponente el Ilmo. Sr. D. Fermín Zubiri Oteiza y conteniéndose dicha doctrina en las dos en el Fundamento de Derecho Segundo.

Por su parte, la STS 22-10-1987 (Ponente: Excmo Sr. D. Matías Malpica y González-Elipe), dice, en el Fundamento de Derecho Tercero, que el abono de los gastos que comporta el uso de la cosa no impide el precario pues «el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista, no está constituida por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de renta o de alquiler del arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga, sin que equivalga a la renta los gastos o pagos que pesen sobre el ocupante de los bienes por otros conceptos y en su propia utilidad (luz, contribuciones, gas, calefacción, conservación, etc.)».

En similar sentido se producen las SSTS 18-10-1950 (Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces. Considerando único); 15-6-1951 (Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces. Considerando único); 19-1-1955 (RJ 1955, 119) (Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces. Primer Considerando); 13-10-1961 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Murga Castro. Cuarto Considerando); 10-1-1964 (Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Lojo Tato. Segundo Considerando); 30-11-1964 (RJ 1964, 5552) (Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca. Sexto Considerando); 21-11-1967 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Peral García. Primer Considerando); 23-11-1967 (RJ 1967, 4765) (Ponente: Excmo. Sr. D. Bernabé A. Pérez Jiménez. Primer Considerando de la primera sentencia); 22-3-1968 (RJ 1968, 1835) (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Linares Fernández. Segundo Considerando) y 8-5-1968 (RJ 1968, 2432) (Ponente: Excmo. Sr. D. Bernabé A. Pérez Jiménez. Primer Considerando).

Igualmente, en la STS 30-10-1986 (RJ 1986, 6017) (Ponente: Excmo Sr. D. José Luis Albácar López. Fundamento de Derecho Tercero) se concluye que el hijo ocupa las fincas sin título alguno que legitime su posesión y sólo por mera tolerancia de su padre, como servidor de la posesión de éste, por lo que se aplica la doctrina del precario sin que a tal conclusión pudiera oponerse el abono, por otra parte no acreditado en autos, a costa del hijo «de unos gastos que en modo alguno se pueden imputar al concepto de renta».

Al respecto, conviene precisar, por último, que esta institución del precario se caracteriza por esos efectos señalados, con independencia de su causa generadora y, así, la STS 22-10-1953 (RJ 1953, 2696) (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Aller Ulloa. Considerando único) había advertido que, dándose los requisitos para la estimación del precario, no afecta a su naturaleza el que aquél se hubiera originado por una concesión realizada por el poseedor real a ruego del que solicitó el uso gratuito.

Esto es, en resumen, el precario constituye una simple situación jurídica en la que, como en el caso de la STS que estamos comentando, una persona posee una cosa ajena con carácter gratuito, debiéndosela entregar a su titular cuando le sea reclamada, con independencia de la causa a que obedezca, ya sea un contrato –de precario– o una mera autorización o tolerancia del titular, ya por razón de la pérdida de vigencia del título.

Por lo demás, si bien la concesión precaria recae, por regla general, sobre una finca, ello no obsta para que verse también sobre una prestación del fundo, como una servidumbre, como acaeció en el supuesto enjuiciado por la STS 22-4-1983 (RJ 1983, 2120) (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui), en la cual la dueña de una casa había permitido gratis a la arrendataria de los bajos abrir una puerta de comunicación con el inmueble contiguo, propiedad de ésta, estipulándose que dicha apertura debía cesar a voluntad de la arrendadora.

#### *2.4. Relaciones familiares: presunciones*

Al igual que se deja entrever en el caso enjuiciado en nuestra STS, en que los socios de la inmobiliaria que compraron la vivienda en litigio eran hijos del matrimonio que la vendió y usaba, habitualmente, cuando la ocupación de la vivienda sobre la que se ejercita la acción de desahucio viene condicionada por una relación familiar o de parentesco, es razonable presumir la existencia de graciosa concesión por el dueño y condición de precario del poseedor que ocupa el inmueble por acto de simple liberalidad, tolerancia o condescendencia de su familiar.

Así, se ha apreciado en la STS 30-11-1964 (Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca. Séptimo Considerando) y Sentencias de la AP de Navarra, Sección Primera, de 28-10-1992 (AC 1992, 1401) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Irigaray Undiano. Fundamento de Derecho Segundo); de la AP de Asturias, Sección Cuarta, de 15-6-1993 (AC 1993, 1326) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller. Fundamento de Derecho Segundo); de la AP de Madrid, Sección Octava, de 13-12-1993 (AC 1993, 2541) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Arias Rodríguez. Fundamento de Derecho Quinto) y AP de Lugo de 30-11-1993 (AC 1993, 2246) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Edgar Amando Fernández Cloos. Fundamento de Derecho Cuarto), donde se destaca que es «la inicial relación de parentesco, nada menos que fraternal, entre el propietario del inmueble y su utilizador lo que puede explicar y justificar el carácter gratuito de la operación».

En consecuencia, será precario el hijo que «ocupaba las fincas de su padre sin título alguno que legitime su posesión y sólo por mera tolerancia de su padre» en tanto que servidor de la posesión de éste, según acordó la STS 30-10-1986 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López. Fundamento de Derecho Tercero).

Igualmente, teniendo en cuenta que, tal y como hemos visto, el pago de merced que excluya el precario ha de hacerse por cuenta propia y a título de pago del arrendamiento constituido o presunto a nombre del que satisface la cantidad y que se acepte en tal concepto, puede concluirse que «el hecho de que el demandado sufragara los alimentos de su madre cuando estando soltero vivía con ella en la casa de que es dueña, en las cordiales relaciones propias de

su íntimo parentesco, cuyos alimentos ha dejado de satisfacerla desde que contrajo matrimonio y ya no viven juntos, no implica que esa prestación la recibiera la actora como pago del alquiler..., lo que en todo momento ha negado dicha señora», según apreció la STS 14-3-1953 (Ponente: Excmo. Sr. D. Manrique Mariscal de Gante y de Gante. Considerando único de la primera sentencia).

En cambio, si no media clara relación de parentesco –o, en su caso, amistad o gratitud– entre las partes, surge, por el contrario, en numerosas decisiones judiciales, la presunción «*iuris tantum*» inversa de que la posesión o disfrute de una vivienda, o local, por persona distinta de su titular, supone, máximo en los momentos actuales, la producción de un beneficio que, derivado de una relación locativa, más o menos encubierta, llegue al propietario, sobre todo si esa situación de goce se prolonga en el tiempo.

Así se ha concluido en las sentencias, y allí, en su caso, más referencias, de la AP de Madrid de 19-1-1987 (Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal. Ministerio de Justicia, 1987, núm. 215, p. 158. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Sánchez Plaza. Fundamento de Derecho Segundo) y de la misma AP de Madrid, Sección Vigésimoprimera, de 3-3-1993, ésta con nutrida información jurisprudencial (AC 1993, 377. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Belo González. Fundamento de Derecho Segundo); de la AP de Zaragoza de 11-3-1991 (Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal. Ministerio de Justicia. 1991, núm. 136, p. 124. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez. Fundamento Jurídico Tercero); de la AP de Segovia de 22-6-1992 (Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal. Ministerio de Justicia. 1992, núm. 156, p. 168. Ponente: Ilmo. Sr. D. Florencio Espeso Ciruelo. Fundamento de Derecho Primero), y de la AP de Santander, Sección Primera, de 30-4-1993 y 26-5-1993 (AC 1993, 572 y 1060, siendo en ambas Ponente el Ilmo. Sr. D. Marcial Helguera Martínez y conteniéndose la presunción de onerosidad en las dos en el Fundamento de Derecho Primero).

Ahora bien, aun cuando compartamos esta última doctrina jurisprudencial acerca de la presunción de onerosidad en estos supuestos en que no existe ninguna relación afectiva o familiar entre las partes, sin embargo, habrá de atenderse a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, teniendo en cuenta al respecto que, por principio, la propiedad se presume libre y subsistentes todas las facultades que confiere a tenor de lo dispuesto en el artículo 348 del CC, lo cual hace necesario, en principio, la prueba de quien alega la existencia del contrato en cuya virtud se pretende ostentar frente al propietario algún derecho limitativo de dominio como se había precisado en la STS 18-2-1961 (RJ 1961, 335. Ponente: Excmo. Sr. D. Obdulio Siboní Cuenca. Considerando Primero).

Con tal premisa, puede también oponerse, en contra de la presunción antes vista de onerosidad opuesta al precario o, si fuese el caso, para combatirla,

que a falta de prueba –negativa– del pago de merced en concepto de renta «no cabe concluir que parece más creíble la cesión de la vivienda a cambio de una contraprestación que un rasgo de liberalidad... pues aunque la primera posibilidad se corresponde con la práctica habitual no cabe descartar la situación contraria, incluso contemplada en nuestro derecho al regular el desahucio por precario», en términos empleados en la Sentencia de la AP de Tarragona, Sección Primera, de 1-7-1994 (AC 1994, 1344) (Fundamento de Derecho Cuarto), tras lo que se añade, para finalizar, que «en cualquier caso, el pronunciamiento judicial se ha de basar en datos ciertos y probados y no en la mayor credibilidad de una u otra hipótesis», lo cual también puede ser tomado en consideración a los efectos de las oportunas alegaciones.

Asimismo, en igual dirección puede aducirse que, en último término, «es el ocupante el que tiene que probar la existencia de un título oneroso justificativo de su posesión, tanto si existe relación de parentesco con el reclamante como si no existe» según se destaca en la Sentencia de la AP de Valencia, Sección 3.ª, de 26-2-1994 (Revista General de Derecho, julio-agosto 1994, núms. 598 y 599, pgs. 8676 a 8678. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Presencia Rubio. Fundamento de Derecho Segundo).

En consecuencia, asumimos el acierto del planteamiento de nuestra sentencia objeto del presente comentario en el sentido de constatar que es bien razonable por el parentesco entre los socios de la inmobiliaria que compra la vivienda y el matrimonio vendedor, al ser los padres de aquéllos, que el uso y permanencia en el inmueble por parte de dichos vendedores se debe al ánimo de liberalidad de la sociedad compradora, pero es que además no se probó lo contrario pudiendo haberse precisado en el contrato a favor de los vendedores un usufructo vitalicio sobre la vivienda, lo cual no se plasmó en la escritura de venta como hubiera debido hacerse si esa fuese la intención de los contratantes.

### *2.5. Legitimación activa*

Una de las cuestiones que más litigiosidad ha suscitado es el referente a la legitimación activa, que también ha sido tratado en esta STS, sobre lo cual, de acuerdo con la configuración de la acción de desahucio por precario en la vigente LEC 1/200, en que no hay limitación alguna a la actividad probatoria, dependerá de que el demandante pueda probar, aparte de la posesión inmediata del inmueble por parte del demandado sin título para ello y sin pago de renta o merced, que es la cuestión de mayor conflictividad unida a la excepción de inadecuación de procedimiento por “cuestión compleja” con arreglo a la anterior ley rituarial, también su posesión mediata del inmueble en concepto de dueño o titular de un derecho real que lleve aparejado su disfrute a que ahora nos referimos brevemente y que no suele presentar problemas de interés.

A tenor de la disposición contenida en el derogado artículo 1564 LECiv, el desahucio por precario, para ser eficaz, requiere que el actor tenga la posesión real de la finca a título de dueño, usufructuario o cualesquiera otro que le dé derecho a disfrutarla, tal y como señalan, entre otras, las SSTS 26-4-1963 (RJ 1963, 2417) (Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Aguado González. Primer Considerando de la primera sentencia) y 27-11-1968 (RJ 1968, 5820) (Ponente: Excmo. Sr. D. Baltasar Rull Villar. Primer Considerando de la primera sentencia), decidiéndose, de acuerdo con el actual artículo 250 LECiv vigente, en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.

Sobre dicho actor recae la carga de la prueba de su título y que éste le da derecho a usarlo y disfrutarlo sin traba alguna, según se razona, con apoyo en una nutrida doctrina legal, en la Sentencia de la AP de Jaén de 7-2-1992 (Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal. Ministerio de Justicia. 1992, núm. 153, p. 166. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ruiz Rico. Fundamento de Derecho Primero), admitiéndose no sólo en los casos, como el presente, de titular único, o de un matrimonio, sino también en el de coheredero, copropietario o usufructuario lo que veremos a continuación para poner de relieve que es más sencillo si, como en nuestro caso, se trata de un solo propietario o único titular dominical, que en nuestro caso está constituido por la sociedad conyugal que compró la vivienda a la sociedad inmobiliaria.

En todo caso, traemos el tema a este comentario porque en primera instancia se dijo que no se cuestionó por las partes la titularidad dominical de los demandantes aun cuando se reconoce la duda respecto de la inmobiliaria al haber vendido ya la finca en cuestión, precisándose ya en la Audiencia que si bien no existen dudas respecto de la titularidad dominical de los actuales propietarios por ser los adquirentes en documento privado convenido con la mercantil sociedad inmobiliaria, en cambio en ésta no concurre la necesaria legitimación activa al haber transferido ya la vivienda y producida la *traditio ficta* del artículo 1462 CC.

En consecuencia, al igual que ha pasado en la sentencia que comentamos, en que se aprecia la demanda de los actuales propietarios y se desestima la legitimación activa de la inmobiliaria prescindiendo del compromiso contraído de facilitar la entrega de la posesión real y efectiva a los compradores, es decir la posesión mediata de la vivienda, resulta interesante abordar, siquiera brevemente, los problemas que se han planteado en relación con esta cuestión en los caso de coheredero, copropietario o usufructuario.

### 2.5.1. Coheredero

Acerca del particular que figura en esta rúbrica, se ha apreciado que los coherederos de la finca indivisa tienen el carácter de poseedores reales, a los efec-

tos del ejercicio de la acción de desahucio en precario, frente a terceros, y así se señala en la STS 19-11-1949 (RJ 1949, 1426) (Ponente: Excmo. Sr. D. Celestino Valledor y Suárez-Otero. Primer Considerando).

No obstante, también se admite la legitimación activa del administrador de la herencia para desahuciar por precario a cualquier coheredero que hiciera uso exclusivo de bienes hereditarios con anterioridad a realizar la división y adjudicación de los mismos por las SSTS 17-4-1958 (RJ 1958, 1680. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Eyré Varela. Primer Considerando) y 25-11-1961 (RJ 1961, 4441. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Eyré Varela. Primer y Segundo Considerando de la primera sentencia) así como también por la Sentencia de la AP de Tarragona de 7-12-1988 (Revista Jurídica de Catalunya, Jurisprudència, 1989, núm. II, p. 28 y 29. Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Concepción Espejel. Fundamento Jurídico Segundo).

En efecto, como se destaca en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24-7-1990 (RJ 1992, 5228) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio García Caridad), durante el tiempo en que la herencia estuvo indivisa, la posesión exclusiva de un coheredero lo es en carácter de precario frente al resto, lo que no le impide, como adelantamos, ejercitar la acción de desahucio contra tercero con base en su efectiva posesión, siendo indubitado también que «los herederos, desde el momento en que se ha llevado a cabo la partición tienen la posesión real de los inmuebles que se les adjudican y pueden ejercitar la acción de desahucio en precario contra los demás herederos que los vinieran poseyendo...» en tal concepto, se reitera, de precaristas.

Ahora bien, y al margen de este último supuesto posterior a la partición, en el período previo, durante la indivisión, los herederos individualmente considerados, que, se repite, pueden interponer la acción recuperatoria frente a terceros y en beneficio de la comunidad, en cambio, mientras no se practica la partición y adjudicación, pueden ser desahuciados por el administrador de la herencia y, en cualquier caso, no pueden ejercitar entre sí la acción de desahucio por precario pues ninguno de ellos puede arrogarse, para sí, y frente a otro, la posesión real de finca alguna de la herencia según se concluye, con amplia información jurisprudencial, en la Sentencia de la AP de Sevilla de 30-6-1992 (Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal. Ministerio de Justicia, 1992, núm. 155, p. 167 y 168. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel de Paúl Velasco. Fundamento de Derecho Primero).

### 2.5.2. Copropietario

En relación con la comunidad de bienes, de acuerdo con la doctrina legal que faculta a todo copropietario a ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, que se sostiene, por ejemplo, en las SSTS 13-2-1987 (RJ 1987, 709. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno. Fundamento de Derecho Segundo) y 21-9-1987 (RJ 1987, 6070) (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez.

Fundamento de Derecho Tercero), es claro que cualquier comunero puede solicitar el desahucio, aun sin mayores especificaciones, puesto que pide para la comunidad, como arguye la STS 14-3-1953 (RJ 1953, 907. Ponente: Excmo. Sr. D. Acacio Charrín y Martín-Veña. Segundo Considerando).

En cambio, no es posible, de nuevo, tal acción frente a otro condómino, que ostenta igual título jurídico que excluye la medida sumaria recuperatoria que el juicio de desahucio conlleva, según estimaron las SSTS 25-11-1961 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Eyré Varela. Primer y Segundo Considerando de la primera sentencia) y 30-3-1968 (RJ 1968, 3410. Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Aguado González. Segundo Considerando).

### 2.5.3. Usufructuario

Respecto de la facultad del usufructuario para interponer la acción de desahucio por precario, con gran claridad, la Sentencia de la Sección 2.<sup>a</sup> de la AP de Pontevedra de 22-6-1994 (AC 1994, 1032), señala, en su Fundamento de Derecho Segundo, que «el usufructuario, como poseedor real de la finca, está activamente legitimado para ejercitar la acción de desahucio contra el que la disfrute o tenga en precario, sin pagar merced, estando asimismo comprendido, para poder ejercitarla, contra el propietario, ya que el título de éste no le faculta, por sí solo, para la inmediata posesión de la finca...».

De modo absolutamente diferente, el nudo propietario, en cambio, no goza de la posesión real de la finca y, en consecuencia, hasta que el usufructo no revierta en su persona, no puede ser actor en un juicio de desahucio por precario para impedir el ejercicio de la posesión real que corresponde a la usufructuaria, a la cual no puede oponerse porque su posición es la de precarista, como se decidió en la Sentencia de la AP de Pontevedra de 21-1-1987 (Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal. Ministerio de Justicia, 1987, núm. 213, p. 157 y 158. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gustavo Troncoso Pacorro. Fundamento de Derecho Primero).

### 2.6. *Legitimación pasiva*

Así pues, del concepto antes apuntado de precario, se deduce que estará en tal situación y, por tanto, legitimado pasivamente, quien detente o posea un inmueble sin título alguno que pueda ser opuesto al propietario, o bien por no haberlo tenido nunca o por ser ineficaz el que tuviera, comprendiendo el precario los tres supuestos mencionados de posesión sin título, posesión tolerada y posesión concedida de acuerdo con lo sustentado en las SSTS 6-4-1962 (Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Ogáyar y Ayllón. Considerando único); 30-10-1986 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López) y 31-12-1992 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. Fundamento de Derecho Undécimo),

En dicha situación, como vemos, se encuentra el cónyuge separado del caso de nuestra STS pero también el nudo propietario, el heredero antes y después de la partición o el continuador en la posesión tras la extinción del arrendamiento, cuyas vicisitudes expondré, sumariamente, a continuación, por su plasticidad para la mejor comprensión del supuesto concreto enjuiciado por el TS en la sentencia objeto de nuestro comentario en que, como ya digo, se demandó a la poseedora que no pudo demostrar el pretendido usufructo vitalicio.

### 2.6.1. Nudo propietario

Por lo que afecta al nudo propietario, en tanto que carece de las facultades de goce y disfrute de la cosa usufructuada, teniendo tan sólo el derecho actual de disponer con las limitaciones del artículo 489 del CC, es claro que está legitimado pasivamente en el juicio de desahucio por precario promovido por el usufructuario.

Así se acordó en la STS 9-2-1968 (RJ 1968, 834) en un caso en que la nuda propiedad de la finca pertenecía por mitad y proindiviso al demandado, según la escritura de manifestación y aceptación de herencia otorgada con motivo del fallecimiento de su esposa, lo que, igualmente, se mantuvo en la Sentencia de la AP de Pontevedra de 21-1-1987 (Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal. Ministerio de Justicia, 1987, núm. 213, p. 157 y 158. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gustavo Troncoso Pacorro. Fundamento de Derecho Primero).

En concreto, en esta última decisión se concluye que la condición de usufructuaria de la mitad de la casa a que se refiere el procedimiento en méritos del título hereditario de que fue investida la actora en testamento le faculta «para el ejercicio de la acción de desahucio frente al demandado a quien el mero título de la nuda propiedad sobre tal inmueble no le autoriza para impedir el ejercicio de la posesión real que a la primera corresponde... porque su posición es la del precarista al traducirse en una situación de hecho que es lo que implica la utilización gratuita de un bien cuya posesión jurídica no nos corresponde aunque nos encontremos en la tenencia del mismo».

### 2.6.2. Heredero antes y después de la partición

En cuanto a la legitimación pasiva de los herederos antes de la partición, dichos herederos «individualmente, mientras no se practica la división y adjudicación de bienes, no tienen dominio ni posesión privativas sobre ningún bien de la herencia que corresponden sólo a la comunidad, de lo que se infiere su condición de precarista por no ostentar título alguno eficaz que ampare su posesión frente a la comunidad...», según resuelve la STS 17-4-1958 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Eyré Varela. Primer Considerando).

En igual sentido, sobre el carácter de precarista de la ocupación del coheredero de bienes de la herencia indivisa por mera tolerancia de los demás partícipes, se produce, por ejemplo, la Sentencia de la AP de Badajoz de 4-4-1991 (Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal. Ministerio de Justicia, 1991, núm. 134, pgs. 122 y 123. Ponente: Ilmo. Sr. D. Angel Salvador Carabias Gracia. Fundamento de Derecho Segundo).

En relación al heredero que, una vez hecha la partición de la herencia, continúa en la posesión de los bienes que no le han sido adjudicados, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24-7-1990 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio García Caridad) parte de dicha premisa de que la posesión de algún coheredero en forma exclusiva de los inmuebles durante el tiempo en que la herencia estuvo indivisa «lo es en carácter de precario y por mera tolerancia de los demás partícipes», para afirmar que, por ello, tras la partición, «la continuación en esa misma posesión en los bienes que no le han sido adjudicados, necesariamente ha de seguir teniendo el carácter de posesión en precario», de modo que concluye la estimación del desahucio de los herederos en tal hipótesis.

### 2.6.3. Continuator en la posesión tras la extinción del arrendamiento

Un supuesto sobre el que existe una consolidada doctrina legal en torno a su indiscutible carácter de precario es el del causahabiente de arrendamiento extinguido o, más en general, el de cualquier sucesor o continuador en la posesión con posterioridad a la finalización del arriendo, siempre que no existan dudas racionales ni impugnación acerca de tal extinción, producida por renuncia, transacción...

Así lo destacan, entre otras, las SSTs 25-6-1945 (RJ 1945, 717) (Segundo Considerando); 6-7-1945 (RJ 1945, 872) (Segundo Considerando); 12-5-1949 (RJ 1949, 583) (Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces. Segundo Considerando); 28-11-1950 (RJ 1950, 1834) (Ponente: Excmo. Sr. D. Salvador Mingujón. Cuarto Considerando); 19-12-1952 (RJ 1952, 2668) (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez. Primer Considerando); 19-1-1955 (RJ 1955, 119) (Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces. Segundo Considerando) y 17-12-1960 (RJ 1960, 3807) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Murga Castro. Quinto Considerando en que, sin embargo, se rechaza el precario por la subsistencia del arrendamiento de local).

Con todo, ha de quedar bien clara la finalización del arrendamiento, tal y como se determina en la STS 22-10-1987, (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica y González-Elipe. Fundamento de Derecho Tercero), en un caso en que figuraba expresamente una cláusula en cuya virtud el propietario eximía al precarista de sus pagos mensuales de renta de modo que partiendo de tal extinción indubitada del contrato arrendaticio, «quiérese decir que automáticamente quedó al faltar

toda clase de especificaciones contractuales en una situación de precario, de carácter residual...».

Con igual planteamiento en los supuestos enjuiciados por la Sentencia de la AP de Barcelona, Sección Decimoquinta, de 11-3-1994 (Revista Jurídica de Catalunya, Jurisprudència, 1994, núm. III, pgs. 66 y 67. Ponente: Ilmo. Sr. D. José R. Ferrándiz. Fundamento de Derecho Primero), en la cual prospera el desahucio por precario por cuanto la demandada había dejado de ser arrendataria por propia voluntad libremente expresada sin acreditar otro título en virtud del que ocupa el local, que debe desalojarlo y entregarlo a la propiedad

Asimismo, en la Sentencia de la AP de Ciudad Real, Sección Primera, de 2-9-1994 (AC 1994, 1429) (Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Luque González. Fundamento de Derecho Segundo), se admite el precario al aceptarse la plena eficacia, frente al arrendador, que es un tercero o extraño a la sociedad arrendataria, de la declaración de voluntad del representante de ésta acerca de la extinción del contrato arrendaticio, sin perjuicio de la posible nulidad de la misma en el ámbito interno societario, que no empece la condición de precarista de la entidad demandada desde tal extinción del arriendo de mutuo acuerdo y la Sentencia de la AP de Madrid, Sección Octava, de 3-11-1993 (AC 1993, 2447) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Arias Rodríguez. Fundamento de Derecho Segundo), donde también prospera la acción de desahucio por precario al no considerarse procedente la subrogación por muerte del arrendatario en situaciones de acogimiento o prohijamiento.

Con similar punto de partida, en la STS 13-5-1955 (RJ 1955, 1698) (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Vacas Andino. Considerandos Tercero y Cuarto), prosperó el desahucio ante la resolución del subarriendo por terminación del arrendamiento a la muerte del arrendatario sin que los herederos o su socio hicieran uso del derecho que entonces le reconocía la legislación arrendaticia de continuar el arrendamiento, cuya extinción determina «*ipso iure*» la del subarriendo y, en consecuencia, la posibilidad, como en este caso, del desahucio.

Ello igualmente se sostiene en la STS 6-2-1959 (RJ 1959, 460. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel María Cavanillas Prosper), cuando, en su Primer Considerando, califica una similar situación como «precario que surge del hecho de haber finiquitado el plazo de duración del contrato de subarriendo que amparaba la ocupación... por haberse declarado terminado el arrendamiento en virtud del cual dicho subarriendo vino a producirse y cuya vigencia estaba subordinada a la del arriendo».

Ahora bien, si tal extinción del contrato arrendaticio no es incontestada, puesto que la parte actora no acompaña renuncia, o los ejemplares del contrato, o no acredita la transacción... y se discute la existencia o no de cesión ilegal o incontestada o si el demandado tiene o no derecho a la subrogación contractual o «*mortis causa*», siempre que de los autos resulten, al menos, indicios de la existencia de dichas situaciones, no bastando, lógicamente, su mera invocación por la

parte demandada, entonces, todas esas alegaciones deberían ser practicadas en el juicio declarativo que corresponda pues para su adecuada resolución se requiere una amplia discusión que, según veremos, el juicio de desahucio no permitía, tal y como se concluía, entre otras, en las Sentencias de la AP de Valencia, Sección Tercera, de 17 febrero 1993 (AC 1993, 149) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Presencia Rubio. Fundamento de Derecho Segundo) y de la AP de Barcelona, Sección Undécima, de 30 septiembre 1993 (Revista Jurídica de Catalunya, Jurisprudencia 1994, núm. I, pgs. 73 y 74. Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Eugenia Alegret), lo cual ahora, como hemos adelantado, no ocurre con la vigente ley rituaría.

### 3. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010

En términos que hemos adelantado, en el primer motivo del recurso de casación se alega que no hubo entrega de la titularidad dominical por falta de posesión de la transmisora y que no puede calificarse de precario la atribución por sentencia firme del uso de la vivienda familiar habitual, sino que se trata de una titularidad posesoria que deriva de una coposesión inicial, pues la vivienda no puede ser objeto de disposición sin el doble consentimiento que exige el CC, así como que no ha existido *traditio ficta* [entrega presunta], porque de la escritura resultaba claramente lo contrario, en contra de lo que afirma la sentencia de la Audiencia recurrida.

El motivo segundo se funda, en síntesis, en que el *ius possidendi* [derecho de poseer] de la recurrente, sea o no de naturaleza jurídico-real, constituye una carga que ha de soportar la propietaria y no un precario, así como que el título de los recurridos deriva de la posesión concedida por la sentencia judicial y falta para el ejercicio de la acción reivindicatoria el pleno dominio del bien cuya reivindicación se pretende, todo lo cual fue desestimado por el Tribunal Supremo en esta sentencia examinando conjuntamente ambos motivos por estar estrechamente relacionados entre sí.

Sobre el tema del supuesto incumplimiento de la *traditio*, el TS concluye que la tradición instrumental ha tenido lugar y en modo alguno puede aceptarse que no hubiera entrega de la titularidad dominical, puesto que se admite, conforme a nutrida jurisprudencia, que la entrega se produce en virtud de la escritura pública de compraventa si en ella, como es el caso, no consta claramente lo contrario.

Acerca de la necesidad de codisposición de la vivienda familiar, el TS concluye que en el momento en que se produjo la separación conyugal la vivienda había sido enajenada a la sociedad adquirente mediante un contrato en el que intervinieron ambos cónyuges, por lo cual no puede aceptarse el argumento de que la vivienda no podía ser objeto de disposición, como vivienda habitual, por no concurrir consentimiento de ambos esposos.

Se dice que carece de relevancia el argumento de que la titularidad posesoria del consorte que permanece en el uso de la vivienda deriva de la coposesión por parte de ambos cónyuges, tras lo que se concluye que la sentencia judicial se limita a hacer efectiva la protección de la familia dentro de los límites del derecho de ésta a la titularidad de la vivienda, pero no modifica dichos límites.

Una vez planteado el problema de la consideración del derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia como un derecho de carácter familiar, se añade que la aplicación de esta doctrina debe ser amoldada a las circunstancias en aquellos casos en que, como el enjuiciado en el presente, la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece en propiedad al otro cónyuge, sino que ha sido atribuido a éste en virtud de un contrato, como puede ocurrir cuando se considera probado que la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge en virtud de un contrato de comodato.

En efecto, el supuesto litigioso nos presenta una situación nada habitual en los procesos en que se discute el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente, pues en este caso si bien, como es frecuente, se trata de una vivienda cuyo uso es adjudicado a uno de los cónyuges por la sentencia de separación que resuelve la situación de crisis matrimonial, la particularidad del caso se concreta en que dicha atribución se lleva a cabo sin que ninguno de los cónyuges sea titular dominical de la misma, pues al tiempo de efectuarse la atribución judicial del uso pertenecía ya a un tercero, la mercantil Inmobiliaria que la había adquirido con anterioridad y que es quien la transfiere posteriormente a los actuales titulares dominicales de la misma.

Así pues, se considera necesario partir del examen de la condición del derecho en cuya virtud se ocupaba la vivienda familiar, teniendo precisamente en cuenta la presencia de una situación derivada de la crisis matrimonial, así como que la resolución judicial de atribución del uso del domicilio familiar no crea en el presente caso *per se* un derecho originario, nuevo, que sea oponible *erga omnes*, por lo que se entiende, en consecuencia, que frente a terceros podrán excepcionarse tan solo las facultades que con anterioridad a la atribución judicial del uso a uno de ellos disfrutaban ambos cónyuges, y en consecuencia lo único que determina la resolución judicial recaída en el proceso matrimonial es la concentración en uno de los cónyuges de las facultades de dominio, posesión, uso y disfrute que con anterioridad ostentara el matrimonio.

### *3.1. La consideración del uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges como derecho familiar*

En estas situaciones de que se trata en la sentencia de uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges como derecho familiar, se añade que si la ley no reconoce el derecho del cónyuge a quien se concede el uso a subrogarse en los derechos contractuales del otro cónyuge, resulta proce-

dente examinar la naturaleza de los actos realizados por éste último en el ámbito de la relación contractual que mantenía con el propietario de la vivienda, considerando necesario realizar dicho examen con el fin de decidir si la legitimación del propietario para reclamar la vivienda deriva de actos del cónyuge no titular que constituyen actos de disposición o, por el contrario, nace de otras circunstancias derivadas del contenido del contrato, como puede ser la existencia de una condición resolutoria para el caso de separación o extinción de la relación conyugal.

En la hipótesis de la concurrencia de actos de disposición, desde luego que estos actos solo pueden ser realizados si concurren los presupuestos establecidos en el artículo 96 III CC, considerándose que la falta de estos presupuestos es determinante de un supuesto de nulidad oponible a terceros, siempre que concurra la debida publicidad registral, salvo que se den los presupuestos para la protección del tercero hipotecario o de buena fe.

En la sentencia del Pleno de la Sala contemporánea a ésta de 18-1-2010, resulta, pues, matizada la anterior jurisprudencia (SSTS 2-12-1992, 17-7-1994 y 14-4-2009, entre otras) en el sentido de que si el título que permitió a uno de los cónyuges el uso de la vivienda perteneciente al tercero tiene naturaleza contractual, el otro cónyuge no se subroga en la relación contractual por el hecho de habersele atribuido el uso de la vivienda por sentencia dictada en pleito matrimonial.

### *3.2. La consideración del uso de la vivienda familiar por el cónyuge no titular en casos en que el inmueble no pertenece a su consorte*

En la sentencia objeto de nuestro comentario se precisa que estas situaciones en que tiene naturaleza contractual el título que permitió a uno de los cónyuges el uso de la vivienda perteneciente al tercero contrastan con aquellas en las cuales los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario.

En concreto, se dice que en este caso, mediante 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, de lo cual se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista.

Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues

entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista, añadiéndose que en este punto, la doctrina que se fija en esta sentencia no comporta variación sustancial de la que viene manteniendo la Sala Primera del TS (SSTS de 30 de noviembre de 1964, 13 de diciembre de 1991, RC n.º 2987/1991, 26 de diciembre de 2005), con arreglo a la cual 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.

Así pues, del concepto antes apuntado de precario, se deduce que estará en tal situación y, por tanto, legitimado pasivamente, quien detente o posea un inmueble sin título alguno que pueda ser opuesto al propietario, o bien por no haberlo tenido nunca o por ser ineficaz el que tuviera, comprendiendo el precario los tres supuestos mencionados de posesión sin título, posesión tolerada y posesión concedida de acuerdo con las SSTS 6 abril 1962 (Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Ogáyar y Ayllón. Considerando único); 30 octubre 1986 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López) y 31 diciembre 1992 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. Fundamento de Derecho Undécimo) y ello al margen o con independencia de que el uso en cuestión fuese atribuido por resolución judicial tras la crisis matrimonial.

### *3.3. Conclusión de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010*

La aplicación al caso concreto enjuiciado de la consolidada doctrina del TS en cuya virtud la ocupación de una vivienda sin contraprestación ni plazo para ser usada como vivienda familiar tiene la consideración de precarista aunque dicho uso fuese atribuido por resolución judicial, tras la ruptura de la convivencia, lleva, como corolario apodíctico, al TS a concluir que en este supuesto se trata de un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado demostrado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer más que a título de precario el inmueble aquí reivindicado.

En efecto, la sentencia recurrida declara que una vez que el matrimonio vende su vivienda a la sociedad mercantil Inmobiliaria, “su permanencia en el inmueble no puede deberse más que al ánimo de liberalidad de la sociedad compradora», añadiéndose que «[determinada circunstancia de la venta] en modo alguno puede conseguir el efecto pretendido por la demandada referente a que se constituyó en favor de los vendedores un usufructo vitalicio sobre la vivienda, pues en modo alguno se desprende así de la indicada escritura de venta, en la que perfectamente pudo hacerse constar tal evento si ciertamente hubiera sido esa la intención de los contratantes».

Estas declaraciones se considera que deben ser respetadas en casación, pues se desenvuelven en el terreno que es propio del tribunal de apelación de valoración del resultado de la prueba e interpretación de las cláusulas contractuales, y no se aprecia en ellas arbitrariedad o manifiesto error suficiente para justificar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (que podría hacerse valer mediante el recurso extraordinario por infracción procesal) ni una desnaturalización de los preceptos sustantivos aplicables mediante la alteración de los supuestos de hecho.

Se especifica que el tenor de las estipulaciones del contrato, en la que se hace constar el compromiso de ambas partes para instar el inmediato desalojo de la ocupante de la finca, que se describe como poseedora de hecho, no permite mantener la interpretación realizada por la sentencia recurrida en el sentido de haber existido transmisión de la propiedad arbitraria.

Los argumentos en que se funda el recurso, en consonancia con lo razonado, se desestiman, en primer lugar, porque no puede aceptarse que no hubiera entrega de la titularidad dominical, pues, admitido que la entrega se produce en virtud de la escritura pública de compraventa si en ella no consta claramente lo contrario, la interpretación que de la escritura pública realiza la sentencia recurrida permite afirmar que no concurre esta última circunstancia.

En el momento en que se produjo la separación conyugal la vivienda había sido enajenada a la sociedad adquirente mediante un contrato en el que intervinieron ambos cónyuges, por lo cual no puede aceptarse el argumento de que la vivienda no podía ser objeto de disposición, como vivienda habitual, por no concurrir consentimiento de ambos cónyuges.

En consecuencia, se concluye que carece de relevancia el argumento de que la titularidad posesoria del cónyuge que permanece en el uso de la vivienda deriva de la coposesión por parte de ambos cónyuges pues la sentencia judicial se limita a hacer efectiva la protección de la familia dentro de los límites del derecho de ésta a la titularidad de la vivienda, pero no modifica dichos límites.

#### **4. Conclusiones**

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 consorte, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del esposo 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, siendo dicha limitación oponible a terceros y por ello inscribible en el Registro de la Propiedad.

El derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corres-

ponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo precisa que la aplicación de dicha doctrina debe adecuarse a los casos en que la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece en propiedad al otro consorte, sino que ha sido atribuida por un contrato de comodato en que es necesario examinar la naturaleza de los actos realizados por este último en el ámbito de la relación contractual que mantenía con el propietario de la vivienda.

En los casos en que la vivienda se ocupa sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar su situación 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.

Así, la facultad de aprovechamiento de la vivienda conferida judicialmente en el marco de un proceso matrimonial no altera la naturaleza jurídica del título que servía de soporte al disfrute familiar de la vivienda en cuestión en épocas anteriores a la fractura matrimonial.

En consecuencia, el derecho de ocupación conferido por la autoridad judicial se encuentra condicionado por la causa jurídica en cuya virtud se ocupaba la vivienda de modo que si, como es el caso, se detentaba la vivienda en precario, dicha condición no puede verse modificada por la decisión judicial de la crisis matrimonial.

## 5. Bibliografía

- CABALLERO GEA, J.A.: El Desahucio por Precario: Problemática Judicial, Editorial Aranzadi, Pamplona 1994.
- BELLO JANEIRO, D.: El precario. Estudio teórico práctico, 2ª edición ampliada, Comares, Granada, 1999.