

EDJ 2002/33241

Audiencia Provincial de Valencia, sec. 6ª, S 29-5-2002, nº 347/2002, rec. 347/2002
Pte: Mestre Ramos, María

Resumen

La AP acuerda estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, debe revocar en parte la sentencia de instancia, en el sentido de declarar, que la ocupación de los demandados de la vivienda litigiosa, está legitimada en virtud de una situación legal de comodato, y no de donación, dado que carece de validez jurídica la donación realizada, al no estar documentada en escritura pública. Si bien no consta la duración de la cesión de forma directa, se ha convenido un contenido para el uso específico, al que la cosa prestada debe destinarse, hogar familiar del matrimonio y descendientes del hijo de los cedentes. Dicha finalidad continúa aunque se haya producido una situación de crisis conyugal, y privado judicialmente del uso uno de los esposos, lo que excluye la situación de precario como acto de mera tolerancia, y revela una situación de comodato o préstamo de uso, que finaliza cuando haya acreditado el comodante la necesidad de su ocupación.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.633 , art.1740 , art.1749 , art.1750

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ARRENDAMIENTOS URBANOS

CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Juicio de desahucio

Ámbito

Precario

Concepto

PRÉSTAMO

COMODATO

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Desahucio

Legislación

Aplica art.633, art.1740, art.1749, art.1750 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.11apa.2 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

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

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre DONACIÓN - INEFICACIA por SAP Badajoz de 14 octubre 2004 (J2004/158104)

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 MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos por SAP Valencia de 28 mayo 2007 (J2007/373092)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos por SAP Valencia de 25 junio 2007 (J2007/373178)

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Concepto por SAP Valencia de 2 diciembre 2008 (J2008/339773)

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 STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Social de 14 abril 2000 (J2000/28001)

Cita STS Sala 1ª de 31 julio 1999 (J1999/19925)

Cita STS Sala 1ª de 19 junio 1999 (J1999/16802)

Cita SAP Málaga de 4 febrero 1999 (J1999/4415)

Cita SAP Navarra de 22 diciembre 1998 (J1998/37459)

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

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

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

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

Cita STS Sala 1ª de 25 junio 1996 (J1996/3553)

Cita STS Sala 1ª de 3 marzo 1995 (J1995/791)

Cita SAP Madrid de 17 enero 1994 (J1994/13396)

Cita STS Sala 1ª de 3 octubre 1994 (J1994/8455)

Cita STS Sala 1ª de 18 octubre 1994 (J1994/8380)

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

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

Cita STS Sala 1ª de 3 diciembre 1988 (J1988/9533)

Cita STS Sala 1ª de 24 junio 1988 (J1988/5507)

Bibliografía

Citada en "El precario en las relaciones familiares"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de fecha 10 de septiembre de 2001 contiene el siguiente Fallo:"Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por D. Vicente V.F., Dª Emilia y Dª Julia contra D. Vicente V.F. y Dª Mercedes debo absolver y absuelvo a los indicados demandados de todos los pedimentos contra ellos dirigidos, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas en el presente procedimiento".

SEGUNDO.- La Sentencia estableció que la parte actora solicita el desahucio de la vivienda ocupada por los demandados en la calle P. núm.. de L'Ollería alegando la titularidad de la misma por los actores y la ocupación por los demandados en concepto de precario. Para que pueda seguirse con éxito el juicio de desahucio por precario debe acreditarse que el que lo promueve tenga la posesión real de la finca por cualquier título que le de derecho a disfrutarla y que el demandado la ocupa, según elaboración jurisprudencial, en precario es decir sin título, con título nulo o que haya perdido la validez, es decir, una mera ocupación tolerada, todo ello dentro del amparo del proceso sumario y rápido que exige términos sencillos y claros en su planteamiento. En el caso de autos, de los títulos aportados por la parte actora es indudable su legitimación para promover el juicio, pero no está tan claro el carácter de precarista o tenedor meramente tolerado, atendido el documento núm.1 de la contestación del que se deduce la voluntad de D. Vicente V.B. y Dª Emilia de donar a los demandados la vivienda, y cuando la propia parte actora Dª Julia, reconoce el mismo como manuscrito por su madre y que la voluntad será repartir entre sus hijos todo pero después cambiaron de parecer por el comportamiento del hijo ante la enfermedad de sus padres. Por lo que hay indicios suficientes para desvirtuar la alegación del precario y resulta obligado no dar lugar al desahucio. Se imponen las costas procesales a la parte actora.

TERCERO.- Notificada la sentencia, D. Vicente V.B., Dª Emilia y Dª Julia interpusieron recurso de apelación alegando error en la apreciación y valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral dado que frente a los motivos concretos de oposición como fueron compromiso de donación de la vivienda, causa de nulidad en las propias donaciones hechas por los padres a su hija, obras de reforma en la vivienda y propiedad de dichas obras de reforma, el Juzgador solamente hace mención a la primera y declara acredita la existencia del compromiso de donación desvirtuando dicho compromiso la condición de precaristas de los demandados y se basa solo en dos pruebas sin decir nada del resto de las pruebas (interrogatorio de partes). En cuanto al documento número uno de la contestación consta después de enumerar una relación de bienes "Escoge lo que quieras", pero de ello se pueden deducir muchas conclusiones; en cuanto al interrogatorio de Dª Julia se dijo por ella que la voluntad de sus padres era repartir el patrimonio familiar entre los hermanos pero cuando cayeron enfermos se reservaron para sí el inmueble y sería para aquel que los cuidara en los últimos años. Que se intentó entre los hermanos repartir pero el demandado no estaba de acuerdo, y que todo el patrimonio familiar estaba repartido y se habían realizado donaciones correspondiéndole a él una finca-planta baja y un solar donde se había edificado otra planta baja para explotación y maquinaria del negocio familiar. La voluntad de donar a desaparecido. Mencionar la existencia de una escritura de donación de todas las fincas pero reservándose el usufructo, y ello tanto respecto de los demandados como de su otra hija. Y alegándose indebida aplicación de la jurisprudencia en relación con la figura del precario en nuestro Derecho, siendo la única situación a debatir si los demandados

ocupan la vivienda al amparo de algún título o el título ha devenido ineficaz o lo hacen por mera tolerancia. Queda acreditado que los demandados ocuparon la vivienda con ocasión de su matrimonio y por mera liberalidad de los verdaderos dueños (sus padres), ahora bien dicho acto se interpreta como un contrato verbal de donación pero dado que se exige jurisprudencialmente la necesidad de escritura de donación; indebida aplicación de la jurisprudencia sobre el juicio de desahucio por precario, en cuanto a la virtualidad del documento que acredita la legalidad de l título del actor, frente a que nada se ha probado sobre la existencia de este título invocado; indebida aplicación en cuanto a la existencia de relaciones familiares en al figura del precario, en base a la SAP Valencia 26-febrero-1994, en cuanto que es legítimo que la parte demandada alegue la existencia de diversas circunstancias que vengan a justificar su ocupación y que el Juzgador haya tenido en consideración la relación familiar pero ello no puede llevar a negar la condición de precaristas de los demandados. En cuanto a las costas, no procede su imposición pues aun en el supuesto de no prosperar las alegaciones, no existe una actuación temeraria pues existen motivos suficientes para considerar la existencia del precario. Solicita se dicte sentencia por la que estimándose el recurso, se declare haber lugar al desahucio estimando todos los pedimentos, y para el caso de que no sea revocada se modifique el pronunciamiento sobre las costas.

CUARTO.- El Juzgado dio traslado a la otra parte, D. Vicente V.F. y D^a Mercedes presentaron escrito de oposición dando por reproducido las alegaciones efectuadas por la parte en primera instancia. Así en cuanto al compromiso de donación de la vivienda, tal existe y ha quedado acreditado documentalmente como en el acto del juicio por los demandados, pero no cabe cuestionar que el documento núm.1 contestación no es valido. Y dichas situaciones se califican de como dato (STS 2-diciembre-1992 EDJ 1992/11914 , y diversas sentencias de audiencias provinciales) y que la intención última de los padres fue donar a sus hijos los inmuebles. De hecho era tal el convencimiento que realizaron obras, en 1991-1992 antes a la Declaración de Obra Nueva y todo ello supone la necesidad de declarar la existencia de cuestión compleja que excede su conocimiento del juicio de desahucio. Así como en virtud de las donaciones que los padres realizaron a su hija de la práctica totalidad del patrimonio, han perjudicado los derechos hereditarios del demandado y respecto de lo que se interpuso demanda de juicio ordinario número 352/012 en Juzgado de 1^a Instancia 2 de Onteniente. Solicitando se dicte sentencia confirmando íntegramente la sentencia de instancia con imposición de costas a la parte actora.

QUINTO.- Las pruebas que se han practicado en primera instancia y que son objeto de nueva valoración por el Tribunal han sido:

1.- Escritura de Agrupación de Fincas, Declaración de Obra Nueva y División en régimen de propiedad horizontal otorgada por D. Vicente V.B. y su esposa de fecha 11-octubre-1994. Folios 6-16.

2.- Escritura publica de donación de fecha 8-abril-1999 de os cónyuges D. Vicente V.B. y D^a Emilia a favor de su hija D^a Julia. Folio 17-25.

3.- Recibos de IBI años 1990 hasta año 2.000/recibos de consumo de luz de la finca calle P. número... Folios 26 al 44.

4.- Acta notarial de requerimiento de los actores a los demandados en fecha de 8 de febrero de 2000. Folios 23-49.

5.- Documento manuscrito. Folio 86.

6.- Facturas relativas a fontanería, mármol, cristalería, obras, muebles cocina, declaraciones de instalación de cierres de aluminio Folio 87 al 103.

7.- Interrogatorio D^a Julia, D. Vicente V.F. y D^a Mercedes.

SEXTO.- Recibidos los autos por este Tribunal, no fue propuesta prueba, y se señaló el día 25 de abril de 2002 para deliberación y votación, que se verifico quedando seguidamente para dictar resolución.

SÉPTIMO.- Se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia atendido la especial conflictividad de la cuestión objeto de esta alzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos de derecho de la resolución apelada.

PRIMERO.- La cuestión planteada por la parte apelante en virtud del recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia se concreta en resolver si los demandados-apelados, D. Vicente V.F. y D^a Mercedes ocupan la vivienda, sita en la calle P. núm.. -planta. en calidad de precaristas o el documento que aportaron (uno de la contestación) es título suficiente para denegarles el carácter de precaristas.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa planteada por la parte apelante en la presente alzada obliga a la Sala a resolver en primer término si el documento número uno de la contestación a la demanda puede tener la consideración de título válido a los efectos de plasmar una donación realizada por los actores, titulares de la vivienda sita en la tercera planta del edificio ubicado en la localidad de L`Ollería, Calle P. en favor del demandado y su esposa. A este respecto, partiendo del contenido del artículo 633 del Código Civil del Código Civil EDL 1889/1 que nos dice "para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario..."; y partiendo, entre otras de la Sentencia de la AP La Coruña de 31-enero-2000 EDJ 2000/28001 que estableció:"El motivo no puede prosperar, quíerase o no el art. 633 del C. Civil EDL 1889/1 establece un requisito "ad solemnitatem", excepción a la regla general de nuestro sistema espiritualista sancionado por el art. 1278 del C. Civil EDL 1889/1 . La donación de cosa inmueble para que sea válida, ha de hacerse en escritura pública, requiriéndose

aceptación en la misma escritura pública o en otra separada y en vida del donante. Que el otorgamiento de escritura pública es requisito esencial, es opinión unánime de Doctrina y Jurisprudencia. Mientras no se dé cumplimiento a la forma, no hay contrato, y las partes no están obligadas por el solo hecho de que haya mediado ya consentimiento no formal. De tal forma que la Doctrina ha venido entendiendo que el donante que otorgó la donación informal, está tan no obligado a dar lo prometido, como si no lo hubiese prometido, porque es que legalmente aún no la ha donado. En idéntico sentido, sin fisuras, la Jurisprudencia ha venido entendiendo que donaciones de inmueble no documentados en escritura pública, no tienen el menor valor, ni por tanto despliegan virtualidad transmisiva alguna (por citar entre otras múltiples: 22 Feb. 1940, 1 Dic. 1948, 31 Oct. 1949, 13 Mar. 1952, 29 Abr. 1954, 11 Jun. 1955, 29 Nov. 1956, 5 Oct. 1957, 7 Oct. 1958, 15 Ene. 1959, 19 Dic. 1960, 10 Feb. 1961, 13 mayo. 1963, 4 Dic. 1964, 25 Jun. 1996 EDJ 1996/3553 -ésta incluso afirmando que lo donado en documento privado, poseído por el donatario imposibilita la adquisición por usurpación-, 24. VI. EDJ 1988/5507 y 3 Dic. 1988 EDJ 1988/9533 ; y entre la más recientes las de 31 Jul. 1999 EDJ 1999/19925 , 19 Jun. 1999 EDJ 1999/16802 , o finalmente la de 3 Mar. 1995 EDJ 1995/791 , clarísimas al respecto, recogiendo todos los precedentes anteriores). La Sala resuelve que en el presente caso, no comparte la resolución del Juzgador de Instancia en cuanto denegar el carácter de precarista al demandado y su esposa, D. Vicente V.F. y D^a Mercedes en virtud del documento uno acompañado al escrito de demanda y ello por entender que carece de validez jurídica la donación realizada por no ajustarse a los requisitos legales necesarios para su constitución.

TERCERO.- Sentada la consideración jurídica en el Fundamento de derecho anterior por la que se considera que no puede alegarse el derecho a ocupar la vivienda, objeto del procedimiento, el demandado-apelado dada que no ha existido donación validamente realizada, sí que la Sala entiende que la relación jurídica que une a los demandantes, D^a Emilia y D. Vicente V.B. con los demandados, D. Vicente V.F. y D^a Mercedes es una relación jurídica sustantiva de como dato, en cuanto en su momento existió una cesión de los padres al hijo con ocasión del matrimonio de éste. A este respecto debe de mencionarse, entre otras la Sentencia de la AP Madrid de fecha 15-enero-2000 la cual nos dice:

"Cuarto. El núcleo del presente recurso suscita la sugestiva cuestión de si la cesión por los progenitores al hijo de una vivienda para que la habite con su cónyuge y, eventualmente, sus hijos, constituye una mera posesión tolerada calificable como precario y si es posible la recuperación posesoria del bien en los casos de crisis matrimoniales, a propósito de la cual se advierte la existencia de, al menos, dos nítidas orientaciones exégetas en el ámbito de la jurisprudencia de las Audiencias. Una de la que son expresivas, señaladamente, las AA PP. SS Madrid, Secc. 8^a, de 13 Dic. 1993 y 17 Dic. 1995; Secc. 19^a, de 17 Ene. 1994 EDJ 1994/13396 ; Valladolid, de 26 Abr. 1994; Ávila, de 16 Feb. 1995; Valencia, Secc. 8^a, de 11 Nov. 1996; Zamora, de 16 Dic. 1996; Baleares, Secc. 5^a, de 31 Jul. 1997; Asturias, Secc. 1^a, de 5 Nov. 1997 EDJ 1997/16092 ; y Navarra, Secc. 2^a, de 22 Dic. 1998 EDJ 1998/37459 , observa, en primer término, que es preciso averiguar cuál fue la voluntad real de las partes sobre el carácter concreto que hubiera de revestir la cesión del uso del inmueble y su tiempo de duración, para lo cual debe analizarse minuciosamente cada caso concreto, sin que puedan ofrecerse soluciones generales de pretendida validez casi universal. En segundo término, recuerda que el como dato considerado por la doctrina como un contrato típico (art. 1740 CC EDL 1889/1), nominado, real, traslativo del uso y no de la propiedad, unilateral, gratuito pues si concurre pago de alguna clase de canon o merced surgirá el contrato de arrendamiento, conforme a lo dispuesto en el art. 1740 CC y temporal, por cuanto a tenor de los arts. 1749 y 1750 CC (Código Civil) EDL 1889/1 el comodatario podrá utilizar la cosa durante el tiempo convenido o concluido el uso para el que fue concedido, expresa o tácitamente determinado por la costumbre de la tierra. En consecuencia, en ausencia de pacto sobre duración o concreción de uso el comodante podrá reclamarla a su voluntad, incumbiendo la prueba de aquellas circunstancias al pretendido comodatario. Se concluye, así, que la distinción entre el contrato de como dato y la figura del precario radica en que se haya pactado un plazo de duración o uso específico de la misma, salvo el supuesto de urgente necesidad de la cosa por el propietario. Empero, aun admitiendo que la más moderna doctrina configura el precario como una variedad del préstamo de uso, id est, como un como dato con duración al arbitrio del comodante en la expresión utilizada por la TS S de 23 mayo. 1989 o, lo que es lo mismo, un como dato en el que, por no estar fijado el plazo de duración ni derivarse de los criterios ex art. 1750 EDL 1889/1 del citado cuerpo normativo, queda a la voluntad del comodante la conclusión del uso cedido, y que, en consecuencia, el precario moderno no es sino una mera modulación del como dato en los términos indicados, no puede desconocerse que el art. 1750 faculta al comodante a reclamar a su voluntad la cosa prestada siempre que colmen los presupuestos que describe, es decir, que no se hubiese pactado la duración del como dato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada y éste no resulte tampoco determinado por la costumbre de la tierra. Así, si no se pactó la duración de la cesión de forma directa, procede analizar si tal duración puede colegirse del hecho de haberse convenido el uso de la cosa prestada de manera concreta y determinada. Pero tal uso no resulta de suyo determinado de la propia cesión del disfrute de la vivienda para que convivan en la misma el descendiente y su familia, en cuanto que no es, por definición, distinto de aquel que es propio de la cosa sedicentemente prestada. Como indicase la AP S Madrid, Secc. 20^a, de 2 Nov. 1993, es importante diferenciar entre el concreto uso de la cosa para el cual se presta y el destino específico o finalidad de la misma, pues mientras este último se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios y específicos, una vivienda para habitar en ella o un coche para circular; por el contrario, el uso a que hace mención a una aplicación o servicio determinado así, préstamo de un piso para vacaciones o curso escolar, de un coche para viajar, etc., como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido, diferenciándose así de los supuestos en que el comodante puede reclamar a su voluntad, pero que obviamente no implican que por falta de pacto sobre el uso pueda emplearse la cosa para algo distinto del que es propio por su naturaleza; y así no puede concebirse que prestado un piso sea usado como almacén o gallinero, dado que siempre se entenderá que se cedió para vivienda, salvo excepciones que deberán probarse. En suma, el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equipararse al supuesto en que exista un uso determinado, que de ser específicamente pactado o resultar de la costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los como datos devendrían indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil v. gr., la vivienda para habitarla o el vehículo para circular con él. Tan sólo podría añadirse a tan fundado discurrir que una interpretación diferente pugnaría con la naturaleza temporal

que el art. 1740 CC EDL 1889/1 atribuye al como dato, impediría la restitución de la cosa prestada salvo en el supuesto de necesidad del comodante, pérdida o destrucción del bien objeto de cesión o muerte del comodatario si la misma se hizo en contemplación de su persona, desnaturalizaría la institución, también per definitionem gratuita, y la haría más gravosa para el titular de la cosa pactada que si hubiese transmitido su uso por medio de contraprestación. Se concluye que tal tesis no puede ser acogida por las consecuencias jurídicas graves que de ella derivarían al disolverse la temporalidad, ya que se vendría a hacer de mejor condición el ocupante por mera tolerancia que al que disfrute de un inmueble en virtud de un contrato de arrendamiento que es por naturaleza de carácter temporal, siendo el término indefinido incompatible con el concepto de arrendamiento, cual es sobradamente conocido.

Quinto. El problema que nos ocupa se encontraba pacíficamente resuelto en las TS SS, Sala Primera, de 30 Nov. 1964 y de 21 mayo. 1990, entre otras, expresivas, la primera, de que la cesión que hace un padre de familia a su hijo del uso de 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 cessionario, a no ser que otra cosa se infiera de la prueba. Y la segunda, relativa a una acción reivindicatoria dirigida por el actor contra la segunda esposa de su padre fallecido, se señala que "puede constituirse la vivienda familiar en precario o por mera tolerancia de sus titulares, de la cual depende el que pueda seguirse cumpliendo la decisión judicial de uso de la vivienda por la esposa o hijos tomada al amparo del art. 96 CC EDL 1889/1 ". Es a partir de la sentencia del mismo Alto Tribunal de 2 Dic. 1992 EDJ 1992/11914 cuando aquello que venía siendo regla de general aplicación a esta suerte de cesiones, se convierte en excepción, transformando en como dato 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 la 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 art. 7.1 del Código EDL 1889/1 . Desde esta posición difícilmente puede propiciarse la misma suerte jurídica a toda cesión entre familiares de una vivienda, habida cuenta, 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 como dato y el precario para determinar cuándo existe una u otra figura 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 como dato, y con prueba en todo caso a cargo de quien demanda una u otra situación, pues, como se ha dicho, una vivienda, a diferencia de lo que sucede con otros bienes, sólo puede ser legalmente destinada a la habitabilidad humana, siendo el domicilio una noción jurídica posterior al hecho de la habitación.

Sexto. Otra orientación, seguida con anterioridad por esta misma Sección en sus SS de 2 Feb. 1998 (rollo 408/98) y de 19 mayo. 1988 (rollo 669/97) y de la que son exponente además, entre otras, las AA. PP. SS Alicante, Secc. 5.ª, 7 Mar. 1991; Santa Cruz de Tenerife, 14 Oct. 1993 EDJ 1993/13887 ; Burgos, 10 Mar. 1994; A Coruña, 6 Abr. 1994; Cádiz, 2 Feb. 1995; Barcelona, Secc. 13.ª, 8 Nov. 1995 y 4 Oct. 1996; Soria, 2 Dic. 1996; Salamanca, 19 Nov. 1996 EDJ 1996/8467 ; Málaga, Secc. 6.ª, 23 Dic. 1996 y 4 Feb. 1999 EDJ 1999/4415 ; de Barcelona, Secc. 4.ª, 26 Feb. 1998 EDJ 1998/3778 ; y Castellón, Secc. 2.ª, 14 Oct. 1998 EDJ 1998/36555 , en la que sin duda se incardina la sentencia objeto de esta alzada, partiendo de que es precario la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia de su propietario o poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a su tolerancia, instituto de creación doctrinal y jurisprudencial a partir de los términos del art.1565.3 LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) EDL 1881/1 , que no se reduce a la noción estricta del precario en el Derecho romano, sino que amplía los límites del mismo a otros supuestos de posesión sin título, además de la posesión concedida u otorgada por liberalidad del titular del derecho, como la posesión tolerada, que no tiene su origen en ningún acto de concesión graciosa, y la posesión ilegítima o sin título para poseer, bien porque no ha existido nunca o por haber perdido su vigencia, teniendo todos estos supuestos en común la posibilidad de que el titular del derecho pueda recuperar a su voluntad el completo señorío sobre la cosa sin más requisitos que los previstos para el juicio de desahucio. Entre los tres casos de precario contemplados de posesión concedida, posesión tolerada y posesión ilegítima esta orientación incardina la cesión a los esposos o futuros esposos por los padres de uno de ellos de una vivienda de su propiedad para que les sirva de hogar conyugal, sin fijación ni limitación de tiempo, se hallaría comprendido dentro del primero de los tipos de precario mencionados, preconizando que éste a su vez se encuentra totalmente identificado con el como dato en el que no se ha fijado plazo de duración ni el uso a que habría de estimarse la cosa prestada, por lo que el comodante puede reclamarla a su voluntad según el art. 1750 CC EDL 1889/1 . Como sea que el principal problema con que se tropieza reside en determinar cuál sea la finalidad perseguida por las partes al destinar la casa a vivienda familiar, observa que si constituye un uso específico de ésta de carácter temporal tal que impida al comodante obtener su recuperación salvo caso de urgente necesidad mientras este uso se mantenga, se sostiene que en este caso no se está ante la figura del precario refundido en el como dato del art. 1750 CC EDL 1889/1 , sino ante un contrato de como dato propiamente dicho del art. 1749 EDL 1889/1 del mismo cuerpo legal. Esta dirección interpretativa invoca en apoyo de la tesis que defiende el principio constitucional de protección a la familia para adaptar el texto de la Ley EDL 1889/1 a la realidad social. Se afirma, así, que la protección del derecho a la vivienda recogido en el art. 47 de la Constitución EDL 1978/3879 unida a la protección del grupo familiar sancionada por el art. 39 EDL 1978/3879 hacen primar el derecho a la vivienda de los miembros de este grupo respecto del derecho que sobre la vivienda familiar pudieran ostentar otros miembros o terceros ajenos, y recuerdan cómo se permite la subrogación en el contrato de arrendamiento a quienes, en principio, no fueron parte en el contrato, los cuales ven su derecho a la vivienda convertido en un derecho sobre ésta; y, por otra parte, se posibilita la atribución del uso de la misma al cónyuge no titular en los supuestos de crisis matrimonial en función de lo dispuesto por el art. 95 CC EDL 1889/1 . Como corolario, se identifica la efectiva protección del derecho a la vivienda familiar amparado en la Constitución EDL 1978/3879 con el reconocimiento de un cierto derecho sobre la misma sin subordinación a la libre voluntad del tercero propietario. El razonamiento se completa con dos argumentos adicionales. De una parte, y frente a las objeciones de que la finalidad de destinar la 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, y que conduciría inescusablemente a considerar que estaríamos ante un supuesto distinto del uso concreto a que se refiere el art. 1749 CC EDL 1889/1 , se señala que una edificación urbana habitable e

idónea para su utilización no agota su haz de potenciales objetos con el de la ocupación en concepto de vivienda permanente, pudiendo tener otros plenamente compatibles con su destino (oficina, estudio, despacho, etc.); y, frente a que la vocación de permanencia que tiene el domicilio conyugal no se compagina bien con la temporalidad del contrato de como dato, se redarguye que siendo esto cierto, también lo es que debido a las crecientes dificultades para adquirir vivienda por los futuros esposos cada vez es más frecuente que sean los padres de uno u otro los que asuman total o parcialmente esta carga, bien en forma de préstamo, donación o cesión del uso de una vivienda de la que son titulares; y si bien tal cesión no plantea ningún problema mientras el matrimonio se desenvuelve normalmente, en los supuestos cada vez más frecuentes de crisis familiar que acaban en ruptura con atribución judicial de la vivienda al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos comunes se pone al descubierto esa posesión precaria cuando el beneficiario de la adjudicación no es el cónyuge con quien el propietario tenía la relación de parentesco, pudiendo incluso utilizarse esta carencia de derecho como arma para conseguir que la custodia de los hijos sea confiada a un determinado progenitor y evitar que la obtenga el otro. Se concluye que tales pretensiones encubren un más que probable abuso de su derecho prohibido por el art. 7. 2 CC EDL 1889/1 y 11. 2 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial) EDL 1985/8754 , y que se ampara al hacer recaer sobre la parte de la familia más indigente todo el peso de su nueva y difícil situación, precisamente en el momento en que su protección se hace más acuciante dado el desamparo en el que se desenvuelven la mayoría de las crisis matrimoniales cuando hay hijos menores. Se acostumbra a señalar, además, que quien dejó a sus hijos una vivienda de su propiedad para que la ocuparan después de contraer matrimonio no lo hizo para poder reclamársela a su voluntad en cualquier momento, sino durante un cierto tiempo, que normalmente se prolongará hasta que el matrimonio cuente con los recursos suficientes para costearse la adquisición de otra en propiedad o en arrendamiento, o hasta que surja otra necesidad similar por ejemplo, nuevo matrimonio de un segundo hijo que haga necesaria la desocupación, pero que de ninguna manera ha de entenderse transcurrido cuando la familia está atravesando por una situación de crisis, en que no sin grave quebranto económico puede procederse a la búsqueda de una vivienda alternativa que necesariamente conllevará un incremento de las cargas familiares que no pudieron tenerse en cuenta en el juicio de separación donde ya se contaba con seguir residiendo en la misma casa, y cuyo desalojo no aparece justificado por ninguna necesidad urgente del propietario. De otra parte, el segundo argumento se apoya en la TS S, Sala Primera, de 18 Oct. 1994 EDJ 1994/8380 , de acuerdo con la cual no parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda por el órgano que conoce de la separación o del divorcio configura un derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el art. 96, párrafo último del CC EDL 1889/1 , y que en todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor de los tres hijos del matrimonio, conforme al art. 96 CC EDL 1889/1 y éstos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor.

Séptimo. Ciertamente, no puede desconocerse que el TS en su S 31 Dic. 1994 EDJ 1994/8455 , superando la tesis sentada en la sentencia de 18 Oct. 1994 EDJ 1994/8380 , que calificó la adjudicación de la vivienda de derecho real familiar oponible a terceros y de eficacia total, vino a señalar, reiterando otra doctrina precedente del propio Tribunal, 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 familiar al uso de los cónyuges mediante sentencia o convenio regulador de separación no puede generar, como es natural, un derecho antes inexistente y sí, sólo 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 tenían pues ello entrañaría subvertir las necesidades familiares muy dignas de protección con cargos a extraños al vínculo familiar con el riesgo añadido de perjudicar este tipo de actitudes de colaboración al matrimonio proporcionando techo a sus seres próximos ante el temor de que ante una crisis familiar esa cesión se prolongara más allá de la querida por el propietario cedente y le privara definitivamente de su poder de disposición. De ahí que la resolución judicial que atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges no origina un derecho real de uso ejercitable erga omnes, ni puede oponerse frente al cedente que no intervino ni podía hacerlo en el proceso matrimonial, por lo que la incuestionable protección que merece la vivienda u hogar familiar en la Constitución EDL 1978/3879 y legislación civil, de la que son máximos exponentes las previsiones contempladas en los arts. 96 in fine EDL 1889/1 , y art. 1320 CC EDL 1889/1 , en cuanto a la legislación ordinaria concreción de los arts. 39 y 47 CE (Constitución Española) EDL 1978/3879 no puede trascender a terceras personas ajenas al matrimonio.

Octavo. No cabe duda, en el caso de autos, según se desprende de la admisión de hechos y por la apreciación de las pruebas practicadas, que la introducción de la vivienda litigiosa de la demandada y de su cónyuge tenía por objeto que los mismos instalasen en él su hogar familiar, y no de forma meramente tolerada, sino con pleno conocimiento y consentimiento de quienes en aquel instante ostentaban la propiedad del inmueble, lo que, a priori excluye que se trate de una ocupación como meros precaristas, entendido el precario en su consideración de simple situación fáctica, carente de cualquier título justificativo. En realidad la entrada y permanencia del matrimonio en la vivienda en cuestión se explica, perfectamente, en función de la figura jurídica del como dato: los propietarios, padres del esposo, ceden en préstamo el uso del piso, de manera gratuita, al matrimonio formado por el hijo y la esposa de éste. El citado como dato se pactó sin referirse a la duración del contrato, aunque el uso de la vivienda venía acordado, de forma expresa o implícita en el destino previsto de constituir el hogar familiar de los cesionarios, lo que dificulta a los comodantes, desde un plano jurídico, hacer aplicación de la reclamación a su voluntad prevista por el art. 1750 CC EDL 1889/1 . Dicho uso, por tanto, estaba y está condicionado a la subsistencia del fin en contemplación al cual se verificó la cesión, que no se puede estimar desaparecido por la circunstancia de que se haya producido una crisis conyugal, en la medida en que sigue sirviendo para alojar a la familia pese a que ya no la integre materialmente uno de sus miembros originarios repárese que no se precisó concluyentemente que la cesión duraría mientras subsistiese la unión conyugal, ni cabe presumir fundada y razonablemente que fuera esa la voluntad de los cedentes. Por su parte, cuando tras el fallecimiento de uno de los cónyuges cedentes el usufructo permanece en el otro y la nuda propiedad se transmite a una de las hijas y hermana de uno de los cónyuges cesionarios ésta se hace cargo a título de dueña nuda del concreto objeto de la litis, y conforme a las reglas generales de la sucesión, en la situación y con las obligaciones que precedentemente pesasen sobre el bien, por no haber concluido

el uso para el que se prestó la cosa (arts. 1749 y 1750 CC EDL 1889/1). Noveno. Corolario de cuanto antecede es que no constando pactado en el caso litigioso la duración de la cesión de forma directa, pero habiéndose convenido un contenido para el uso específico al que la cosa prestada debía destinarse hogar familiar del matrimonio y descendientes del hijo de los cedentes, es lo cierto que, pese al empeño de la parte apelante, la expresada finalidad se continúa cumpliendo por más que se haya producido una situación de crisis conyugal y privado judicialmente del uso uno de los esposos, lo que excluye la situación de precario como acto de mera tolerancia, y revela una situación de como dato o préstamo de uso. De esta forma, la nuera y descendientes de los originarios comodantes únicamente pueden reclamar la vivienda en el caso de concurrir urgente necesidad (art. 1749 CC EDL 1889/1), la cual en modo alguno ha resultado probada, y ello ha de cristalizar en el perecimiento del recurso interpuesto y en la confirmación de la sentencia de instancia." Con ello, pues se declara el carácter de como dato a la ocupación realizada por la parte demandada-apelada, que solamente finalizara cuando se acredite por el comodante la necesidad de su ocupación; así mismo considerando que se ha alegado la tramitación de un juicio ordinario ejercitando la nulidad de las donaciones efectuadas por D. Vicente V.B. y D^a Emilia a favor de su hija D^a Julia, un número 352/01 en el Juzgado de Primera Instancia Dos de Onteniente, no siendo negado por la parte contraria, se considera que en el presente caso la Sala no puede ir más allá de dejar la relación jurídica en una declaración de como dato y acreditar la necesidad del uso de la vivienda por el comodante (padres del demandado), pues la existencia de dicho procedimiento judicial implica que nos encontramos ante una verdadera cuestión compleja, de difícil resolución en el presente juicio; solamente cuando en virtud de dicho juicio se resuelva sobre la validez o no de la nulidad de las donaciones, se podrá resolver si D^a Julia por una parte, y D. Vicente V.B. y D^a Emilia por la otra pueden recuperar la posesión del inmueble.

CUARTO.- En materia de costas procesales, respecto a las causadas en esta alzada, y estimado parcialmente el recurso de apelación por ser estimada una de sus alegaciones de conformidad con lo establecido en el artículo 394 EDL 2000/77463 en relación con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , no procede hacer condena en costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Respecto de las costas causadas en primera instancia, las circunstancias excepcionales que concurren nacidas de las relaciones entre las partes litigantes, hacen considerar a la Sala que no procede hacer imposición de costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Vistos los preceptos legales aludidos y demás de general y concordante aplicación al caso de autos.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia en nombre de S.M. EL Rey y por la autoridad conferida por la Constitución EDL 1978/3879 aprobada por el pueblo español decide:

- 1º) Que estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Vicente V.B., D^a Emilia y D^a Julia.
 - 2º) Que se revoca parcialmente la Sentencia dictada en fecha de 31 de julio de 2001, en el sentido de que declarar que la ocupación de los demandados de la vivienda litigiosa esta legitimada en virtud de una situación legal de cómo dato.
 - 3º) En materia de costas procesales, las de esta alzada y las de primera instancia cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.
- Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Purificación Martorell Zulueta.- María Mestre Ramos.- Olga Casas Herraiz.