

EDJ 2002/62627

Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 3ª, S 12-9-2002, rec. 57/2002
Pte: Artero Mora, Juan Carlos

Resumen

El Tribunal desestima el rec. de apelación interpuesto por la condenada en instancia en virtud de un juicio de desahucio, producido a raíz de la separación de los cónyuges, que convivían en el hogar familiar que había sido cedido por los padres del marido, la vivienda había sido atribuida a la cónyuge y al hijo, instando los propietarios del inmueble el de juicio de desahucio. La AP entiende que la cuestión de fondo versa exclusivamente en el concepto en que fue cedida la vivienda, como precario o comodato como pretende la recurrente y aplicando la jurisprudencia del TS estima que la concesión del uso y disfrute de una vivienda que con frecuencia efectúan los padres de familia a favor de sus hijos, al casarse, sin señalamiento de plazo y sin exigencia de renta o merced, constituye técnicamente un precario que cesará cuando quiera ponerle fin el cedente y entiende que la sentencia de separación o divorcio no puede modificar la naturaleza del título por el que la vivienda es ocupada. Mantiene que las alegaciones de la recurrente sobre su estado de necesidad no pueden ser acogidas por cuanto no cabe que sean opuestas al tercero propietario de la vivienda, a quien no se le puede imponer cargas que solamente son exigibles entre los esposos.

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

Supuestos diversos

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Desahucio

Legislación

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

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

Cita art.524, art.1750 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita SAP Vizcaya de 5 abril 2001 (J2001/41865)

Cita SAP Madrid de 28 octubre 2000 (J2000/68501)

Cita SAP Tarragona de 20 octubre 2000 (J2000/61690)

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

Cita SAP Albacete de 18 enero 1999 (J1999/58690)

Cita SAP Castellón de 14 octubre 1998 (J1998/36555)

Cita SAP Granada de 21 diciembre 1998 (J1998/36548)

Cita SAP Baleares de 15 octubre 1998 (J1998/30033)

Cita SAP Málaga de 27 octubre 1998 (J1998/29382)

Cita SAP Barcelona de 30 julio 1998 (J1998/22385)

Cita SAP Barcelona de 26 febrero 1998 (J1998/3778)

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

Cita SAP Asturias de 5 noviembre 1997 (J1997/16092)

Cita SAP Huesca de 13 marzo 1996 (J1996/12979)

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

Cita SAP Santa Cruz de Tenerife de 14 octubre 1993 (J1993/13887)

ANTECEDENTES DE HECHO

Aceptando y dando por reproducidos los de la Sentencia recurrida.

PRIMERO.- La sentencia apelada contiene la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por Dª Margarita Yxart Montañés en nombre y representación de Dª Magdalena contra Dª Josefa debo declarar y declaro haber lugar al desahucio de la parte demandada de la vivienda sita en la Avenida C. núm..6, piso., de Tarragona, bajo apercibimiento de que si no la desaloja dentro del término legal se procederá a su lanzamiento de ella y a su costa, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Que contra la mencionada sentencia se interpuesto recurso de apelación por Dª Josefa en base a las alegaciones que son de ver en el escrito presentado.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formularsen adhesión o impugnación al mismo, por la apelada se interesa su desestimación con imposición de costas a la apelante.

CUARTO.- Que en la tramitación de ambas instancias del procedimiento se han observado las normas legales.

Visto y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Carlos Artero Mora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la acción de desahucio por precario entablada por Dª Magdalena contra Dª Josefa, interpone esta última recurso de apelación por el que solicita sea revocada la sentencia y rechazada la pretensión de la actora, formulando básicamente dos alegaciones:

1ª) Que el uso de la vivienda litigiosa fue atribuido a la demandada y su hija en el procedimiento de divorcio seguido con D. David -hijo de la demandante- debido al estado de necesidad que aquéllas padecen, pues el divorcio ha tenido una incidencia muy negativa en la economía de Dª Josefa, ya que se le ha privado de la condición de alimentista y de una pensión compensatoria, colocándole en situación de penuria económica.

2ª) Que respecto de la cuestión jurídica planteada, y pese a la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, todas coinciden en que si la vivienda fue cedida para ser destinada al hogar familiar del matrimonio y descendientes, finalidad que continúa pese a que se haya producido una crisis matrimonial, ello excluye la situación de precario como acto de mera tolerancia, y revela una situación de comodato o préstamo de uso, en virtud de la cual el dueño únicamente puede reclamar la vivienda en caso de concurrir urgente necesidad (artículo 1749 del Código Civil EDL 1889/1), lo cual no ha quedado probado en el presente caso.

SEGUNDO.- Nos encontramos ante un supuesto de hecho frecuentemente planteado ante los Tribunales, y consistente en que los padres ceden gratuitamente el uso de una vivienda de su propiedad al hijo o hija y a su cónyuge (y en su caso, a los hijos de éstos) para que puedan destinarla a hogar familiar, situación que se ve alterada por la crisis matrimonial de la pareja, en el seno de la cual -vía procedimiento de separación o divorcio- se atribuye judicialmente el uso del inmueble al cónyuge del hijo, produciéndose más tarde la reclamación de los padres para recuperar su posesión, ya sea en forma de desahucio por precario (como en este caso) o a través de un procedimiento declarativo.

Como señala la recurrente, este problema ha dado lugar a dos soluciones distintas en la jurisprudencia, según se califique la situación posesoria que ostentaba el matrimonio (y después el cónyuge a quien se ha atribuido el uso) de precario o de comodato: La primera postura había sido la seguida tradicionalmente por el Tribunal Supremo, como en las sentencias de 30-11-64 y 21-5-90, indicando la primera que la cesión que hace un padre de familia a su hijo del uso de su vivienda no constituye un derecho real de habitación capaz de enervar el título dominical ostentado por el cesionante, configurándose por el contrario como un verdadero precario, cuyo cese se produce tan pronto quiera poner fin el cedente o cesionario, a no ser que otra cosa se infiera en la prueba, y ha sido mantenida por diversas Audiencias Provinciales, como las de Madrid en sentencia de 13-12-93 EDJ 1993/13870 , Asturias 5-11-97 EDJ 1997/16092 , Valladolid 7-11-97 EDJ 1997/19774 , Baleares 15- 10-98 EDJ 1998/30033 , Castellón 14-10-98 EDJ 1998/36555 , Granada 21-12-98 EDJ 1998/36548 , Badajoz 2-2-00 EDJ 2000/5048 y Vizcaya 5-4-01 EDJ 2001/41865 , pudiendo reproducir esta última, que con cita de las anteriores sentencias de la misma Sección de 24-4-97 y 25-2-98, señala: "la concesión del uso y disfrute de una vivienda que con frecuencia efectúan los padres de familia a favor de sus hijos, al casarse, sin señalamiento de plazo y sin exigencia de renta o merced, constituye técnicamente un precario que cesará cuando quiera ponerle fin el cedente, según señaló la sentencia TS de 30 de noviembre de 1964. Ahora bien, si constare la existencia de un derecho, bien real (el de habitación, art. 524 C. Civil EDL 1889/1), bien obligacional (préstamo de uso o comodato, artículos 1740, 1.749 y 1 750 C. Civil EDL 1889/1) podría eludirse la consideración de precario merced a que esa relación jurídica entrañaría la facultad de poseer".

La tesis que califica la relación jurídica en cuestión de comodato se apoya principalmente en la sentencia del Tribunal Supremo de 2-12-92 EDJ 1992/11914 , conforme a la cual: "está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina

mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal "uso preciso y determinado" lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1.749 y 1.750 del Código Civil EDL 1889/1), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma la "necesidad urgente" de los dueños para recuperar el piso", y la han seguido Audiencias Provinciales como las de Santa Cruz de Tenerife, 14-10-93 EDJ 1993/13887 , Huesca 13-3-96 EDJ 1996/12979 , Barcelona 30-7-98 EDJ 1998/22385 y 26-2-98 EDJ 1998/3778 , Málaga 27-10-98 EDJ 1998/29382 , Albacete 18-1-99 EDJ 1999/58690 , y Madrid 28-10-00 EDJ 2000/68501 , expresando esta última que "en el presente caso no cabe la menor duda, y así se reconoce expresamente en la misma demanda, que la vivienda que se reclama fue prestada para servir de hogar familiar al matrimonio que iban a contraer los demandados y que al parecer efectivamente contrajeron, lo que excluye claramente la situación de precario como acto de mera tolerancia, poniendo de manifiesto una situación de préstamo de uso o comodato contemplado en el art. 1.740 del C. C. EDL 1889/1 ... La vivienda en cuestión, en el presente caso, sigue cumpliendo la misma finalidad para la que fue cedida, de manera que, a pesar de la crisis matrimonial producida, sigue siendo hogar familiar de los descendientes de los comodantes, los cuales sólo podrían reclamarla en el caso de urgente necesidad de la misma (art. 1749 del C. C. EDL 1889/1) necesidad que en modo alguno resulta probada. No hay pues precario alguno cuando, como en este caso, resulta probado el uso específico para y por el que se cedió la vivienda".

Como puede verse, frente a la tesis del precario, que sostiene que la mera cesión del uso gratuitamente y sin otras condiciones se basa en la mera tolerancia de los dueños, y por tanto éstos pueden reclamar la restitución de la vivienda a su voluntad y en cualquier momento, la segunda postura mantiene que, habiéndose cedido el inmueble para un uso determinado, como es el desarrollo de la vida conyugal, la relación existente adquiere la condición de comodato (artículo 1740 del Código Civil EDL 1889/1), con la consecuencia de que el propietario no puede reclamar la posesión en tanto no haya concluido el uso para que la prestó (artículo 1749 EDL 1889/1), y no concluye por la separación o el divorcio, teniendo dicha regla la única excepción de que el comodante tenga urgente necesidad del inmueble.

Pues bien, para resolver la cuestión, conviene tener en cuenta dos premisas: la primera es que, cualquiera que sea la calificación que se otorgue a la relación que vincula a los propietarios con los cónyuges que usan la vivienda, la posterior atribución de dicho uso a uno de ellos que efectúa la sentencia de separación o divorcio no puede modificar la naturaleza del título por el que la vivienda es ocupada, como estableció con claridad la sentencia del Tribunal Supremo de 31-12-94 EDJ 1994/10330 "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 solo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello 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. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso". La segunda premisa es que no es posible dar una respuesta apriorística y general para todos los casos, puesto que será preciso indagar las circunstancias en que se produjo la cesión del inmueble y, consiguientemente, la voluntad de las partes en orden a configurar una u otra situación, pudiendo compartir en este sentido lo expresado en la sentencia de la sección la de esta Audiencia Provincial de Tarragona de 20-10-00 EDJ 2000/61690 , en cuanto a que "en todos esos casos resulta imprescindible el análisis cuidadoso y prudente de la causa o motivo de la atribución, pues de ella cabrá derivar si se asignó a título de comodato, si se hizo en atención a una especial circunstancia que delimite temporalmente el uso, en cuyo caso habrá de ser respetado, o si por el contrario la atribución lo fue sin determinación temporal, en cuyo caso ya se trate de un comodato o de un precario el propietario podrá recuperar a su voluntad la vivienda, pues no cabe olvidar que si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa entregada, puede el comodante reclamarla a su voluntad (art. 1750 C. Civil EDL 1889/1)", y que "es preciso analizar y determinar la voluntad del adjudicante de la vivienda para establecer el título por el que se atribuyó". No obstante, y tomando ya partido en la cuestión, conviene puntualizar que, si bien no puede descartarse que la repetida cesión pueda ser calificada de comodato si se realiza con determinación del plazo o para un uso específico, tales circunstancias habrán de quedar claramente probadas y no podrán presumirse; en especial, no cabe entender que la mera cesión de una vivienda al hijo y su familia implique un destino específico que determine la existencia del comodato, pues, como indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 2-2-00 EDJ 2000/5048 , "destinar una casa a vivienda familiar no es desde el punto de vista del beneficiario un uso específico distinto del que la cosa puede tener en sí misma considerada", a lo que hay que añadir, según la misma sentencia, que "la vocación de permanencia que tiene el domicilio conyugal no se compagina bien con la temporalidad del contrato de comodato", pues efectivamente calificar la relación de comodato a través de esta vía supone conferirle una duración prácticamente indefinida, al no poder establecer cuándo concluye el destino de la vivienda familiar, produciendo de este modo la imposibilidad de su recuperación por parte de los propietarios cedentes del uso.

TERCERO.- Centrándonos ya en el presente supuesto, cabe compartir plenamente las apreciaciones realizadas por el juzgador de instancia en el FJ cuarto de la sentencia recurrida, en el sentido de que la prueba practicada no acredita que la cesión del uso de la vivienda que en su momento realizaron la actora y su difunto esposo a favor del hijo de ambos y su esposa, la hoy demandada, lo fuera por tiempo indefinido o para un destino específico y determinado, lo que configura una situación de mera tolerancia o precario, y no de comodato como pretende la apelante. Al respecto, y a falta de prueba documental, únicamente contamos con las respectivas declaraciones de las partes, afirmando la actora que el inmueble fue cedido gratuitamente, sin perjuicio de poder revisar la situación cuando los propietarios se hicieran mayores y pudieran necesitarlo, mientras que la demandada manifiesta que el piso les fue cedido para que vivieran indefinidamente. No puede decidir la cuestión el testimonio de D^a Carmen, hermana de la demandante, quien declara que la voluntad del difunto D. David era que su nuera y nieta siguieran viviendo siempre en el piso, al haber reconocido dicha testigo su animadversión hacia la demandante por problemas de herencia.

Por otra parte, no puede acogerse las alegaciones de la recurrente sobre su estado de necesidad, pues, al margen de ser ésta una cuestión que rebasa el objeto del desahucio por precario, ya se ha señalado cómo la asignación del uso de la vivienda en el proceso matrimonial no puede conferir al cónyuge beneficiario de la misma un derecho superior al que ostentaba el matrimonio sobre el inmueble, de todo lo cual se infiere que el estado de necesidad invocado no puede oponerse al tercero propietario de la vivienda, a quien no pueden imponerse cargas que solamente son exigibles entre los esposos. En consecuencia, no existe obstáculo alguno para el ejercicio de la acción de desahucio por precario, y procede, en suma, desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, se impone a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta segunda instancia.

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

FALLO

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Josefa contra la sentencia dictada el 14 de noviembre de 2001 por el Juzgado número 3 de Tarragona, en autos de juicio verbal número 299/01:

1º) Confirmamos dicha sentencia.

2º) Imponemos a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta segunda instancia.

Devuélvase los autos a dicho Juzgado, con certificación de la presente, a los oportunos efectos, interesándole acuse de recibo.

Así por nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos. Agustín Vigo Morancho.- M^a Ángeles García Medina.- Juan Carlos Artero Mora.