

EDJ 1999/45788

Audiencia Provincial de Asturias, sec. 1ª, S 2-9-1999, nº 461/1999, rec. 43/1999
Pte: Seijas Quintana, José Antonio

Resumen

La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de desahucio. El objeto de discusión es si el uso que comporta la cesión que en su día hizo la actora y su difunto esposo a su hijo y nuera, es un uso meramente tolerado constitutivo de una situación de precario, o se halla justificado por una relación de comodato, como señaló la sentencia recurrida. La Sala observa que, aunque se estimara la existencia inicial de un comodato por servir de morada a un determinado grupo familiar, resulta evidente que tal calificación se muta en precario cuando el concreto uso previsto ha cesado al romperse la unidad familiar, como ha sucedido en este caso. Por otra parte, la vivienda familiar puede constituirse en precario por mera tolerancia de sus titulares, sin que la ocupación por los cónyuges genere derecho a permanecer, de tal forma que sólo mientras subsista la tolerancia, o se cumplan los requisitos de la LAU 94, puede seguirse cumpliendo la decisión judicial del uso de la vivienda tomada al amparo del art. 96 CC.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 29/1994 de 24 noviembre 1994. Arrendamientos Urbanos
RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.96

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ARRENDAMIENTOS URBANOS

CUESTIONES GENERALES LAS PARTES EN EL CONTRATO

Titularidad
Cónyuges

CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Juicio de desahucio
Cuestiones generales
Precario
Concepto
Prueba
Supuestos diversos

CESIÓN DE BIENES

SUPUESTOS DIVERSOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar
Necesidades de la familia
Fin de las necesidades familiares o de la custodia
Supuestos diversos

PRÉSTAMO

COMODATO

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Desahucio
[Legislación](#)

Aplica Ley 29/1994 de 24 noviembre 1994. Arrendamientos Urbanos
Aplica art.96 de RD de 24 julio 1889. Código Civil
Cita art.523, art.896apa.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos por SAP Asturias de 16 diciembre 2004 (J2004/258899)

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos por SAP Asturias de 20 julio 2005 (J2005/115845)

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 por SAP Asturias de 26 junio 2006 (J2006/252184)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP Salamanca de 21 julio 2006 (J2006/362493)

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 Asturias de 17 julio 2006 (J2006/368029)

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Prueba, PRÉSTAMO - COMODATO por SAP Asturias de 24 noviembre 2008 (J2008/374029)

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 - Prueba, PRÉSTAMO - COMODATO, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Procedimiento por SAP Asturias de 14 abril 2011 (J2011/104771)

Citada en el mismo sentido sobre PRECARIO - OTROS SUPUESTOS, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP Albacete de 28 enero 2011 (J2011/23263)

Citada en el mismo sentido sobre FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Menor de las Audiencias, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Otras cuestiones por SAP Asturias de 13 abril 2012 (J2012/79742)

Bibliografía

Citada en "El precario en las relaciones familiares"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de 1ª Inst e Instruc núm. 1 de MIERES, dictó en los referidos autos SENTENCIA 21-12-99, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: QUE DESESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Fernández Vigil Fernández en nombre y representación de Dª María Olvido, debo declarar y declaro no haber lugar al desahucio solicitado en el escrito de demanda. Y debo condenar y condeno a la parte actora a abonar las costas devengadas en el presente procedimiento.

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, por la apelante se interpuso recurso de apelación en ambos efectos; admitido a trámite y cumplidos los oportunos traslados la parte apelante solicitó la revocación de la sentencia y la apelada su confirmación, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

VISTOS. Siendo Ponente el Ilmo Sr. Presidente, D. José Antonio Seijas Quintana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de discusión en estos autos si el uso que comporta la cesión que en su día hizo la actora y su difunto esposo a su hijo y nuera, es un uso meramente tolerado constitutivo de una situación de precario, o se halla justificado por una relación de comodato, como señaló la sentencia. Problema que, como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala (S. 5 Nov.-97), estaba resuelto con absoluta normalidad por el Tribunal Supremo en las sentencias de 30 de Noviembre de 1.964 y 21 de Mayo de 1.990, entre otras, expresivas, la primera, de que la cesión que hace un padre de familia a su hijo del uso de la una vivienda no constituye un derecho real de habitación, capaz de enervar el título dominical ostentado por el accionante, configurándose por contra como un verdadero precario, cuyo cese se produce tan pronto quiera poner fin el cedente o concesionario, a no ser que otra cosa se infiera de la prueba. Y la segunda, de que "también puede constituirse la vivienda familiar en precario o por mera tolerancia de sus titulares". Es a partir de la sentencia del mismo Tribunal de 2 de Diciembre de 1.992 cuando aquello que venía siendo regla de general aplicación a esta suerte de cesiones, se

convierte en excepción, transformando en comodato lo que hasta entonces se consideraba precario, sobre la base de estimar de aplicación criterios de simple valoración subjetiva a los que el propio Tribunal vinculó a solución del caso resuelto por la sentencia, como es el de la necesidad familiar y el de la buena fe a que debe sujetarse el ejercicio de los derechos, conforme al artículo 7.1 del Código. Desde esta razonamiento, difícilmente puede propiciarse la misma suerte jurídica a toda cesión entre familiares de una vivienda, dado además la ausencia de formalismos y la escasa intensidad y estabilidad de la relación jurídica creada. Habrá de estarse a las especialidades jurídicas que conforman en nuestro derecho el comodato y el precario para determinar cuando existe una u otra forma jurídica, evitando que el simple dato de que se produzca con la intención de cubrir las necesidades de una familia sirva sin más para calificarla de comodato, y con prueba en todo caso a cargo de quien demanda una u otra situación, pues, como afirma la sentencia de esta Audiencia Provincial de 2 de Septiembre de 1.993 (Sección 5ª), una vivienda, a diferencia de otros bienes, sólo puede ser legalmente destinada a la habitabilidad humana, siendo el domicilio una noción jurídica posterior al hecho de la habitación.

SEGUNDO.- Esta situación no se prueba en el caso objeto del recurso, sino por la simple e insuficiente alegación de quien demanda dicho status jurídico al amparo de la sentencia de 2 de diciembre de 1.992, o de otros hechos asimismo insuficientes para establecer los vínculos contractuales pretendidos, como la fecha de la adquisición de la vivienda o el que no fuera ocupada por otra persona ajena a la familia, no pudiendo dejar de tenerse en cuenta la propia confesión judicial de la demandada en juicio de precario previo a estas actuaciones en el que en modo alguno afirmó la existencia del contrato, que garantizase la permanencia durante largo tiempo del grupo familiar en el uso del piso, indicando al absolver una de las posiciones que la actora y su esposo fallecido adquirieron la vivienda y se la cedieron a su hijo en precario, para que la ocupara en su compañía (Autos 261/98), cosa por otra parte perfectamente lógica y comprensible en una situación familiar normalizada y con recursos. En cualquier caso, si se estimara la existencia inicial de un Comodato por servir de morada a un determinado grupo familiar, resulta evidente que tal calificación se muta en precario cuando el concreto uso previsto ha cesado al romperse la unidad familiar (Sentencia citada de esta A. Provincial), tal y como aquí sucede.

TERCERO.- Por lo demás, y en orden a las demás alegaciones formuladas por la demandada sobre la existencia de un título posesorio apto y suficiente para enervar la acción de precario resultante de la sentencia que la atribuyó a ella y su hijo menor el uso de la vivienda litigiosa, debe señalarse, con cita de la STS 21 mayo 1990, que la vivienda conyugal puede pertenecer a los cónyuges, a uno sólo o a extraños, y se puede utilizar por propio derecho o como consecuencia de contratos de arrendamiento o de otro tipo cuyo contenido lo autoriza, pero también puede constituirse la vivienda familiar en precario o por mera tolerancia de sus titulares, sin que la ocupación por los cónyuges genere derecho a permanecer, de tal forma que sólo mientras subsista la tolerancia, o se cumplan los requisitos que en la actualidad impone la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1.994 EDL 1994/18384, respecto de las viviendas en alquiler, puede seguirse cumpliendo la decisión judicial de uso de la vivienda tomada al amparo del art. 96 CC EDL 1889/1; precepto que autoriza la atribución judicial del uso a partir de una relación de los cónyuges con la vivienda: Propiedad, arrendamiento, usufructo, etc., puesto que en todos los demás casos en los que la tenencia de la vivienda familiar se deriva de un derecho personal intransferible convencionalmente la solución del problema, como señala la doctrina mas autorizada, no puede pasar por la expropiación judicial del uso sin justificación alguna a sus legítimos propietarios o titulares convirtiéndolos en financiadores involuntarios y forzosos de una crisis a la que por principio son ajenos, como ajenos son al proceso en el que se decide sobre la medida en cuestión, razón por la cual la asignación del uso del domicilio familiar en situaciones de crisis matrimonial, como precisa la S.T.S. 31-XII-94, no altera el concepto en que se viniera usando o disfrutando, aun en el supuesto de precario, que seguirá existiendo como tal, ni puede generar un derecho antes inexistente, y si tan solo proteger el que la familia ya tenía, pues lo contrario entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. Todo ello sin perjuicio de la protección que se dispensa al uso atribuido a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro de carácter absoluto, ejercitable "erga omnes" pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que determine la sentencia judicial, que no impide la enajenación de la vivienda compatible con el mismo, una vez disuelto el matrimonio, y que obligará a los adquirentes a valorar la incidencia del uso atribuido en el consentimiento, por ellos prestado, en el contrato de adquisición.

CUARTO.- Procede por las razones expuestas revocar la sentencia recurrida, con imposición a la demandada de las costas de primera instancia y sin declaración especial de las del recurso, conforme a lo dispuesto en los artículos 523 y 896.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

FALLO

Estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Mieres. En su lugar, con estimación de la demanda formulada por Dª María Olvido condenamos a Dª Adamina, por sí y como representante legal de su hijo menor de edad, Ivan, a dejar libre y a disposición de la actora la vivienda que ocupa en precario, sita en la calle..., núm.... de Mieres, quinta planta, bajo apercibimiento de lanzamiento si no lo hiciera. Imponemos las costas de la primera instancia a los demandados y no hacemos especial declaración de las del recurso.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Antonio Seijas Quintana.- Guillermo Sacristán Represa.- Rafael Martín del Peso.