

STS 614/2020 DE 17 DE NOVIEMBRE, PONENTE: MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN.

Resumen

DESAHUCIO POR PRECARIO. CONSTRUCCION DE VIVIENDA EN SUELO AJENO DE BUENA FE. Artículos 361 y 453, 454 CC. Derecho de retención de quien construye de buena fe en suelo ajeno. Opción del propietario del suelo, que no se convierte automáticamente en propietario de lo construido sobre el suelo de su propiedad. Oposición al desahucio. (Autor: JRG).

EL CASO: El Sr. Romualdo ejercitó una acción de desahucio por precario contra la Sra. Coro. La pretensión de lanzamiento por precario se formula contra la hoy exmujer del hijo del demandante: quienes constante matrimonio en régimen de gananciales abonaron los gastos de construcción de la vivienda habitual del matrimonio en suelo del demandante. Disuelto el matrimonio por divorcio, el demandante, padre del marido, solicita el lanzamiento de la demandada de la vivienda habitual disfrutada en precario.

En consecuencia, el litigio versa sobre la oposición al desahucio por precario de quien ha contribuido a sufragar gastos de construcción de la vivienda edificada en suelo ajeno con la aquiescencia del demandante propietario de este último.

RESUMEN SENTENCIA: Se estiman los dos motivos del recurso de casación: 1) Se justifica el interés casacional por oposición a la jurisprudencia de la sala, representada por las SSTS 63/2006, de 9 de febrero, de 31 de diciembre de 1987 y 123/2018, de 7 de marzo. 2) Con carácter subsidiario y/o alternativo, se justifica el interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la procedencia de la acción de desahucio cuando se ha construido de buena fe en suelo del demandante.

Se estima infracción de la doctrina legal por la sentencia recurrida de la audiencia provincial sobre la aplicación de la interpretación jurisprudencial de los arts. 361 y 453 CC.

La Sala hace un detallado análisis casuístico de la doctrina legal existente al respecto. Recogiendo diversos supuestos facticos concretos y poniendo de manifiesto la existencia de una doctrina legal inconcusa:

a.- En el presente caso: El art. 361 CC no atribuye automáticamente la propiedad de lo construido al dueño del suelo, sino que la supedita al ejercicio de la opción y al pago de la indemnización calculada conforme a los criterios de los arts. 453 y 454 CC. Así lo han destacado las sentencias 1/1928, de 2 de enero; 705/1985, de 25 de noviembre; 22/1986, de 24 de enero; 623/1986, de 27 de octubre; y de 22 de julio de 1993, Rc. 2736/1990.

Hasta que el dueño del suelo no ejercita la opción, el tercero es el dueño de la obra y poseedor de buena fe del terreno ocupado, que forma un todo con lo edificado aunque siga perteneciendo al dueño de la finca. De ahí que el dueño del suelo no puede reclamar la posesión de su finca ni la propiedad de lo construido mientras no abone la indemnización.

Concluye la Sala afirmando que literalmente, como consecuencia de la remisión al art. 453 CC, el tercero tiene un derecho de retención. (Sentencias 137/1928, de 21 de mayo, 95/1948, de 18 de marzo, 876/1987, de 31 de diciembre, de 15 de febrero de 1999, Rc. 2368/1994, y 63/2006, de 2 de febrero).

b.- Sin embargo, en la generalidad de los casos: Cuando la posesión es simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, de modo que el disfrute o simple tenencia de la cosa lo es sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, hay precario, y la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño (sentencias 134/2017, de 28 de febrero, 300/2015, de 28 mayo, y 1022/2005 de 26 diciembre, entre otras).

c.- Finalmente, existe una jurisprudencia consolidada de esta sala de la que resulta que, cuando un tercero **-frecuentemente en la práctica los padres de uno de los miembros de una pareja, casada o no- cede gratuitamente el uso de una vivienda para que sirva a su uso genérico de vivienda, para cubrir la necesidad de alojamiento de esa unidad familiar, sin fijar un plazo determinado ni un uso específico al que deba destinarse, no hay comodato (cfr. art. 1750 CC) sino precario,** lo que permite recuperar la vivienda cuando cesa el único título que justificaba la posesión de sus ocupantes, la voluntad de quien cedió el uso (art. 250.1.2.ª LEC). La situación de precario no puede cambiar por la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja en caso de crisis matrimonial. En consecuencia, debe prosperar la acción de desahucio por precario cuando "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." (Sentencias 910/2008, de 2 octubre, 1025/2008, de 29 de octubre, 1034/2008 y 1036/2008, de 30 de octubre, 1077/2008, de 13 de noviembre, 1078/2008, de 14 de noviembre, 299/2011, de 30 abril, entre otras).

[STS 614/2020, 17 de noviembre de 2020](#)

Ponente: MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN

Número de Recurso: 2038/2018

Procedimiento: Recurso de casación

Número de Resolución: 614/2020

Fecha de Resolución: 17 de Noviembre de 2020

Emisor: Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil

Id. vLex VLEX-852421851

Link: <https://app.vlex.com/#vid/852421851>

En Madrid, a 17 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.ª Coro, representada por el procurador D. Daniel Búfala Balmaseda y bajo la dirección letrada de D. Luis Serrano Polo, contra la sentencia n.º 82/2018, de 8 de marzo, dictada por la Sección 6.ª de la

Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 2667/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 350/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Coria del Río, sobre desahucio por precario. Ha sido parte recurrida D. Romualdo, representado por el procurador D. Clemente de la Cruz Rodríguez Arce y bajo la dirección letrada de D. José Antonio Cumplido González.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Tramitación en primera instancia

1. - D. Romualdo interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Coro, en la que solicitaba se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:
"Primero.- Declare que la ahora demandada ocupa la vivienda sita en la URBANIZACION000, CARRETERA000, Parcela n.º NUM000 en el municipio de Coria del Río, en situación de precario.
"Segundo.- Declare haber lugar al desahucio por precario del inmueble sito en la URBANIZACION000, CARRETERA000, Parcela n.º NUM000 en el municipio de Coria del Río.
"Tercero.- Condene a la demandada a dejar libre, vacua y expedita la mencionada finca a disposición de la parte actora, bajo apercibimiento de lanzamiento si no lo efectuara en plazo legal.
"Cuarto.- Sean impuestas las costas del presente procedimiento a la parte demandada".
2. - La demanda fue presentada el 29 de abril de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Coria del Río, fue registrada con el n.º 350/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.
3. - D.ª Coro contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:
"dicte sentencia desestimatoria de la pretensión formulada de contrario, debiéndose acoger los siguientes pronunciamientos:
"1.º- La desestimación de la demanda, acordando no haber lugar al desahucio por precario.
"2.º- La expresa condena en costas".
4. - Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Coria del Río dictó sentencia de fecha 19 de diciembre de 2016, con el siguiente fallo:
"Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador D. Clemente de la Cruz Rodríguez en nombre y representación de D. Romualdo contra D.ª Coro, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones que se contenían en su contra en la demanda entablada, no habiendo lugar al desahucio por precario

pretendido; ello con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas en el presente procedimiento".

SEGUNDO

Tramitación en segunda instancia

1. - La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Romualdo.
2. - La resolución de este recurso correspondió a la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 2667/2017 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 8 de marzo de 2018, con el siguiente fallo:

"Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Romualdo frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 1 de Coria del Río, recaída en autos 350/16, la que revocamos y dejamos sin efecto. En su lugar, y previa estimación de la demanda interpuesta por dicha parte apelante frente a Coro (sic), declaramos que ésta viene ocupando sin título alguno la vivienda sita en URBANIZACION000, CARRETERA000, Parcela NUM000, declaramos haber lugar al desahucio por dicha situación de precario de la referida finca, condenamos a dicha parte demandada al desalojo de la vivienda, dejándola libre y expedita y a disposición de la parte actora, bajo apercibimiento de lanzamiento si no lo hiciere en el plazo que se le fije en ejecución de sentencia. Le condenamos al pago de las costas correspondientes a la primera instancia. No hacemos especial pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada".

TERCERO

.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1. - D.ª Coro interpuso recurso de casación.
Los motivos del recurso de casación fueron:
"Primero.- Por razón del interés casacional, modalidad del [art. 477.2.3.º](#) de la LEC basado en vulneración de jurisprudencia del Tribunal Supremo.
"(...)
"Normas infringidas al supuesto objeto del procedimiento: arts. [361](#), [453](#) y [454 CC](#).
"Segundo.- Por razón del interés casacional, modalidad del [art. 477.2.3.º](#) de la LEC, basado en jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, motivo alegado con carácter subsidiario y/o alternativo al primer motivo de casación ya desarrollado y solo para el supuesto de que este fuera desestimado.
"(...)
"Normas infringidas aplicables al supuesto objeto del procedimiento: arts. [361](#), [453](#) y [454 CC](#)".

2. - Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 3 de junio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:
"LA SALA ACUERDA:
"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Coro contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.ª) en el rollo de apelación n.º 2667/2017, dimanante de los autos de juicio verbal de desahucio por precario n.º 350/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Coria del Río".
3. - Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.
4. - Por providencia de 8 de octubre de 2020 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 3 de noviembre de 2020, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Antecedentes

El presente recurso versa sobre la oposición al desahucio por precario de quien ha contribuido a sufragar gastos de construcción de la vivienda edificada en suelo ajeno.

Interpuesta demanda de desahucio por precario por el dueño del suelo, la demandada se opuso alegando que ella había contribuido económicamente a la construcción de la vivienda e invocó los arts. 361 CC y 453 CC. El juzgado consideró que el "derecho de retención" que resulta de estos preceptos es título suficiente para enervar la acción de desahucio y desestimó la demanda. La Audiencia estimó el recurso de apelación del demandante y declaró haber lugar al desahucio. Interpone recurso de casación la demandada y su recurso va a ser estimado.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. - El Sr. Romualdo ejercitó una acción de desahucio por precario contra la Sra. Coro. Afirmaba haber adquirido en abril de 1991 mediante documento privado de compraventa una finca sobre la que construyó una vivienda unifamiliar en la que, por mera liberalidad suya, desde 2005 vivieron su hijo y la esposa del mismo, la Sra. Coro, hasta que en 2015 recayó sentencia de divorcio por la que se le adjudicó a ella el uso de la vivienda en compañía de sus tres hijos.
Solicitaba la declaración de que la demandada ocupa la vivienda en situación de precario, la declaración de haber lugar al desahucio y la condena a la demandada a

dejar libre, vacua y expedita la mencionada finca, bajo apercibimiento de lanzamiento.

2. - La Sra. Coro se opuso alegando que el demandante dividió en dos partes la finca y cedió gratuitamente la mitad a ella y al entonces su esposo, de modo que fueron ellos quienes, desde finales del año 2004 hasta mediados de 2006, construyeron la vivienda.

Razonó que la vivienda se integró en su sociedad de gananciales (art. 1359 CC), de modo que el dueño del predio no es dueño de lo edificado mientras no pague la indemnización prevista legalmente (art. 361 CC), correspondiendo hasta entonces a quien edificó de buena fe un derecho de retención sobre lo construido (art. 453 CC), lo que constituye un título que le legitima para continuar en la ocupación de la finca y oponerse al desahucio.

3. - El juzgado dictó sentencia por la que desestimó la demanda. Su razonamiento fue el siguiente:

"Tras el examen de la documental aportada, se considera acreditado que dicha edificación existente en la parcela fue ejecutada vigente el matrimonio del hijo del actor con la demandada, no resulta que fuera costeadada y realizada en su totalidad por D. Romualdo como este afirma en su escrito de demanda, todo lo contrario pues la documentación aportada documentos n° 3 y ss. de la demanda (sic) (todas las facturas, presupuesto de obra, albaranes de entrega de la obra en cuestión) aparecen a nombre de la demandada y el hijo del actor, fechados en los años 2004 y 2005, constante el matrimonio y se presume con dinero ganancial, siendo reconocido por el actor que desde dicha fecha residían en la vivienda.

"Por tanto, habiéndose probado que la construcción fue abonada al menos en parte por la demandada, ha de considerarse aplicable a la situación de autos el art. 453 CC, de lo que resulta que si el poseedor, de buena fe, y así hay que entenderlo por cuanto que la ocupación del inmueble como las obras se hicieron con la anuencia de la propiedad, realiza construcciones o mejoras de entidad en el inmueble, tiene derecho a ser resarcido por ello si la propiedad opta por hacerlas suyas y mientras no se produzca ese resarcimiento, la propiedad no puede recuperar la posesión del mismo en virtud del derecho de retención a favor del poseedor que confiere el artículo 453. Tal derecho de retención constituye, en definitiva, un título suficiente para enervar la acción de desahucio que se ejercita en el presente procedimiento".

4. - El demandante interpuso recurso de apelación en el que sostuvo que, de acuerdo con la jurisprudencia, el precarista no tiene derecho de retención; que el derecho de crédito contra el demandante debió ser declarado en la disolución y liquidación de los gananciales del matrimonio formado por el hijo del actor y la demandada o ventilarse en el declarativo correspondiente, pero no en el procedimiento iniciado por él para el desalojo; que el juzgado había valorado mal la prueba porque no estaba acreditado que todos los materiales adquiridos según las facturas y albaranes presentados por la demandada se emplearan en la construcción de la vivienda.

La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante con el siguiente razonamiento:

"La sentencia resuelve la litis mediante la aplicación del art. 453 CC, al reconocerle a quien ha edificado sobre el suelo ajeno un derecho de retención hasta tanto le

sea indemnizado sobre los construido. Mas ello no es así, como con razón, e invocación jurisprudencial, afirma el apelante, porque, conforme dicha jurisprudencia, ello no tiene lugar cuando el que construye sabe hacerlo sobre finca que no le pertenece, en el presente caso el suelo propiedad del demandante. Al contrario, el [art. 361 CC](#) citado, contempla el otorgamiento al propietario del suelo del derecho a elegir, pudiendo continuar con la titularidad del los (sic) construido indemnizando al constructor de ello. No puede decirse, como se afirma, que se esté utilizando este procedimiento para el reconocimiento a favor del demandante de un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales en contra del demandante, sino que de lo que se trata es de que la demandada solo ostentaría el derecho indemnizatorio por razón de los gastos efectuados en la construcción de la vivienda sobre el suelo propiedad del demandante, pero, negado el derecho de retención como ya se ha visto, la conclusión valorativa es la ocupación de la vivienda sin título que le legitime para ello, pues su único derecho es, como queda afirmado, el indemnizatorio. No puede reconocérsele pues un derecho a retener una cosa sobre la que ningún derecho o titularidad jurídica tuvo ni ostentó. Por consiguiente, y conforme indicada jurisprudencia, el precarista nunca ostenta un derecho de retención. Procede, en consecuencia, revocar la resolución recurrida y estimar la demanda de desahucio".

5. - La Sra. Coro interpone recurso de casación.

SEGUNDO

Recurso de casación

1. - Fundamentación del recurso.

El recurso consta de dos motivos. En ambos se invoca vulneración de los arts. [361](#), [453](#) y [454 CC](#) y se plantea la misma cuestión, la existencia de un derecho de retención del constructor de buena fe sobre la edificación de nueva obra ejecutada desde los cimientos, con materiales propios y en suelo ajeno, derecho que supondría un título contradictorio al de la propiedad del suelo del actor y que legitimaría a la demandada y recurrente en casación para continuar con la ocupación de la finca cuya desposesión se pretende con la acción de desahucio ejercitada hasta que se le abone la correspondiente indemnización.

El primer motivo justifica el interés casacional por oposición a la jurisprudencia de la sala, representada por las SSTS 63/2006, de 9 de febrero, de 31 de diciembre de 1987 y 123/2018, de 7 de marzo.

El segundo motivo, planteado con carácter subsidiario y/o alternativo, justifica el interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la procedencia de la acción de desahucio cuando se ha construido de buena fe en suelo del demandante.

2. - Oposición de la parte recurrida.

La parte recurrida alega: que no se acredita el interés casacional; que la sala se ha pronunciado recientemente sobre el problema planteado en la sentencia 123/2018, de 7 de marzo, en sentido contrario a lo que sostiene la recurrente; que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales está en función de la diversa base

fáctica; y que la sentencia recurrida no se ha pronunciado sobre la propiedad de lo construido.

Por lo que se dice a continuación, el recurso de casación va a ser estimado.

3. - Decisión de la sala. Estimación del recurso.

El recurso se estima por las siguientes razones.

i) Debemos estar a la doctrina de la sala sobre la cuestión jurídica litigiosa y, por ello, el primer motivo del recurso va a ser estimado, dado que la sentencia recurrida es contraria a la interpretación jurisprudencial de los arts. 361 y 453 CC.

Con ello, además, damos respuesta al óbice de inadmisibilidad de la parte recurrida acerca de la inexistencia de interés casacional.

ii) En el caso, el juzgado consideró aplicable el art. 361 CC en atención a que la edificación existente en la finca del demandante fue costeadada, al menos en parte, por la demandada y quien entonces era su marido, y a que la ocupación de la finca y las obras se hicieron con anuencia de la propiedad.

La razón por la que la sentencia recurrida estima la demanda de desahucio es porque, partiendo de la aplicación del art. 361 CC, considera que este precepto solo otorga al propietario del suelo una opción, pero no le impide reclamar la posesión aunque no haya pagado indemnización alguna. Esta interpretación del art. 361 CC no es correcta, tal y como resulta de la remisión de este precepto al art. 453 CC y de la interpretación realizada por esta sala.

iii) Disponen estos preceptos (cuya infracción se denuncia en el recurso de casación) lo siguiente.

" Artículo 361 CC: "El dueño del terreno en que se edifique, sembrare o plantare de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente".

" Artículo 453 CC: "Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.

"Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa".

iv) Es decir, a falta de una solución convenida, el art. 361 CC permite al dueño del terreno en el que se edifica de buena fe que opte entre "hacer suya la obra" (previa la indemnización establecida en los arts. 453 y 454 CC) o ceder el terreno a cambio del precio.

El art. 361 CC no atribuye automáticamente la propiedad de lo construido al dueño del suelo, sino que la supedita al ejercicio de la opción y al pago de la indemnización calculada conforme a los criterios de los arts. 453 y 454 CC. Así lo han destacado las sentencias 1/1928, de 2 de enero; 705/1985, de 25 de noviembre; 22/1986, de 24 de enero; 623/1986, de 27 de octubre; y de 22 de julio de 1993, Rc. 2736/1990.

Hasta que el dueño del suelo no ejercita la opción, el tercero es el dueño de la obra y poseedor de buena fe del terreno ocupado, que forma un todo con lo edificado aunque siga perteneciendo al dueño de la finca. De ahí que el dueño del suelo no puede reclamar la posesión de su finca ni la propiedad de lo construido mientras no abone la indemnización.

Literalmente, como consecuencia de la remisión al art. 453 CC, el tercero tiene un derecho de retención. La jurisprudencia de esta sala ha reiterado que en caso de buena fe del incorporante -es decir, quien construye creyendo que es titular de un derecho que le permite construir y adquirir lo construido- no se da la propia accesión:

"[el art. 361 CC], interpretado no sólo en su sentido literal, sino atendiendo al espíritu que le informa, conduce a estimar, que mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado, y, por el contrario, el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el art. 453 del mismo Código, que se cita en el art. 361" (sentencias 137/1928, de 21 de mayo, 95/1948, de 18 de marzo, 876/1987, de 31 de diciembre, de 15 de febrero de 1999, Rc. 2368/1994, y 63/2006, de 2 de febrero).

v) La aplicación al caso de esta doctrina determina que estimemos el recurso de casación y, al asumir la instancia, desestimemos el recurso de apelación del demandante y confirmemos la sentencia de primera instancia.

Como bien advirtió la sentencia recurrida, la demandada no ha hecho valer un derecho de crédito de la sociedad de gananciales contra el demandante por la construcción en el suelo de su propiedad, sino solo la existencia de un título para oponerse al desahucio por precario pretendido, y tal título existe y deriva de la contribución a la construcción de la vivienda en el suelo del demandante.

Cuando la posesión es simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, de modo que el disfrute o simple tenencia de la cosa lo es sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, hay precario, y la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño (sentencias 134/2017, de 28 de febrero, 300/2015, de 28 mayo, y 1022/2005 de 26 diciembre, entre otras).

Pero, en el caso, la situación por la que la demandada ocupaba junto a su marido la vivienda construida sobre la finca del demandante no era la propia de una precarista, ni por tanto puede calificarse como tal el uso que siguió haciendo después de la crisis conyugal. La demandada no disfruta de la posesión por la simple cesión de quien se dice propietario de la vivienda y no se puede negar la inversión en su construcción de la demandada y su marido.

El juzgado consideró probado que la demandante, junto con su esposo, sufragó gastos de construcción de la vivienda y la sentencia recurrida, al negar el derecho de retención en el ámbito del art. 361 CC, lo dio por supuesto. Esta sala, una vez estimado el recurso de casación y asumida la instancia, confirma la valoración del juzgado, pues a la vista de las facturas que constan a nombre de la demandada y su marido y de los albaranes de entrega en el lugar donde se encuentra la finca litigiosa, hay que concluir que contribuyeron a los costes de realización de la vivienda. La buena fe no puede negarse porque supieran que la finca no les pertenecía si las obras se hicieron, como dice el juzgado, con anuencia de la propiedad.

En definitiva, se hace patente en este juicio que la cuestión que debe ventilarse no es meramente posesoria, sino que afecta a la titularidad dominical, lo que descarta la situación de precario.

vi) En aras de dar respuesta a las cuestiones planteadas por el demandante conviene aclarar que la jurisprudencia que invoca, y en la que se apoyó la sentencia

recurrida para estimar su recurso de apelación, trata de supuestos en los que no se aplicó el [art. 361 CC](#).

Ahora, en su escrito de oposición al recurso de casación, el demandante-apelante invoca la sentencia 123/2018, de 7 de marzo. La doctrina de esta sentencia (que también es citada por la recurrente) tampoco favorece al demandante. En un caso en el que se realizan obras de conservación y mejora sobre el inmueble cedido, la mencionada sentencia reiteró la jurisprudencia que niega al precarista un derecho de retención en atención a los gastos realizados sobre la cosa poseída a título de precario como título para evitar un desahucio. La sentencia se cuidó de precisar las razones por las que en el caso que resolvía no se aplicaba el criterio de la jurisprudencia que aplica el [art. 361 CC](#). En definitiva, se ocupa de un supuesto fáctico distinto al que aquí se trata.

Finalmente, con el fin de evitar confusiones, esta sala quiere precisar que el supuesto que da origen a este recurso también es diferente del abordado por una jurisprudencia reiterada sobre la cesión gratuita de vivienda y su calificación como precario, por lo que no la contradice. En efecto, existe una jurisprudencia consolidada de esta sala de la que resulta que, cuando un tercero -frecuentemente en la práctica los padres de uno de los miembros de una pareja, casada o no- cede gratuitamente el uso de una vivienda para que sirva a su uso genérico de vivienda, para cubrir la necesidad de alojamiento de esa unidad familiar, sin fijar un plazo determinado ni un uso específico al que deba destinarse, no hay comodato (cfr. [art. 1750 CC](#)) sino precario, lo que permite recuperar la vivienda cuando cesa el único título que justificaba la posesión de sus ocupantes, la voluntad de quien cedió el uso ([art. 250.1.2.ª LEC](#)). La situación de precario no puede cambiar por la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja en caso de crisis matrimonial. En consecuencia, debe prosperar la acción de desahucio por precario cuando "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" (sentencias 910/2008, de 2 octubre, 1025/2008, de 29 de octubre, 1034/2008 y 1036/2008, de 30 de octubre, 1077/2008, de 13 de noviembre, 1078/2008, de 14 de noviembre, 299/2011, de 30 abril, entre otras).

TERCERO

Costas

La estimación del recurso de casación determina que no proceda la imposición de las costas devengadas por este recurso.

La estimación del recurso de casación determina la desestimación del recurso de apelación interpuesto en su día por el Sr. Romualdo, por lo que procede la imposición de costas de la apelación al apelante.

Se imponen al demandante las costas de la primera instancia, dada la desestimación de su demanda.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. - Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Coro contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.ª) en el rollo de apelación n.º 2667/2017.

2º. - Casar y anular la mencionada sentencia, que declaramos sin valor ninguno y, en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Romualdo contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Coria del Río de fecha 19 de diciembre de 2016, que confirmamos íntegramente.

3º. - No imponer las costas de casación y ordenar la restitución del depósito constituido para la interposición de este recurso.

4º. - Imponer a D. Romualdo las costas de la apelación y las de primera instancia.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.