

EDJ 2002/69949

Audiencia Provincial de Girona, sec. 1ª, S 31-7-2002, nº 433/2002, rec. 295/2002
Pte: Ferrero Hidalgo, Fernando

Resumen

La AP desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada en juicio de desahucio por precario. Se alza la demandada en apelación y alega que no se trata de una situación de precario meramente tolerada por los actores sino de un comodato, ya que la ocupación de dicha vivienda corresponde a un fin, los actores dejaron que su hijo viviese en finca urbana de su propiedad, junto con su hijo, también demandado pero que se allana, convive maritalmente la demandada y apelante, el hecho de la conversión del comodato a un precario, es la quiebra de la estructura familiar entre el hijo de los actores y demandado allanado y la demandada apelante ex compañera del codemandado y allanado hijo de los actores.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1749 , art.1750

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
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, Desahucio

Legislación

Aplica art.1749, art.1750 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.250apa.2, art.398, art.468, art.477apa.2, dfi.16, dtr.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.1565apa.3 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

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 PRÉSTAMO - COMODATO, PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por SAP Albacete de 28 enero 2011 (J2011/23263)

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

Cita SAP Santa Cruz de Tenerife de 5 junio 1999 (J1999/30045)

Cita SAP Girona de 6 mayo 1999 (J1999/19821)

Cita SAP Cáceres de 25 marzo 1999 (J1999/8516)

Cita SAP Asturias de 15 abril 1999 (J1999/6978)

Cita SAP Barcelona de 5 enero 1999 (J1999/4702)

Cita SAP Salamanca de 19 noviembre 1996 (J1996/8467)

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

Bibliografía

Citada en "El precario en las relaciones familiares"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Jdo 1ª Inst. Instr. de Puigcerda, en los autos de juicio verbal por precario núm. 42/2001, seguidos a instancia de D. Miguel y Dª Teresa, representado/s por el/la Procurador/a de los Tribunales D/Dª Mireia Comellas Sole y dirigido por el/la Letrado/a D/Dª Francesc Rosell Blanich contra Dª María, representado/s por el/la procurador/a de los Tribunales D/Dª Joan Planella Sau y dirigido/s por el Letrado/a D./Dª Joan Planella Casasayas y contra D. Diego; se dictó sentencia, de fecha 22 de enero de 2002, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO.-"Que estimando como estimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Dª Mireia Comellas Solé, en nombre y representación de D. Miguel y Dª Teresa, frente a Dª María, declaro haber lugar al desahucio de la demandada de la finca que ocupa sita en la calle P., núm.4, bajos, "H." del Grupo Residencial R., por ocuparlo en calidad de precarista, y apercibiéndole especialmente de lanzamiento si no lo verifica; y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- La relacionada sentencia se recurrió en apelación por la parte demandada, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia, siguiéndose los trámites previstos en la Ley.

TERCERO.- Se aceptan los que constan en la sentencia recurrida.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Ferrero Hidalgo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Se interpone recurso de apelación por Dª María, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Puigcerdà, de fecha 22 de enero de 2002, en la que se estimó la acción de desahucio por precario interpuesta por D. Miguel y Dª Teresa contra dicha parte recurrente y contra D. Diego, al ocupar sin título y por mera tolerancia la finca "Entidad número cinco. Local comercial sito en la planta baja del llamado "H." del Grupo Residencial R., con frente a la calle P., número.4, de la Villa de Puigcerdà", hoy vivienda y tienda.

TERCERO.- Frente a tal acción, el demandado, Diego, hijo de los demandantes, se allanó a la demanda, mientras que la codemandada, Dª María, se opuso a la demanda, alegando, en primer lugar, la inadecuación del procedimiento, dado que, la existencia de relaciones jurídica complejas hacen inviable la acción ejercitada a través del juicio verbal del artículo 250,2 de la LEC EDL 2000/77463 .

Para resolver la presente litis es preciso recordar que el precario es una institución jurídica ya acogida en el Derecho Romano y de hondo arraigo en el nuestro, que remonta su contorno, definición y matices a la Ley Primera, Título 26, Libro 43, del Digesto y que obtuvo carta de naturaleza en nuestro derecho positivo a través de la jurisprudencia recaída en torno al número 3 del artículo 1565 de la Ley Enjuiciamiento Civil de 1881 EDL 1881/1 , mereciendo tal calificativo, a todos los efectos civiles, la situación fáctica de la base gratuita o sin contraprestación que conlleva la irregular ocupación, posesión, goce o disfrute de una cosa ajena, que implica su utilización graciosa, esto es, sin que medie precio, renta o merced de un bien ajeno cuya posesión jurídica no nos pertenece aun cuando se esté en su tenencia, careciendo de título alguno que la ampare o justifique, o con título nulo, o que habiéndolo tenido válido haya perdido su virtualidad, eficacia o vigencia, haciéndolo ineficaz y que sólo puede atribuir su continuidad en tal estado a la mera tolerancia, benevolencia o condescendencia que le dispensa el poseedor real (sentencias del Tribunal Supremo 12-12-27, 4-12-33, 5-12-84, 7-10-35, 11-11-44, 21-10 y 5-12-52, 23-2-57, 7-11-58, 4-2-60, 17-11-61, 6-4-62, 10-1-64, 26-4-66 entre otras).

Se considera, por lo tanto, precarista, quien disfruta de la finca ajena sin pagar por ello, merced ni estar asistido de título que justifique esa ocupación, debida a la mera liberalidad del poseedor real del bien, en cuya voluntad radica la continuación de esa permisión o su término; cuando así lo disponga.

Por otro lado, también es necesario decir que, el juicio verbal por precario es aquel procedimiento sencillo, especial y sumario que utiliza el propietario o cualesquiera otro con derecho al disfrute para concluir la situación referida, al no querer seguir favoreciéndolo y de cuya exclusiva voluntad, depende revocar o concluir su propia tolerancia, no siendo dable debatir ni declarar derechos (pues una cosa es la justificación del fundamento o razón de la situación del hecho que se disfruta y otra la controversia sobre el derecho mismo), atendiendo que su reducido marco se contrae única y exclusivamente a decidir sobre la posesión de facto o disfrute efectivo, actual de la cosa, aunque si debe ventilarse el hecho de si el demandado es en efecto un ocupante por mera tolerancia o si por el contrario, tiene algún título que le vincule con el objeto o con el demandante y que justifique su permanencia en la posesión, aunque no para dilucidar la eficacia o la plenitud de los efectos del título del demandado, sino únicamente para evitar que al amparo de un proceso sumario y rápido, como es el juicio de desahucio en precario, se solventen en él situaciones que requieren una discusión más amplia y rodeada de mayores garantías. Ahora bien, para poder apreciar la cuestión compleja, según reiterada opinión de las Audiencias Provinciales, no basta con la alegación de la misma, sino que es necesario su prueba, en el sentido de que, a la vista de las pruebas que practique se deduzca que efectivamente existen motivos para pensar que la cuestión compleja concurre. De no ser ello así, se podrían producir situaciones fraudulentas pues bastaría que el demandado introdujese la situación compleja para que no prosperase el desahucio.

Por todo lo cual, el desalojo de una finca por precario para ser eficaz, ha de apoyarse en dos fundamentos: de parte del actor, la posesión real de la finca, a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que de derecho a disfrutarla, y por parte del demandado, la condición de precarista.

CUARTO.- Pero, el principal problema de los juicios por precario estriba en determinar cuando nos encontramos ante una "cuestión compleja", pues, por un lado, se considera que la apreciación de la complejidad debe hacerse con carácter restrictivo, a fin de que no pueda servir de base para que el demandado, con el pretexto de supuestos estados o situaciones carentes de adecuado título, logre privar a quien lo ostenta de la protección que la ley le confiere, obligándole a que acuda al procedimiento ordinario, pero, por otro lado, para poder decidir si nos encontramos o no ante una cuestión compleja, necesariamente debe examinarse el título alegado por el demandado para ocupar la finca. Ante tal dicotomía, deberá ponderarse cual de los intereses en juego debe preponderar, teniendo en cuenta que la cuestión compleja debe ser apreciada restrictivamente, de tal forma que, si no queda clara la concurrencia real y efectiva de la misma, en el caso concreto de que se trate, deberá preferirse el derecho del titular frente al ocupante, sin perjuicio de las acciones que a este le asistan, pues en ningún caso la sentencia que se dicte produce cosa juzgada.

Es en las cesiones de bienes entre familiares, especialmente, de los padres a sus hijos de una vivienda para que habiten en ella, donde más problemas se plantea en cuanto a la determinación si estamos ante una cuestión compleja o no, y ello, porque en muchas ocasiones dicha cesión, constituye una auténtico comodato y no un mero precario, por lo que, existiendo un título por parte del demandado a ocupar la vivienda, el procedimiento adecuado no es el verbal por precario, sino el ordinario o el verbal en atención a la cuantía.

Como dice con claridad la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, en su sentencia de 19 de octubre de 1999, "la figura del precario y comodato consisten en la cesión del uso de un bien, caracterizándose el precario porque la cesión es "in genere" a título de tolerancia sin determinación de tiempo, finalidad ni modo. Por el contrario, en el comodato se entrega para un uso determinado respecto al modo, al fin o al tiempo. Es esa finalidad la que determina que el comodante según lo dispuesto en el art.1749 del C.C. EDL 1889/1 no pueda reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó, salvo que tuviera necesidad de ella; ahora bien, si no se fijó plazo ni uso específico puede el comodante reclamarla a su voluntad -art. 1750 CC EDL 1889/1 -", a cuyo razonamiento debe añadirse que cuando se trata de una cesión de uso constitutiva de comodato el trámite adecuado no es el proceso verbal por precario, sino que debe ser el procedimiento ordinario o verbal, para que puedan discutirse plenamente todas las cuestiones relacionadas con el contrato, incluso los reembolsos a los que pueda tener derecho el comodatario.

Por lo tanto, visto que, efectivamente, la entrega de una finca por parte de la propiedad para un hijo a fin de que viva con su familia e, incluso, pueda constituir un negocio, puede consistir en un comodato y no puede plantearse la recuperación en tanto el uso no haya cesado, salvo causa de necesidad (en tal sentido se han pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 2-12-1992 EDJ 1992/11914 y las AA.PP de Cádiz de 2-2-1995, de Salamanca de 19-11-1996 EDJ 1996/8467, de Oviedo de 20-1-1999, de Barcelona de 12-5-1994, 4-10-1996, 5-1-1999 EDJ 1999/4702, de Santa Cruz de Tenerife de 5-6-1999 EDJ 1999/30045), pero sin que se haya afirmado que en todo caso constituye comodato (Así, sentencia del TS de 30-11-1964, sentencias de las AA.PP de Cáceres de 25-3-1999 EDJ 1999/8516, de Oviedo de 5-7-1993, 2-9-1993, 15-4-1999 EDJ 1999/6978), señalándose, por otro lado, que en los casos de cesión de una vivienda por sus propietarios al hijo para establecer en ella su domicilio con su cónyuge, por razón de su matrimonio y en atención a sus circunstancias económicas y se entendiera la existencia inicial de un comodato por servir de morada a un determinado grupo familiar, tal calificación se transforma en precario desde el momento en que dicha unidad familiar quebró (Así, sentencias de las AA.PP de Oviedo de 15-4-1999 EDJ 1999/6978, de Girona, secc. 2ª de 28-11-2000 EDJ 2000/58692). A ello debe añadirse como dice la sentencia citada de esta Audiencia provincial que "ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de rigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona...". En idéntico sentido las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Quinta de 21 de febrero de 1995, Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de abril de 1994 y de 2 de noviembre de 1993 y de la Sección Segunda de Cantabria de 16 de noviembre de 1993".

QUINTO.- A la vista de lo sentado en los dos fundamentos jurídicos anteriores y vistas las pruebas practicada, no cabe duda que nos encontramos ante la figura del precario; por lo que debe ser confirmada la sentencia recurrida.

Debe señalarse que los demandantes hasta aproximadamente el año 1995 ocupaban el inmueble, fecha en la que se trasladan a la localidad de Lorca (Murcia), pues se dan de alta en el padrón municipal de esta localidad el día 19 de diciembre de 1995 (folios 75 y 76). En el inmueble objeto del litigio se quedó viviendo el hijo, D. Diego, sin que consten los motivos y en que condiciones tal señor continuó viviendo en el inmueble propiedad de sus padres, por lo que nos encontramos ante una cesión "in genere", a título de tolerancia sin determinación de tiempo, finalidad ni modo, al no constar ni el modo, ni el fin, ni el tiempo de la cesión. En el año 1998, D. Diego instala en el local un negocio o tienda de prendas de vestir, pasando hacia esa época (1997-1998) a convivir con la recurrente, Dª María, siendo sustituido tal negocio en el año 2000 por el de panadería y confitería. Por lo tanto, no nos encontramos ante una cesión de los padres a uno de sus hijos una vivienda o local de negocio para que él y su familia instalen su morada e, incluso, un negocio para poder atender a sus necesidades de vivienda y económicas, pues por un lado, ambos demandados aun no convivían y, por otro lado, ya hemos visto que no constan las condiciones de la cesión del padre o el hijo, debiendo interpretarse siempre la cesión en el sentido menos gravoso para el cadente.. La instalación de un negocio en el local en absoluto convierte una cesión en precario en un comodato; pues simplemente el propietario tolera que en su propiedad se instale un negocio por parte del cesionario. Tampoco se convierte en comodato la cesión por el hecho de la convivencia marital entre ambos codemandados, pues como hemos visto, no puede convertirse una situación de precario en otra de comodato por el mero hecho de tal convivencia o por el hecho de que dicha convivencia se rompiera y se atribuyera extrajudicial o judicialmente su uso al no titular del precario, lo cual supone la irrelevancia de que nos encontremos o no ante la figura jurídica de

la convivencia more uxoris, cuya separación no puede afectar a las relaciones entre actores y demandados. Lo cual conlleva, a su vez, la imposibilidad de que exista el enriquecimiento injusto alegado, pues los demandados debían ser conscientes que se encontraban en situación de precario y que en cualquier momento podían ser desahuciados del inmueble, por lo que, si realizaron diversas inversiones para instalar un negocio deben pechar con la pérdida de las mismas, sin perjuicio y si así lo consideran oportuno reclamen frente a los propietarios las compensaciones que crean que les puede corresponder.

SEXTO.- Se alega a continuación la inexistencia de gratuidad, pero, como ya tuvo ocasión de señalar esta propia Sala en sentencia de 6 de mayo de 1999 EDJ 1999/19821, el pago de impuestos, gastos de luz, gas, agua, realización de obras de conservación o mejora, etc. por el ocupante de una finca, no equivale a renta, salvo que así se pactó expresamente o, por la naturaleza, periodicidad y circunstancias de los pagos, pueden equipararse a un pago de renta. Por lo tanto, los pagos realizados por impuestos y otros gastos, sin que se acrediten que se estén pagando los gastos de otro inmueble distinto de los demandantes, vistos los recibos que se aporta, en absoluto equivalen a renta. En cuanto la transferencia que la recurrente dice que hizo a favor de los demandados de 700.000 pesetas, el día 30 de abril de 1997, visto que no consta el concepto y que no se acredita ningún otro pago similar, es claro que tampoco dicho pago puede considerarse como renta. En cuanto al pago de la hipoteca que grava la vivienda y que amortiza el codemandado D. Miguel, tampoco se considera relevante, al no quedar acreditado que el préstamo hipotecario se otorgara a favor de los demandantes, sino que más bien, fue concedido al tal Señor, por lo que es lógico que sea él el que lo amortice, siendo lógico que intervinieran sus padres, como titulares del inmueble que se iba a hipotecar. Por último, en cuanto a las obras, ya hemos adelantado que ello tampoco significa que exista renta, sino que habrá que estar a cada caso concreto y visto que no se han acreditado las obras realizadas y su importe, ni tampoco se acredita que la propiedad diera consentimiento previo a las mismas y visto que de las mismas también se han estado beneficiando los demandados, no puede llegarse a otra conclusión que a la gratuidad de la cesión.

SÉPTIMO.- De conformidad con los artículos 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, procede imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLO

Desestimar el recurso de apelación formulados por D^a María contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción de Puigcerda, en los autos de juicio verbal núm. 42/2001, con fecha 22 de enero de 2002, y confirmar íntegramente la misma, con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta EDL 2000/77463 y transitoria tercera de la LEC 1/2000 EDL 2000/77463, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 EDL 2000/77463 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes EDL 2000/77463 ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Ferrero Hidalgo.- Carles Cruz Moratones.- Joan Manel abril Campoy.