



Roj: **ATS 15485/2022 - ECLI:ES:TS:2022:15485A**

Id Cendoj: **28079110012022207004**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2022**

Nº de Recurso: **1170/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 02/11/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1170/2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN N. 7 DE CÁDIZ

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

Transcrito por: CMB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1170/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Pedro José Vela Torres

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 2 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** La representación procesal de D<sup>a</sup> Agueda presentó escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 13 de diciembre de 2021 por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección con sede en Algeciras, en el rollo de apelación nº 189/2021, dimanante de los autos de juicio verbal de desahucio nº 740/2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Algeciras.

**SEGUNDO.-** Mediante diligencia de ordenación de la Audiencia Provincial se tuvo por interpuesto el recurso acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de los litigantes.

**TERCERO.-** El procurador D. Luis Eduardo Roncero Contreras, designado por el turno de oficio para la representación de D<sup>a</sup> Agueda, fue tenido por personado en calidad de parte recurrente mediante diligencia de ordenación de esta sala de 18 de julio de 2022. El procurador D. Ignacio Prieto Pendas, en nombre y representación de D. Juan Carlos y D. Jose Francisco, presentó escrito ante esta sala de fecha 16 de febrero de 2022 personándose en calidad de parte recurrida.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 28 de septiembre de 2022 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas.

**QUINTO.-** Ninguna de las partes personadas ha formulado alegaciones tras la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión.

**SEXTO.-** Por la parte recurrente no se ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la disposición adicional 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial al haber acreditado litigar bajo el beneficio de justicia gratuita.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, D. Juan Carlos y D. Jose Francisco, interponen demanda contra D<sup>a</sup> Agueda en ejercicio de acción de desahucio por precario manifestando ser propietarios de la vivienda sita en la CALLE000 nº de DIRECCION000, que se encuentra ocupada por la demandada sin título que le habilite para ello.

A dicha solicitud se oponen la demandada, manifestando que ostenta justo título para ocupar la vivienda en virtud de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada en fecha 28 de marzo de 2012 que le atribuía el uso disfrute de la vivienda de forma vitalicia, así como por la sentencia de modificación de medidas de fecha 10 de junio de 2015, que mantiene dicho pronunciamiento.

La sentencia de primera instancia estima la demanda declarando haber lugar al desahucio. A tal fin indica que la situación que se plantea en el presente caso es la siguiente: al tiempo de cederse el uso disfrute de la vivienda en convenio regulador, sobre la vivienda recaía una copropiedad dado que titulares de la misma eran D<sup>a</sup> Encarnacion, D. Casimiro, D. Juan Carlos y D. Jose Francisco. Posteriormente, consecuencia del fallecimiento de la Sra. Encarnacion la propiedad queda en manos de los otros tres titulares, finalmente, tras la donación del Sr. Casimiro a sus hijos, los actuales titulares de la vivienda son los demandantes. Debido las distintas situaciones por las que ha pasado la titularidad de la vivienda para resolver la cuestión que se nos plantea, debemos estar al momento en el que se cede el uso y disfrute de la vivienda, momento en el que existía una copropiedad. Así nos encontramos con una cesión que se realiza por uno de los copropietarios, el Sr. Casimiro, cesión con la que debe presumirse que estaban conformes los otros dos copropietarios (hoy demandantes) debido que una de ellos, D. Jose Francisco, iba continuar residiendo en la vivienda objeto de autos, ignorando la postura de la Sra. Encarnacion al respecto; esta situación de copropiedad unida al hecho de que la cesión se produce a título gratuito hacen que concurra en la demandada una situación de precario que permite a los actuales propietarios recuperar la posesión para la comunidad.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, D<sup>a</sup> Agueda. El recurso es resuelto por la sentencia de Provincial de Cádiz que hoy es objeto del presente recurso de casación. Dicha resolución desestima el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de primera instancia. A tal fin, tras exponer la jurisprudencia de esta sala al respecto, reitera los argumentos expuestos por la sentencia de primera instancia.

Contra la sentencia de apelación se interpone recurso de casación por la parte demandada, D<sup>a</sup> Agueda.

Dicho procedimiento fue tramitado en atención a la materia por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3º del art. 477.2 LEC.

**SEGUNDO.-** El escrito de interposición, en cuanto al recurso de casación, se articula en un único motivo de casación en el que tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 444 y 1750 del Código Civil, se

alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 28 de febrero de 2017 y 12 de junio de 1997, las cuales señalan que es improcedente la calificación y tutela posesoria del precario cuando estamos ante una cuestión más compleja y no meramente posesoria. A lo largo del motivo niega la existencia de precario en tanto que ostenta justo título para ocupar la vivienda en virtud de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada en fecha 28 de marzo de 2012 que le atribuía el uso disfrute de la vivienda de forma vitalicia, así como por la sentencia de modificación de medidas de fecha 10 de junio de 2015, que mantiene dicho pronunciamiento.

**TERCERO.**- Pues bien, a la vista de lo expuesto y pese a las manifestaciones de la parte recurrente, el recurso de casación incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento por las siguientes razones:

a) Por haberse resuelto otros asuntos sustancialmente iguales en sentido contrario al pretendido por el recurrente. La sentencia recurrida, confirmando la sentencia de primera instancia, acoge la acción de desahucio tras exponer que realizada la cesión de uso a la demandada por uno de los copropietarios, el Sr. Casimiro, uso reconocido por sentencia de divorcio, esta situación de copropiedad unida al hecho de que la cesión se produce a título gratuito hacen que concurra en la demandada una situación de precario que permite a los actuales propietarios de la vivienda recuperar la posesión para la comunidad. Con ello la sentencia recurrida se limita a aplicar la doctrina de esta sala al respecto.

La sentencia 279/2016, de 28 de abril, recopila la doctrina de esta sala sobre esta materia indicando lo siguiente:

"[...] La tan repetida Sentencia del Pleno de esta Sala de 18 de enero de 2010 contempló un caso en que, siendo dos hermanos, doña " Rosaura " y don " José ", copropietarios por mitades de una vivienda, don " José " contrajo matrimonio con doña " Valentina " y los cónyuges establecieron en aquélla el domicilio conyugal; en la sentencia de separación matrimonial de éstos, el uso y disfrute de la vivienda se atribuyó a doña " Valentina "; a la que doña " Rosaura " demandó, ejercitando la acción de desahucio por precario. Esta Sala confirmó la sentencia de la Audiencia, que revocando la del Juzgado había estimado la demanda, estableciendo en lo que aquí importa la siguiente doctrina:

"En tema de atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el párrafo primero del artículo 96 CC:

"1º Cuando el cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en convenio regulador, bien en la sentencia.

"Otra cuestión es la relativa a los terceros adquirentes de estos bienes, de la que esta sentencia se ocupa más adelante.

"2º Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 de diciembre de 2005. [...]

"[...] Cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio ( SSTs de 26 de diciembre de 2005, 30 de octubre y 13 y 14 de noviembre de 2008 y 30 de junio de 2009).

"La regla será, por tanto, que los derechos del propietario para recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el cónyuge que la ocupa; si se prueba la existencia de contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento.

"[...] De acuerdo con el Artículo 445 CC, "la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión". Por ello, la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el Art. 445 CC admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es éste el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión

al no ostentarla doña " Rosaura " por haberla cedido a su hermano. Del Art. 445 no debe deducirse que siempre que exista condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso de que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido la posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor.

"Estos razonamientos deben aplicarse al litigio y, por tanto, debe concluirse que:

"1º La demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentado la posesión de la vivienda, porque existe una situación de precario.

"2º La demandada ahora recurrida, doña " Rosaura ", está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad".

Dicha Sentencia contiene un voto particular discrepante en el que parece haberse inspirado la ahora recurrida, y del que el escrito de oposición al recurso ha tomado, sin decirlo, varios párrafos. Dicho voto no representa la jurisprudencia de esta Sala, que aquí reiteramos.

**2.-** En la misma línea, contemplando ahora un caso en el que el hijo de la demandante había venido a ser copropietario de la vivienda cuyo uso había atribuido la sentencia de separación a la mujer del referido hijo, la Sentencia 443/2010, de 14 de julio (Rec. 1741/2005) declaró:

"[L]a atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir título jurídico hábil para justificar una posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas del matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posesión jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior a la que la situación de precario proporciona a la familia, puesto que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda.

"En la proyección de la anterior doctrina al caso que se examina, resulta que la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a la demandante con la demandada era la propia de una situación de precario [...].

"[...] A su vez, tal calificación no se ve alterada por el hecho de que, tras la muerte del esposo de la actora y como consecuencia de la división de su herencia y la previa disolución de su sociedad de gananciales, resulte ser propietaria ahora la demandante de la mitad indivisa del inmueble y usufructuaria de la otra mitad, pues tal circunstancia no altera el título en virtud del cual la demandada viene usando y disfrutando el inmueble [...]."

**3.-** La Sentencia 695/2011, de 10 de octubre (Rec. 1069/2011), ante un caso de demandas acumuladas de separación y divorcio presentadas cuando el matrimonio y su hija vivían en un piso del que eran propietarios en un 67% los padres del marido y en un 33% el propio marido, habiéndose probado que los padres habían cedido al hijo la vivienda en precario, declaró:

"En relación con el primero de los problemas que surgen en el presente caso, es decir, al hecho probado de que la vivienda cuyo uso ha sido atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia pertenece en propiedad a los padres del marido y al propio marido, debe aplicarse la doctrina formulada por las SSTS 859/2009, de 14 enero 2010, 861/2009, de 18 enero 2010 del pleno de esta Sala, y reiterada en las SSTS 178/2011, de 18 marzo y 772/2011, de 22 noviembre, así como las 447/2009, de 30 junio, 653/2009, de 22 octubre, 443/2010, de 14 julio, 727/2010, de 11 noviembre y 772/2010, de 22 noviembre.

"Tal como afirma la STS 178/2011, de 18 de marzo, *"B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 [RC n.º 1994/2005], la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges nada tienen que ver con los terceros propietarios"*.

"De acuerdo con esta reiterada doctrina, la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma [...]."



b) Por inexistencia de interés casacional. La sentencia recurrida al apreciar el derecho de los actuales propietarios de la vivienda a ejercitar la acción de desahucio, no obstante la cesión de uso de la vivienda a la demandada por uno de los copropietarios, uso reconocido por sentencia de divorcio, no contradice la doctrina establecida por esta sala en la materia y a la que acabamos de hacer referencia con la consecuencia de que estamos ante una situación equiparable a la pérdida del efecto útil del recurso ( SSTs de 9 de marzo de 2010, rec. 456/2006, 10 de octubre de 2011, rec. 1557/2008), pues su admisión indiscriminada basada en el mero cumplimiento de los requisitos formales nunca podría llevar a la modificación del fallo; así pues, resulta apreciable la causa de inadmisión de carencia de fundamento pues objetivamente contemplada la sentencia recurrida no se contradice con los criterios jurisprudenciales de esa sala en la materia.

**CUARTO.-** Consecuentemente procede declarar inadmisble el recurso de casación y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 483.4 LEC, dejando sentado art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno, sin que proceda hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Agueda presentó contra la sentencia dictada con fecha 13 de diciembre de 2021 por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección con sede en Algeciras, en el rollo de apelación nº 189/2021, dimanante de los autos de juicio verbal de desahucio nº 740/2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Algeciras.

2º) Declarar firme dicha sentencia, sin que proceda hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas.

3º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta Sala.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 483.5 LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.