

EDJ 2002/17764

Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 4-3-2002, nº 75/2002, rec. 76/2002
Pte: Pérez Pérez, Juan Javier

Resumen

Interpone la parte demandada recurso de apelación frente a la sentencia de instancia, que estima la acción de desahucio ejercitada por la actora. Estima la Sala el recurso de apelación, si bien previamente desestima la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por la recurrente, puesto que los hechos litigiosos son claros, sin que existan cuestiones complejas que supongan el que deba remitirse a las partes a un proceso declarativo, dado el carácter especial y sumario del juicio de desahucio, limitándose la discrepancia a la naturaleza de la relación jurídica entre las partes. Examina la Sala la diferencia entre el comodato y precario, en aquellos supuestos, como el de autos, en que se cede por los padres el uso de una vivienda a su hijos que han contraído matrimonio para establecer en aquella el hogar familiar, cuando se produce una ruptura matrimonial y la vivienda se atribuye cónyuge con el que los padres no tienen parentesco, considerando que en el caso enjuiciado, se está en presencia de un comodato y no de un precario, sin que el título cambie su naturaleza por circunstancias sobrevenidas a la celebración del contrato, como es la ruptura matrimonial, por lo que ha de apreciarse la existencia de título legítimo de la posesión de la vivienda.

NORMATIVA ESTUDIADA

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

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ARRENDAMIENTOS URBANOS

CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Juicio de desahucio

Procedimiento

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.1, art.276, art.278, art.394apa.1, art.398apa.2, art.451, art.461 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

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por STS Sala 1ª de 22 octubre 2009 (J2009/245662)

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos por SAP Málaga de 30 diciembre 2009 (J2009/371818)

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

Cita SAP Madrid de 29 mayo 2001 (J2001/38233)

Cita SAP Cáceres de 31 mayo 2001 (J2001/27578)

Cita SAP Almería de 18 julio 2000 (J2000/33295)

Cita SAP Madrid de 3 julio 2000 (J2000/32704)

Cita SAP Las Palmas de 20 marzo 2000 (J2000/32554)
Cita SAP Málaga de 29 mayo 2000 (J2000/32545)
Cita SAP Navarra de 22 diciembre 1998 (J1998/37459)
Cita SAP Asturias de 5 noviembre 1997 (J1997/16092)
Cita SAP Madrid de 17 enero 1994 (J1994/13396)
Cita STS Sala 1ª de 18 octubre 1994 (J1994/8380)
Cita SAP Madrid de 13 diciembre 1993 (J1993/13870)
Cita STS Sala 1ª de 10 mayo 1993 (J1993/4369)
Cita STS Sala 1ª de 2 diciembre 1992 (J1992/11914)
Cita STS Sala 1ª de 14 abril 1992 (J1992/3701)
Cita STS Sala 1ª de 21 mayo 1990 (J1990/5320)
Cita STS Sala 1ª de 23 mayo 1989 (J1989/5312)
Cita STS Sala 1ª de 12 marzo 1983 (J1983/1650)
Cita STS Sala 1ª de 9 diciembre 1972 (J1972/549)

Bibliografía

Citada en "El precario en las relaciones familiares"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia impugnada.

SEGUNDO.- El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó sentencia en la fecha antes citada, cuyo Fallo dice lo siguiente:

"Que desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento y estimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador D. Enrique Luque Molina, en nombre y representación de Dª Catalina contra D. Agustín y Dª Guadalupe, sobre desahucio por precario DEBO DECLARAR Y DECLARO que los demandados ocupan la vivienda sita en la calle... número... del Rinconcillo, de esta ciudad, en calidad de precario y, en consecuencia, haber lugar al desahucio, CONDENANDO a los demandados a que en el término legal desalojen y dejen a disposición de la actora dicha finca urbana, bajo apercibimiento de que si así no lo hicieran, se procederá a su lanzamiento a su costa; y con imposición a los demandados, de forma solidaria, de las costas causadas en este juicio."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de Dª Guadalupe; admitido a trámite el recurso, y conferidos los preceptivos traslados, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial. Formado el rollo y designado ponente, se señaló día para la votación y fallo, quedando el recurso visto para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como cuestión previa, aunque no sea objeto directo del recurso que nos ocupa, y para depurar el procedimiento de toda posible duda sobre su regularidad, ha de declararse que la Sala comparte plenamente el Auto del juzgador de instancia que desestimó el recurso de reposición interpuesto por la parte apelada contra la providencia de 20-12-2001. El plazo para la presentación del escrito de oposición al recurso de la contraparte (art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463) ha de computarse, conforme al art. 276 de la misma ley EDL 2000/77463 , desde el traslado efectuado entre los procuradores de las partes, con los efectos del art. 278 del mismo texto legal EDL 2000/77463 .

En todo caso, si la parte apelada no lo estimaba así, pudo recurrir, como lo hizo, la providencia que lo decidió; pero debió tener presente que, conforme al art. 451 EDL 2000/77463 , el recurso de reposición carece de efecto suspensivo, por lo que debió presentar su escrito de oposición en el plazo conferido, sin perjuicio del recurso. Al no hacerlo así, dejó precluir su derecho a oponerse al recurso, de modo que tal resultado es consecuencia directa de su pasividad procesal, por lo que en ningún caso puede apreciarse indefensión.

SEGUNDO.- La demandada-apelante impugna la sentencia que estimó íntegramente la demanda de desahucio por precario. La apelante formula dos motivos de apelación: en primer lugar, reitera la excepción de inadecuación de procedimiento y, en segundo lugar, se alega error en la apreciación de las pruebas sobre la acreditación del uso de la vivienda y en la apreciación de que el comodato se convierte en precario al quebrarse la unidad familiar.

Para la resolución de estas cuestiones debe partirse de una premisa; la discrepancia de la recurrente con la sentencia (y, por ende, con los argumentos formulados por la actora en la instancia) es, en esencia de índole jurídica, y no fáctica, y tal punto de partida, los hechos en esencia pacíficos, es el que debe determinar la solución jurídica que se dé al recurso que nos ocupa.

Estos hechos pacíficos son la cesión por la actora, usufructuaria vitalicia de la vivienda litigiosa, de tal vivienda, a su hijo, D. Agustín, y la esposa de éste, Dª Guadalupe. Tras la ruptura del matrimonio ("desde que iniciaron los trámites de separación matrimonial", se dice

en la demanda), la actora requirió a los demandados para que abandonaran la casa, lo que no hizo su nuera, interponiendo la actora la citada demanda, a la que se allanó su hijo, oponiéndose su nuera.

Es a estos hechos a los que han de aplicarse los argumentos jurídicos que siguen.

TERCERO.- En relación con la excepción de inadecuación de procedimiento, que se reitera en esta alzada, ha de admitirse, en principio, que cuando la complejidad del asunto desborde los estrechos cauces del juicio de desahucio, dada su naturaleza sumarial, debe remitirse a las partes al declarativo; no obstante, la jurisprudencia menor, elaborada por las Audiencias Provinciales, matiza esta conclusión, tendiendo a rechazar la excepción de inadecuación de procedimiento, en el juicio de desahucio por precario, cuando el núcleo del litigio radica en el carácter gratuito o retribuido de la relación entre las partes, o en la divergencia sobre la calificación jurídica de tal relación, pues tales extremos son precisamente los que pueden constituir el núcleo de la oposición formulada frente a al demanda de desahucio, de modo que remitir, en estos casos, a las partes al procedimiento declarativo, supondría vaciar de contenido el juicio de desahucio. Es muestra de este criterio la Sentencia de fecha 29 de mayo de 2001 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª, ponente, Sr. Herrero de Egaña y Octavio de Toledo) EDJ 2001/38233 , que declara:

"Se alega en esta alzada el carácter complejo de las relaciones entre las partes, lo cual motiva la inadecuación de procedimiento a juicio del apelante, si bien no cabe acoger tal alegación dado que en autos las relaciones no pueden ser catalogadas de complejas ya que son claras y no encierran complejidad alguna. Efectivamente, es claro que la demandada viene ocupando la dependencia en la residencia y realizando tareas de peluquería para las residentes, sobre esto no existe debate entre las partes, sólo existe en cuanto a si ha existido pago de precio o merced, lo cual, es obvio, no puede entrañar complejidad ya que éste es el hecho nuclear del precario y de no poder ser debatido en el seno del juicio de precario éste carecería de sentido, y existe divergencia en cuanto a la naturaleza y existencia del título que ampara la ocupación, lo cual tampoco supone complejidad a efecto de este proceso ya que es inherente al precario su análisis y debate, por tanto no se aprecia motivo alguno para considerar que el presente proceso no es apto para substanciar las cuestiones planteadas por las partes y que excede del normal ámbito del precario ya que la complejidad del asunto supone que "el juicio de desahucio sólo puede ser utilizado cuando entre las partes no existan más vínculos jurídicos que los derivados de una relación arrendaticia o de una situación de precario, de forma que cuando existan otros vínculos distintos a los locativos, cláusulas ajenas al mismo o éstas sean de tal naturaleza que presenten sumamente complejas y especiales las relaciones entre las partes y hagan difícil la apreciación de la finalidad y transcendencia de las mismas" (AP Málaga, S 61, 29-5-2000 EDJ 2000/32545) pero por ello exige "ser interpretada en forma cautelosa y flexible por Jueces y Tribunales permitiéndoseles examinar cuestiones estrechamente enlazadas con el contrato en cuestión, que sin necesidad de aislar la acción ejercitada, quepa su consideración, por integrarse directa o necesariamente en la misma -T.S. 11 SS. de 17 de marzo de 1968, 9 de diciembre de 1972 EDJ 1972/549 , 12 de marzo de 1985 EDJ 1983/1650 , 14 de abril de 1992 EDJ 1992/3701 y 10 de mayo de 1993 EDJ 1993/4369 - de ahí que cualquier invocación por parte del demandado calificando de compleja la cuestión debatida no produzca en forma directa y automáticamente, sin más, remitir aquélla a ser resuelta en juicio declarativo ordinario" (AP Málaga en sentencia ya citada EDJ 2000/32545 , en idéntico sentido Las Palmas S 4ª 20-3-2000 EDJ 2000/32554 , Madrid S 21ª 3-7-2000 EDJ 2000/32704 , Almería S 2ª 18-7-2000 EDJ 2000/33295 , entre otras)."

Aplicando estos criterios al caso que nos ocupa, y aun admitiendo la existencia de un criterio contrario, que considera que en supuestos como el presente debe estimarse la excepción, la Sala acuerda rechazarla y decidir sobre el fondo del litigio, ya que, como antes se ha expuesto, existe coincidencia esencial en los hechos básicos litigiosos, limitándose la discrepancia a la naturaleza de la relación jurídica entre las partes (comodato o precario), discrepancia que constituye el ámbito natural del procedimiento que nos ocupa, por lo que ha de mantenerse la aplicación al caso de la regla competencial del art. 250.1.2º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . Por otra parte, las relaciones familiares que subyacen en la cesión de la vivienda no son de naturaleza tan compleja que impidan resolver la cuestión litigiosa en este procedimiento. En suma, procede la confirmación de la desestimación de la excepción alegada por la demandada.

CUARTO.- En cuanto a la naturaleza jurídica de la relación descrita en el Fundamento de Derecho primero de esta sentencia (segundo motivo del recurso), es cuestión debatida en la jurisprudencia la de si cabe el desahucio por precario en los supuestos de cesión gratuita, a un matrimonio, por un tercero (normalmente, los padres de alguno de los cónyuges) de la vivienda que constituye el hogar conyugal, produciéndose posteriormente la crisis matrimonial y reclamando el cedente la posesión de la vivienda cedida, por el procedimiento de desahucio por precario.

La solución que haya de darse al supuesto se derivará de la calificación jurídica que se da la relación de la que dimana la ocupación por el demandado de la vivienda litigiosa: si se trata de un comodato, será título suficiente para excluir la acción de desahucio; por el contrario, si es un puro precario, deberá estimarse la acción.

Pese a algunas discrepancias entre la llamada jurisprudencia menor, constituida por las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, puede apreciarse un criterio mayoritario que califica como comodato, y no precario, la relación entre cedente y cesionario, cuando el objeto y motivo de la cesión es la de servir la vivienda como hogar del matrimonio, entendiéndose que esta consideración no cambia de naturaleza cuando se produce la crisis matrimonial, quedando la vivienda atribuida para el uso privativo de uno de los cónyuges y de los hijos que con él convivan. En estos casos el título que legitima la posesión no es la resolución judicial dictada en el proceso matrimonial, que atribuye la cesión de la vivienda a uno de los cónyuges, puesto que estas resoluciones carecen de eficacia frente a terceros que no son parte en el proceso matrimonial; el verdadero título es el comodato, que si ligó a ambas partes, cedente y cesionario, y que excluye el precario habilitante del desahucio.

Esta postura jurisprudencial está exhaustivamente recogida y desarrollada en la Sentencia de fecha 31 de mayo de 2001 de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª, ponente, Sra. Tena Aragón) EDJ 2001/27578 . Por su interés, a continuación se transcribe

la mayor parte de sus Fundamento de Derecho, concretamente los que establecen los criterios jurisprudenciales generales, prescindiendo de los datos relativos al caso concreto. Declara esta sentencia:

"Primero: En el presente procedimiento se ejercitan dos acciones, la declarativa de dominio y la reivindicatoria ambas son estimadas por la juez de instancia, y ambos pronunciamientos son a su vez impugnados por la parte apelante, el primero de ellos se basa sustancialmente en que la vivienda objeto del procedimiento fue adquirida por la demandada y su entonces esposo a los actores, y padres de este último mediante un contrato verbal. En este extremo debemos compartir el criterio de la juzgadora "a quo", no se ha aportado prueba suficiente que desvirtúe la titularidad pública e inscrita en el Registro de la Propiedad, del dominio sobre ese inmueble, si bien es cierto que la demandada en prueba de confesión judicial dice que el precio de la casa fueron 3.500.000 ptas., de los que 3.000.000 fueron entregados en enero y las 500.000 pesetas resultantes fueron pagadas fraccionada mente mediante retenciones directas del sueldo de su marido (posición 1ª de la prueba de confesión, f. 96) lo cierto es que de ese pago fraccionado quizá podamos admitir la dificultad de acreditarlo al provenir los ingresos del entonces marido de un negocio del propio padre, pero la entrega de tres millones de pesetas sí podía haber sido constatado por algún medio probatorio, porque a pesar de decir que se le entregó esa cantidad en mano, de algún lugar debía de provenir, no es una cantidad de dinero que se tenga en casa durante tiempo sin más, se podía haber aportado el devengo bancario de la misma, o alguna otra prueba que constatare que la demandada y su exmarido dispusieran de esa cantidad, pero absolutamente nada se ha intentado a este respecto, y por ello, aún a pesar de que las inscripciones públicas de los derechos reales sólo establecen una presunción "iuris tantum" a favor de quien goza de ella, pudiendo ser desvirtuada esa presunción, en cuanto no se ha practicado prueba que lleve a la conclusión de que existe otro propietario distinto del que públicamente está inscrito. Igualmente debe coincidir con la juez "a quo" que las obras que se dicen realizadas en la vivienda no pueden suponer por sí mismas la adquisición de ninguna propiedad sino únicamente la realización de determinadas mejoras, por lo que en este extremo la sentencia debe ser confirmada declarando la propiedad de esa vivienda por parte de los actores.

Segundo: La segunda de las cuestiones suscitadas es quizás la más complicada judicialmente hablando, ya que la misma no constituye tanto una dificultad probatoria como podría serlo la primera, sino de postura jurisprudencial al no ser en absoluto pacífica la doctrina sobre todo, la llamada jurisprudencia menor, de las Audiencias Provinciales como acertadamente recoge la sentencia de instancia, haciéndose eco de esa disparidad que no existía anteriormente al encontrarse una específica jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo que son ejemplo las sentencias de 30 de noviembre de 1964 y 21 de mayo de 1990 EDJ 1990/5320 , en la primera se establece 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, si bien hemos de recordar que al pronunciarse esta sentencia no estaba en vigor la norma reguladora de la separación y divorcio que se encuentran vigentes en este momento.

Es a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992 EDJ 1992/11914 cuando aquello que venía siendo regla general de aplicación se convierte en excepción, sobre la base de la distinción entre el contrato de comodato y la figura del precario que radica en que se haya pactado un plazo de duración o no específico de la misma, salvo el supuesto de urgente necesidad de la cosa por el propietario, aún admitiendo que la más moderna doctrina configura el precario como una variedad del préstamo de uso, "id est", como un comodato con duración al arbitrio del comodante (STS de 23-5-89 EDJ 1989/5312) o, lo que es lo mismo, un comodato en el que, por no estar fijado el plazo de duración ni derivarse de los criterios ex art. 1750 del C.C. EDL 1889/1 queda a la voluntad del comodante la conclusión del uso cedido, ya que, en consecuencia, el precario moderno no es sino una mera modulación del comodato en los términos indicados, no puede desconocerse que el citado 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 hubiere pactado la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa pactada y éste no resulta 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, lo que conlleva la ampliación de criterios de valoración subjetiva como es la necesidad fáctica y la buena fe a que debe sujetarse el ejercicio de los derechos conforme al art. 7.1 del C. Civil. EDL 1889/1 (postura seguida por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Octava, sentencia de 13-12-93 EDJ 1993/13870 y 17-12-95, sección 19ª, sentencia de 17-1-94 EDJ 1994/13396 , Valladolid, 26-4-94, Ávila, 16-2-95, Valencia Sección Octava, 11-11-96 Zamora 16-12-96 Baleares, Sección 5ª, 31- 7-97, Asturias, Sección 1ª, 5- 11-97 EDJ 1997/16092 y Navarra, Sección 2ª, 22-12-98 EDJ 1998/37459).

Tercero: 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 comodato del artículo 1750 del C. Civil EDL 1889/1 , sino ante un contrato de comodato propiamente dicho del art. 1749 del mismo cuerpo legal EDL 1889/1 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 artículo 47 de la Constitución EDL 1978/3879 unida a la protección del grupo familiar sancionada por el artículo 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 artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 Como corolario, se identifica la efectiva protección del derecho a la vivienda familiar amparado en la Constitución con el reconocimiento de un cierto derecho sobre la misma sin subordinación a la libre voluntad del tercero propietario.

Frente a que la vocación de permanencia que tiene el domicilio conyugal no se compagina bien con la temporalidad del contrato de comodato, se rearguye 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 inclusive 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 un derecho prohibido por el art. 7.2º del Código Civil EDL 1889/1 y 11.2º de la 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 -p. ej. 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 STS Sala Primera, de 18 de octubre de 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 hijos del matrimonio, conforme al art. 96 CC EDL 1889/1 y éstos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor.

Cuarto: 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 en 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 comodato: 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 comodato 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 artículo 1750 del Código Civil 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."

Aplicando estos criterios, la Sala no puede compartir la conclusión del juzgador de instancia sobre la existencia de precario, y no de comodato. La cesión del uso de la vivienda, por parte de la madre-suegra, a los cónyuges, es gratuito, como todas las partes reconocen; no existe otra razón que justifique esa gratuidad que la intención de la madre de cooperar al mantenimiento de la familia creada por su hijo, al contraer matrimonio. Y prueba de que ésa, y no otra, era la finalidad, es que la madre sólo reclamó a los cónyuges la posesión de la vivienda cuando se produjo la crisis matrimonial ("mi representada lleva bastante tiempo requiriendo a los demandados, desde que iniciaron los trámites de separación matrimonial, para que abandonaran la casa y pudieran vivir independientemente", se dice en el hecho segundo de la demanda). Por lo tanto, es obvio que la voluntad de la cedente era la de contribuir al mantenimiento de la familia fundada por su hijo, y que sólo al romperse esa familia la actora reclamó la recuperación de la vivienda cedida.

Pues bien, para evitar inútiles repeticiones, dando por reproducidos los argumentos citados en la sentencia antes transcrita, y los citados a su vez por ésta, conforme a la jurisprudencia dominante, ha de concluirse que el título de posesión que ligaba (y liga) a las partes es el contrato de comodato, y no el mero precario. Y que ese título no muta su naturaleza por circunstancias sobrevenidas a la celebración del contrato, como es la posterior ruptura matrimonial. El título no es, pues, la resolución judicial que atribuyó a la demandada el uso del domicilio conyugal, sino el citado y previo contrato de comodato. Y la separación matrimonial, de hecho o de derecho, aunque pueda afectar a la voluntad de la cedente (como efectivamente ha afectado), no supone la finalización del objeto o finalidad para el que se cedió la vivienda, que era la de servir de cobijo a la familia de su hijo, familia que no ha desaparecido como consecuencia de la separación, y sigue estando constituida por su esposa (aún no está disuelto el matrimonio) y el hijo común.

En suma, ha de apreciarse la existencia de título legítimo de la posesión de la vivienda, que excluye la figura del precario, por lo que debe revocarse la sentencia apelada y, con ello desestimarse la demanda de desahucio.

QUINTO.- Pese a la íntegra desestimación de la demanda, teniendo en cuenta la especial naturaleza personal de lo debatido, así como el hecho de que el debate era sustancialmente de naturaleza jurídica, y susceptible de interpretaciones diversas, ha de apreciarse la causa de exclusión de condena en costas del art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , no realizándose expreso pronunciamiento sobre las causadas en la instancia.

Asimismo, dada la estimación del recurso de apelación, tampoco procede realizar especial pronunciamiento sobre las costas procesales de esta alzada, conforme al art. 398.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

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

FALLO

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Guadalupe contra la sentencia de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos la misma, y en su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por D^a Catalina contra D^a Guadalupe, absolviendo a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas, y sin realizar expresa imposición de las costas procesales de ambas instancias.

Devuélvase a su debido tiempo los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y únase otro testimonio al rollo de la Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en segunda instancia, pronunciamos, mandamos y firmamos. Manuel Gutiérrez Luna.- Juan Ignacio Pérez de Vargas Gil.- Juan Javier Pérez Pérez.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por su ponente, el Ilmo. Sr. Pérez Pérez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de lo que doy fe.