

# EDJ 2003/149239

Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 5ª, S 3-10-2003, nº 652/2003, rec. 4668/2003  
Pte: Sanz Talayero, Fernando

## Resumen

*Estimando el recurso de apelación interesado por el demandante, la AP revoca la sentencia de instancia y ordena el desahucio por precario de los demandados de la vivienda de la que es usufructuario el apelante. Considera la Sala que el apelante cedió el uso de la vivienda a su hijo para que constituyese el hogar conyugal por su carencia de medios económicos, sin determinación de plazo alguno, lo cual significa la existencia de una situación de precario y no de un comodato, por lo que basta que el usufructuario la reclame para que proceda la entrega de la posesión. La sentencia de separación o divorcio no determina por sí sola la aparición de un título de adquisición originaria del que surja derecho real u obligacional alguno que faculte para el uso de la vivienda. Es un derecho de uso sólo efectivo frente al otro cónyuge, pues sólo a él le afectan los efectos de la cosa juzgada en el pleito matrimonial.*

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DESAHUCIO  
OTROS  
PRÉSTAMO  
COMODATO  
USUFRUCTO  
DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Desahucio

#### Legislación

Cita art.394apa.1, art.398apa.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

#### Jurisprudencia

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 - Concepto por SAP Sevilla de 31 mayo 2010 (J2010/224420)

Citada en el mismo sentido sobre PRÉSTAMO - COMODATO por SAP Sevilla de 17 marzo 2010 (J2010/224549)

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

Cita SAP Sevilla de 17 mayo 2002 (J2002/36324)

Cita STS Sala 1ª de 31 diciembre 1994 (J1994/10330)

#### Bibliografía

Citada en "El precario en las relaciones familiares"

## ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice:

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la acción de desahucio por precario entablada por el Procurador de los Tribunales D. José María Montes Morales, en nombre y representación de D. Juan contra Dª Aurora y D. Juan, declarando no haber lugar al solicitado derecho del demandante a la recuperación de la posesión del inmueble sito en la CALLE000, núm. 000, núm. 001 de esta localidad de Estepa.

Se imponen las costas a la parte actora."

PRIMERO.- Notificada a las partes dicha resolución y apelada por el citado litigante, y admitido que le fue dicho recurso en ambos efectos, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

SEGUNDO.- Por resolución de 1 de septiembre de 2003, se señaló la deliberación y votación de este recurso para el día 30 de septiembre de 2003, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

TERCERO.- En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Sanz Talayero.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante el escrito inicial de estas actuaciones su promotor ejercitó una acción de desahucio por precario de la vivienda sita en calle CALLE000 núm. 000 - núm. 001 de Estepa, de la que es usufructuario, y cuyo uso cedió a su hijo D. Juan, que es el nudo propietario, cuando contrajo matrimonio con D<sup>a</sup> Aurora, habiéndose separado el matrimonio por Sentencia de 14 de marzo de 2003, que atribuyó el uso del domicilio conyugal a la esposa y al hijo que quedó bajo su guarda y custodia.

La Sentencia de instancia desestimó la demanda, alzándose contra ella la parte demandante, que considera que cedió el uso de la vivienda a su hijo para que constituyese el hogar conyugal por su carencia de medios económicos, sin determinación de plazo alguno, por lo que basta que el usufructuario la reclame para que proceda la entrega de la posesión.

SEGUNDO.- La cuestión esencial que ha de dilucidarse para la resolución del conflicto planteado es si el matrimonio disfrutaba de la vivienda en virtud de un comodato o sin título alguno, en situación de precario y por la mera liberalidad del demandante. Asimismo en el supuesto de que disfrutasen del piso por razón de un comodato, habrá que discernir si la situación se mantuvo tras la ruptura matrimonial.

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en situaciones similares a la presente, y tras un nuevo análisis de la cuestión ha de ratificar los criterios contenidos en las Sentencias de 10 de octubre de 2001 (Rollo núm.5309/01) y 17 de mayo de 2002 (Rollo núm. 6960/01) EDJ 2002/36324 .

En primer lugar, hemos de indicar que, como se decía entonces, como criterio general ha de partirse de la consideración de que la sentencia de separación o divorcio (o en su caso, los autos de medidas provisionales) es res inter alios acta respecto de terceros. Ello supone que el pronunciamiento de la sentencia atribuyendo el uso de la vivienda a uno de los cónyuges no crea por sí un título de ocupación ejercitable erga omnes. La resolución judicial, exista o no convenio regulador en que se base, no determina la aparición de un título de adquisición originaria del que surja derecho real u obligacional alguno que faculte para el uso de la vivienda. Este derecho de uso sólo podrá hacerse valer frente al otro cónyuge, pues sólo a él le afectan los efectos de la cosa juzgada en el pleito matrimonial y el concreto deber de ceder el uso exclusivo de la vivienda familiar. En definitiva, frente a terceros únicamente se produce con la sentencia una concentración posesoria o de hecho con base en el mandamiento judicial y que no altera para nada el régimen sustantivo de los derechos en cuya virtud se ocupaba la vivienda familiar durante el matrimonio, debiendo partirse del examen de esa condición de derecho de la que disfrutaba el matrimonio para determinar el derecho que le corresponde al cónyuge a quién judicialmente se atribuye el uso del hogar conyugal con exclusión del otro.

Debe, por, tanto, excluirse sin más que el convenio regulador o la resolución judicial que atribuye la vivienda a uno de los cónyuges en caso de ruptura matrimonial, constituya por sí solo título que pueda esgrimir la parte demandada frente al actor para evitar el desahucio por precario.

TERCERO.- Así pues, el título que la demandada comparecida puede oponer al demandante, padre del esposo y usufructuario de la vivienda, es el que ambos cónyuges tenían durante la convivencia matrimonial. Llegamos, por tanto, al núcleo de la cuestión, es decir, si el matrimonio disfrutaba de la vivienda como comodatario o en situación de precario y, en el primer caso, si el comodato se mantuvo tras la separación matrimonial.

Esta Sala no desconoce que la cuestión de la calificación de la relación jurídica entre los titulares del piso y el hijo a quién se le cede el uso para que sirva de hogar familiar ha dado lugar a discrepancias en la jurisprudencia de Tribunal Supremo y también de las diversas Audiencias Provinciales. Un sector, cuantitativamente minoritario, ha negado la situación de precario en estos casos. De acuerdo con estas tesis no sólo nos encontraríamos ante un comodato en el caso de una cesión gratuita de vivienda por tiempo determinado, sino también cuando tal cesión se haga para un uso específico, supuesto este último en el que encajaría la cesión para el uso como hogar familiar. En este caso también habría un plazo para la terminación del comodato cuya finalización vendría establecida por la del uso para el que fue cedido, quedando reducida la situación de precario a aquellos casos en que la duración de la cesión quedase supeditada pura y exclusivamente a la voluntad del cedente.

Pero esta Sala no comparte este criterio y, siguiendo la jurisprudencia mayoritaria y más tradicional, considera que en el caso frecuente en que los padres entregan a su hijo una vivienda cuando contrae matrimonio para que vayan a residir en ella, tal cesión de uso y disfrute de la misma, sin exigencia de pago de renta, en principio, constituye jurídicamente un verdadero precario que cesará cuando quiera ponerle fin el cedente, salvo casos excepcionales en que se acredite cumplidamente la voluntad específica de supeditar la terminación de la cesión al fin de un uso concreto y determinado (en este sentido pueden citarse las Sentencias de la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964, 21 de mayo de 1990, 31 de diciembre de 1994 EDJ 1994/10330 ).

En el presente caso el actor cedió gratuitamente la vivienda a su hijo para que constituyese su hogar familiar tras el matrimonio, dada la precariedad económica del mismo. Pero, por un lado, no consta su voluntad de renunciar a recuperarla durante un plazo determinado, pues no se fijó un tiempo concreto de cesión del uso, ni se acredita de forma concluyente que renunciase a recuperarla mientras constituyese el domicilio familiar, pues el demandante sostiene que el motivo de la cesión fue la precariedad económica de su hijo, es decir, que la cesión del uso no estaba sujeta a condición alguna que no fuese la mera liberalidad del cedente en contemplación a las escasas disponibilidades económicas de su hijo.

Y, por otro lado, como la cesión se hizo para que el hijo tuviera una residencia en la que convivir con su esposa, hay que convenir que rota la convivencia conyugal, aun cuando admitiéramos que la cesión se hizo para un uso específico y determinado, resulta evidente que desaparece el fin o uso específico para el que se habría cedido la vivienda, por lo que la demandada comparecida en estas actuaciones se encuentra en una situación de precario con respecto al piso objeto del litigio, estando legitimado al demandante para pedir el desahucio.

CUARTO.- Procede, por consiguiente, la estimación del recurso de apelación y la revocación de la Sentencia recurrida para, con estimación de la demanda, acordar el desahucio de la vivienda ocupada por D<sup>a</sup> Aurora, sin que deba hacerse expresa imposición de las costas procesales causadas en la primera instancia, de acuerdo con el artículo 394.1 de la LEC EDL 2000/77463 y con lo pedido por el actor recurrente en su recurso, pues el asunto presenta serias dudas de derecho, con jurisprudencia contradictoria sobre la materia.

QUINTO.- En cuanto a las costas originadas en esta alzada, no ha lugar a hacer especial imposición dada la estimación del recurso de apelación, a tenor de lo que dispone el art. 398-2 de la LEC de 2000 EDL 2000/77463 .

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

## FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuestos por la representación procesal del demandante D. Juan Ignacio, contra la Sentencia dictada el día 4 de diciembre de 2002, por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm.1 de Estepa (Sevilla), en los autos de juicio verbal de desahucio núm.537/02, de los que dimanen estas actuaciones, debemos revocar y revocamos la citada Resolución y, en consecuencia, con estimación de la demanda presentada por D. Juan Ignacio contra D. Juan y D<sup>a</sup> Aurora, debemos declarar y declaramos que ha lugar al desahucio solicitado y, en consecuencia, condenamos a los indicados demandados a que desalojen y dejen a la libre disposición del demandante, dentro del plazo legal, la vivienda que ocupan sita en la CALLE000 núm. 000 - núm. 001 de Estepa, apercibiéndoles que de no hacerlo así voluntariamente se procederá a su lanzamiento a su costa.

No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias.

Y, en su día, devuélvanse las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos. Juan Márquez Romero.- Conrado Gallardo Correa.- Fernando Sanz Talayero.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sección quinta de esta Audiencia Provincial, D. Fernando Sanz Talayero, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mi el Secretario de lo que certifico.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 41091370052003100294**