

EDJ 2003/7913

Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 19-2-2003, nº 57/2003, rec. 60/2003
Pte: Martínez Montero de Espinosa, Enrique

Resumen

El propietario de un inmueble cede su uso y disfrute a un hijo suyo y a su cónyuge. Tras el divorcio de ambos se atribuye el uso de la vivienda, como domicilio conyugal, al cónyuge que no es hijo del propietario. Recae sentencia en primera instancia declarando la propiedad de la parte actora y condena a los demandados ocupantes de la vivienda a restituir la posesión y a desalojar la misma. Recurren estos en apelación y la Audiencia sólo estima su recurso en cuanto al pronunciamiento sobre costas, pero ratifica la sentencia de instancia pues considera que los ocupantes de la vivienda lo son en precario, pues la sentencia de separación o divorcio, que les atribuía el uso de la vivienda, no es oponible a tercero sólo surte efecto en las relaciones entre cónyuges. A pesar de las diferentes posturas jurisprudenciales existentes la AP mantiene que, en el presente caso, estamos ante una situación de precario y no de un comodato.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1740 , art.1749

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ARRENDAMIENTOS URBANOS

CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Juicio de desahucio

Precario

Concepto

PRÉSTAMO

COMODATO

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Juicio Ordinario

Legislación

Aplica art.1740, art.1749 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.394apa.1, art.398apa.1, art.463 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.24, art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.90, art.96, art.103, art.1741, art.1742, art.1743, art.1744, art.1745, art.1746, art.1747, art.1748, art.1750, art.1751, art.1752 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Concepto por SAP Málaga de 30 septiembre 2005 (J2005/241832)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP Badajoz de 20 mayo 2005 (J2005/244798)

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP Badajoz de 8 julio 2005 (J2005/244900)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP Las Palmas de 29 abril 2005 (J2005/64738)

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Prueba, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Concepto por SAP Valencia de 23 marzo 2007 (J2007/134227)

Citada en el mismo sentido sobre PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por SAP Valencia de 2 noviembre 2007 (J2007/313822)

Citada en el mismo sentido sobre PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por STS Sala 1ª de 22 octubre 2009 (J2009/245662)

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos por SAP Málaga de 30 diciembre 2009 (J2009/371818)

Citada en el mismo sentido sobre PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por SAP Albacete de 28 enero 2011 (J2011/23263)

Cita SAP A Coruña de 29 enero 2002 (J2002/7282)

Cita SAP Ciudad Real de 6 julio 2001 (J2001/76639)

Cita SAP Cáceres de 31 mayo 2001 (J2001/27578)

Cita SAP A Coruña de 13 marzo 2001 (J2001/13663)

Cita SAP Girona de 28 noviembre 2000 (J2000/58692)

Cita SAP Asturias de 11 abril 2000 (J2000/22799)

Cita SAP Badajoz de 2 febrero 2000 (J2000/5048)

Cita SAP Pontevedra de 3 septiembre 1998 (J1998/22581)

Cita SAP A Coruña de 27 mayo 1998 (J1998/13540)

Cita SAP Valladolid de 7 noviembre 1997 (J1997/19774)

Cita SAP Pontevedra de 7 mayo 1997 (J1997/3032)

Cita STS Sala 1ª de 2 diciembre 1992 (J1992/11914)

Bibliografía

Citada en "El derecho de uso de vivienda por cónyuge no propietario"

Citada en "La atribución del uso de vivienda familiar: una gran asignatura pendiente, necesitada de urgente reforma"

Citada en "El precario en las relaciones familiares"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- en mencionados autos se dictó sentencia con fecha 21/11/2002 por la Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia de Jerez de los Caballeros, cuyo fallo es el siguiente:

"Que estimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Pérez Montes en nombre y representación de D. Pablo, contra Dª Guadalupe y D. Enrique, debo declarar y declaro la propiedad de la actora sobre la vivienda referida en el fundamento jurídico primero de esta resolución y condeno a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a restituir a la actora en la posesión del citado inmueble, dejándolo libre y expedito y apercibiéndole de que si no la desalojan dentro del término legal, será lanzada de ella y a su costa, todo ello con expresa condena en costas a la demandada".

Se aceptan, en cuanto son relación de trámites y antecedentes, los de la resolución apelada.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, recurso de apelación; por Dª Guadalupe y D. Enrique; defendidos por el Letrado D. Jesús Mogío; emplazando a las demás partes por un plazo de diez días para que presentasen escrito de oposición al recurso o en su caso de impugnación; oponiéndose al recurso interpuesto; Dª Pablo; defendida por el Letrado D. Rafael Carrascal Morillo; y formalizado el trámite de oposición al recurso; conforme a lo establecido en el art. 463 de la Ley 1/2000 EDL 2000/77463 se remitieron los autos a este Tribunal para la resolución del recurso de apelación interpuesto; registrándose y turnándose el mismo de ponencia, correspondiéndole el núm. 60/2003; no habiéndose celebrado vista pública; y no habiéndose propuesto prueba; quedando los autos sobre la mesa de la Sala y proveyentes para sentencia.

Observadas las prescripciones legales de trámite.

Vistos siendo ponente el Magistrado Ilmo Sr. D. Enrique Martínez Montero de Espinosa, Presidente del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte demandada solicitó en su escrito de interposición del presente recurso de apelación la revocación de la sentencia de instancia y que en su lugar se dictase otra por la que se absolviese a sus representados de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, alegando en primer lugar la concurrencia de dos excepciones, la primera de inadecuación de procedimiento y la segunda falta de litis consorcio pasivo necesario y en segundo lugar y en cuanto al fondo alegó la existencia de justo título para ocupar la vivienda, impugnando igualmente el pronunciamiento sexto en cuanto al pronunciamiento que el mismo hizo en materia de costas; mientras que por otro lado la representación procesal de la parte actora solicitó la confirmación íntegra de la resolución impugnada por estimar que la misma se encontraba ajustada a derecho.

SEGUNDO.- Centrado pues en estos términos el debate hemos de comenzar por el estudio de las excepciones propuestas pues su hipotético acogimiento nos vedaría entrar a conocer del fondo del asunto, en primer lugar y con respecto a la inadecuación de procedimiento consta acreditado que la hoy actora inicio en su día un procedimiento de juicio de desahucio por precario, pretensión que fue desestimada mediante sentencia de fecha 23-2-1999 (folios 26 a 28 ambos inclusive) y que fue ratificada por la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial mediante sentencia de 14-5-1999 (folios 29 a 31 ambos inclusive) ambas resoluciones concluyen que no puede darse lugar al desahucio por precario, que era en lo que realmente se fundamentaba la pretensión de la actora por considerar que la adjudicación del uso de la vivienda por sentencia judicial dictada en procedimiento de separación era justo título, añadiendo esta última resolución que el procedimiento adecuado tampoco era el establecido para la modificación de medidas y al que hacía referencia el juzgador a quo, luego a dicha parte no le quedaba otro cauce procesal que la acción declarativa hoy ejercitada, y que aunque sus fundamentos jurídicos no comparte plenamente esta Sala y por las razones que mas adelante se dirán, si resulta adecuado el cauce del juicio ordinario para solventar la cuestión debatida, pues en caso contrario produciríamos en la actora una gravísima indefensión al habersele vedado, aunque a nuestro criterio indebidamente, la acción de desahucio por precario, lo cual infringiría el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 que también alcanza al derecho de las partes a obtener una decisión fundada en derecho que resuelva definitivamente la controversia, si no existiesen impedimentos procesales insubsanables que lo impidieran, lo cual no se da en el presente supuesto, lo que nos lleva a desestimar la concurrencia de dicha excepción.

TERCERO.- En segundo lugar y con respecto a la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario igualmente alegada por los demandados debemos señalar que el principio general de derecho que establece que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, hoy de rango constitucional en virtud de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , el de veracidad de la cosa juzgada y la necesidad de evitar fallos contradictorios, exigen que la relación jurídico procesal se constituya validamente mediante la llamada a juicio a cuantos elementos subjetivos estén vinculados frente al actor de forma conexa e independiente en el negocio sustantivo de que nace la acción que se va a ejercitar ante los Tribunales y que pueden verse afectadas por el fallo judicial, debiendo velar los Tribunales por esta correcta constitución de la relación jurídico procesal, lo que encarna en la institución de litis consorcio pasivo necesario, así las cosas tenemos que el actor ha demandado a los dos únicos ocupantes de la vivienda y que son quienes se pueden oponer a la libre disposición de la misma por el actor, por ello y teniendo en cuenta la propia naturaleza de la acción ejercitada, resulta evidente que la presente resolución solo a ellos puede afectar, pues no consta la existencia de ninguna otra persona a quien la misma pueda perjudicar, por lo que la relación jurídico procesal se encuentra correctamente constituida, lo que nos lleva a desestimar este otro aspecto del recurso.

CUARTO.- Una vez establecido lo anterior y cuanto al fondo de la cuestión litigiosa diremos que esta se contrae a la problemática que surge cuando unos padres dejan la vivienda a un hijo, a su esposa y a su posible descendencia para que establezcan su domicilio conyugal, y posteriormente se produce una crisis del matrimonio que deriva en nulidad, separación o divorcio, procediendo entonces los propietarios de la vivienda su devolución al cónyuge al que su uso le fue atribuido por resolución judicial, con respecto a ello hemos de reseñar que hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 2-12-1992 EDJ 1992/11914 y a la que hace alusión el hoy recurrente, se mantenía el criterio de que en los supuestos de cesión de una vivienda por los padres de uno de los cónyuges al matrimonio devenía en precario en el momento que se iniciaba una situación de separación o de divorcio, pero con esta sentencia nuestro más Alto Tribunal comienza a considerar que habría que analizar cada caso concreto para, con criterios simples de valoración subjetiva, determinar el derecho de ocupación de la vivienda, pudiendo decirse que del estudio concreto de cada uno de los supuestos, podría determinarse si nos encontramos ante un precario o ante un comodato.

La figura del precario como es bien sabido tiene dos acepciones distintas, una de índole procesal, como procedimiento a través del cual se sustenta un desahucio y otra civil, que es la que en estos momentos nos interesa, y que aunque no tiene una regulación legal específica, la jurisprudencia la ido perfilando siendo reiterada la doctrina sentada por las Audiencias Provinciales y entre ellas y desde muy antiguo por esta Sala, así sentencias entre otras las de 26-1-87, 25-5-87 o 3-11-87, la que ha venido sosteniendo que "se considera precario aquella situación por la que se posee o disfruta una finca rustica o urbana sin pagar renta o merced o sin título legitimador o justificativo de la misma, bien por que nunca halla existido título o bien porque, habiéndolo habido, este sea nulo o haya devenido ineficaz".

Por el contrario tenemos que el comodato si tiene regulación legal, y así el Código Civil en sus artículos 1.740 a 1.752 EDL 1889/1 lo define como un préstamo por el que una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, conservando el comodante la propiedad de la cosa y adquiriendo el comodatario tan solo el uso de la misma, aunque no sus frutos. El artículo 1.749 EDL 1889/1 prevé la posibilidad de fijar el comodato no solo por cierto tiempo sino también por un uso determinado, estableciendo además que no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluir el uso para el que se prestó, en el supuesto hoy contemplado y de la acreditado en el procedimiento se evidencia que la cesión de la vivienda por la actora a favor de su hijo se efectuó para un uso determinado y que no es otro que fijar en el mismo el domicilio conyugal.

QUINTO.- Es necesario reconocer que la jurisprudencia no es pacífica con respecto a sí dicha situación, es decir la cesión de la vivienda por razón de matrimonio y para establecer el domicilio conyugal, constituye un comodato o un precario, hay un sector que podríamos denominar minoritario que considera que dicha figura constituye un comodato, considerando improcedente la acción de desahucio por precario cuando la ocupación viene condicionada por una relación familiar, estableciendo algunos Tribunales que cuando existe relación familiar entre las partes, el juicio sumario de precario no es aplicable, por llevar implícito una cuestión compleja, mientras que otros, por el contrario estiman valido dicho procedimiento por entender que no existe ningún extremo que no pueda solventarse en el mismo, insistiendo igualmente los partidarios del comodato en la primacía del principio de protección de la familia (artículo 39 de la Constitución EDL 1978/3879) y considerando título suficiente la adjudicación de la vivienda acordada en sentencia de separación

o divorcio, sentencias entre otras A.P. Ciudad Real 14-4-92 o 6-7-2001 EDJ 2001/76639 , Cáceres 31- 5-2001 EDJ 2001/27578 o de Cádiz 4-3-2002 EDJ 2001/27578 .

SEXTO.- Por otro lado existe una corriente jurisprudencia digamos mayoritaria y que es la acogida desde hace mucho por esta Sala que defiende que la situación jurídica del ocupante del inmueble en este tipo de supuestos es la de precario, fundamentándolo en:

a) La sentencia dictada en un procedimiento matrimonial ya sea de separación o de divorcio no es título suficiente por no ser "oponible a terceros", como apunta la mayor parte de la jurisprudencia.

b) La resolución judicial recaída en un procedimiento matrimonial, solo resuelve las cuestiones suscitadas entre los cónyuges y no puede tener consecuencias jurídicas fuera de dicho proceso matrimonial y por lo tanto tampoco puede producir efectos contra terceros, ello conlleva que la atribución dada en la sentencia dictada en el procedimiento matrimonial del uso de la vivienda al cónyuge no titular "no constituye título alguno, puesto que no crea, modifica ni extingue relación jurídica que los cónyuges pudieran tener con terceros".

Así en orden a la eficacia frente a terceros de las sentencias dictadas en procedimientos matrimoniales y en referencia a la atribución del uso del domicilio familiar, no cabe presentar como título de posesión la resolución judicial de concesión del uso de la vivienda en una procedimiento de familia (artículos 90, 96 EDL 1889/1 y 103 del Código Civil EDL 1889/1) pues esta resolución sólo resuelve las relaciones entre los cónyuges, pero no puede alterar la situación jurídica del bien frente a terceros, como el propietario de la vivienda, que no sea, a su vez uno de los cónyuges, pues la atribución de la vivienda no puede generar un derecho inexistente y si solo proteger el que la familia ya tuviese antes, de modo que si la situación era de precario, esta no se modifica por la atribución del uso a la esposa en un procedimiento matrimonial, dicho de otra manera "el hecho de que la sentencia recaída en el pleito de separación matrimonial atribuyendo a la demandada e hijo la vivienda reclamada no constituye título que excluya el precario o que de alguna forma obste a que se lleve a cabo el desahucio, pues dicha atribución afecta simplemente al uso pero no al título", no debiendo olvidarse que la actora, titular dominical no fue parte ni podía serlo en la litis de referencia (proceso matrimonial), y que el derecho dominical que se le reconoce es ajeno e inmune por ello a las acciones allí desarrolladas, las que en ningún caso pueden perturbarlo ni menoscabarlo, en este sentido tenemos las sentencias de la A.P. de Valladolid de 7-11-97 EDJ 1997/19774 o de esta propia Audiencia Provincial de 6-4-1992, igualmente es reiterada la jurisprudencia que ha venido estableciendo que no es posible aplicar la figura del comodato debido fundamentalmente a que en dichos supuestos normalmente no se establece ni tiempo fijo ni uso por lo que no se cumplen los requisitos exigidos por la Ley para poder presumir que nos encontramos ante un comodato, es mas, el posible comodato devendría en precario tras la ruptura matrimonial, pues aún en el supuesto de que la situación inicial (vigente el matrimonio) se considerase como comodato, este trocaría en precario, pues al romperse el vínculo matrimonial desaparece el uso específico para el que fue destinado la vivienda, que es el de servir la misma para hogar familiar, por tanto quienes ocupaban la vivienda en precario no pueden pretender después de la separación o divorcio una protección posesoria superior a la que tenían inicialmente, en este sentido tenemos las sentencias de las A.P. de Gerona de 28-11-2000 EDJ 2000/58692 o de La Coruña de 29-1-2002 EDJ 2002/7282 , finalmente debemos añadir que de aceptarse la figura del comodato se produciría una indefensión al titular de la vivienda pues dicha figura permitiría a la persona no titular disfrutar vitaliciamente de la vivienda y privaría al titular incluso de derechos que se le otorgan al arrendador frente al arrendatario tal y como ya dijo esta Audiencia Provincial en sentencia de 2-2-2000 EDJ 2000/5048 , tesis también sostenida por las sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias de 11-4-2000 EDJ 2000/22799 , La Coruña de 27-5-1998 EDJ 1998/13540 ó 13-3-2001 EDJ 2001/13663 , Pontevedra de 7- 5-97 EDJ 1997/3032 y 3-9-98 EDJ 1998/22581 , en resumidas cuentas debemos reseñar que la mayor parte de la jurisprudencia aboga por la tesis de que la situación en que se encuentra el cónyuge ocupante es la de precario, solución que nos parece la mas razonable desde el punto de vista lógico y jurídico, ya que en primer lugar una sentencia de separación o divorcio no es oponible a tercero y además no se cumplen los requisitos que el propio Código Civil EDL 1881/1 exige para el comodato y en segundo lugar porque si se aceptase la tesis del comodato nos encontraríamos ante una situación eminentemente injusta pues privaría al dueño de una vivienda de los derechos mas básicos que nuestro ordenamiento jurídico concede al propietario.

En consonancia con lo anterior y teniendo en cuenta que los demandados en ningún momento discuten la titularidad de la vivienda y acreditada la ocupación indebida de la misma, resulta evidente, al menos para esta Sala y por las razones expuestas con anterioridad, que el recurso no puede prosperar debiéndose pues confirmarse la resolución impugnada en cuanto a dichos aspectos se refiere.

SÉPTIMO.- Por último y en cuanto al pronunciamientos que la sentencia de instancia hizo en el fundamento jurídico sexto en cuanto a materia de costas se refiere y que las impuso únicamente con respecto a la acción reivindicatoria, diremos que esta Sala, teniendo en cuenta las divergencias tanto doctrinales como jurisprudenciales existente en cuanto a la materia objeto de esta litis, considera procedente revocar dicho pronunciamiento y no hacer expresa imposición con respecto a las costas de primera instancia y ello conforme a lo dispuesto en el artículo 394-1º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , por existir dudas de derecho mas que suficientes como para justificar dicho pronunciamiento.

OCTAVO.- Dada la naturaleza de la presente resolución y por la que se estima parcialmente el presente recurso de apelación la Sala estima procedente no hacer tampoco expresa imposición con respecto a las costas originadas en esta alzada y ello en virtud de lo dispuesto en el núm. 1 del artículo 398 de la citada Ley Procesal EDL 2000/77463 .

Vistos los artículos citados, concordantes y demás preceptos legales de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando como estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los demandados D^a Guadalupe y D. Enrique contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Jerez de los Caballeros en los autos de juicio ordinario seguidos en dicho juzgado bajo el núm. 221/2002 y a los que la presente resolución se contrae, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma y en el único sentido de que no procede hacer expresa imposición con respecto a las costas originadas en primera instancia dejándose subsistentes el resto de los pronunciamientos contenidos en la resolución impugnada y todo ello sin que tampoco proceda hacer expreso pronunciamiento con respecto a las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la anterior Sentencia a las partes personadas y firme que sea la presente resolución y con certificación literal a expedir por el Sr. Secretario de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el Libro-Registro de Sentencias de esta Sección.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo acordamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. al margen relacionados. Enrique Martínez Montero de Espinosa.- Jesús Plata García.- Rafael Martínez de la Concha y Álvarez del Vayo.

Publicación: Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia, en el día de la fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique Martínez Montero de Espinosa, Ponente en estos autos, celebrando audiencia pública la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, ante mi que como Secretario, certifico.

Badajoz a 24 de febrero de dos mil tres.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 06015370012003100022