

# EDJ 1998/29382

Audiencia Provincial de Málaga, sec. 4ª, S 27-10-1998, nº 670/1998, rec. 1331/1997  
Pte: Arroyo Fiestas, Francisco Javier

## Resumen

*La Audiencia desestima el rec. de apelación interpuesto contra la sentencia que rechazó la demanda de desahucio por precario presentada por los propietarios suegros de la demandada tras la separación de los esposos. Entiende la Sala que la cesión de la posesión de la vivienda al matrimonio fue en consideración de la necesidad que tenía y hoy es agravada por el nacimiento de una hija. Además no se ha alegado la necesidad urgente de ocuparla por los propietarios. Todo ello hace que estemos ante una situación de comodato, que no ante un precario.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.1740 , art.1741 , art.1743

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	2

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ARRENDAMIENTOS URBANOS

CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Juicio de desahucio

Ámbito

Precario

Supuestos diversos

PRÉSTAMO

COMODATO

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Desahucio

#### Legislación

Aplica art.1740, art.1741, art.1743 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.736, art.896 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.7apa.1 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos, PRÉSTAMO - COMODATO, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP Cádiz de 21 septiembre 2004 (J2004/160546)

Citada en el mismo sentido sobre PRÉSTAMO - COMODATO, DESAHUCIO - CUESTIONES GENERALES, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Sentencia por SAP Valencia de 16 mayo 2005 (J2005/95592)

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)

#### Bibliografía

Citada en "El precario en las relaciones familiares"

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ronda, se dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 1997, en los autos de referencia, desestimando la demanda con imposición de costas.

SEGUNDO.- Notificada la Sentencia, por la parte actora se interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite, en ambos efectos, dándose traslado a las parte demandada (D<sup>a</sup> Auxiliadora) que efectúa alegaciones.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Audiencia el día 4 de diciembre de 1997, se acordó señalar día para la deliberación, la que se llevó a efecto el día 15 de octubre de 1998.

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

Actuando como Ponente, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Se aceptan los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte apelante en un fundamentado escrito de recurso, se alegó sustancialmente que no concurría comodato sino un precario, al poseer la vivienda sin pagar renta o merced, y sin determinación de plazo temporal.

SEGUNDO.- Examinara la sentencia recurrida, las pruebas practicadas y las alegaciones efectuadas en fase de recurso, se llega por la Sala a las mismas conclusiones que el juzgado de Instancia encuaneto que los demandantes, suegros de la demandada, instan el precio tras la separación de la demandada y su esposo, matrimonio del que resulto el nacimiento de una niña, hoy menor de edad, y no interesando al actor que la demandada se mantenga en posesión de la vivienda, en su día entregada al matrimonio para que la habitara, opta por la resolución de la situación que entiende de precario.

Sin embargo, consta que la cesión se efectúa al matrimonio, en consideración a la necesidad que mantenía, hoy acrecentada por el nacimiento de una hija, abonando los poseedores los gastos de luz y agua, por lo que de acuerdo con los arts. 1740 y 1743 del C. Civil, nos encontramos ante un comodato que, no precario, por lo que la cuestión compleja que se analiza desborda los estrechos cauces del juicio de desahucio por precario, lo que nos lleva a la confirmación de la sentencia.

En este sentido declara la doctrina del Tribunal Supremo que 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 recupera el piso, por lo que coincidiendo la no desmentida necesidad de habitar el piso los demandados y sus hijas y la no alegada necesidad urgente de ocuparla por los propietarios, es cierto que por la aplicación de dichos preceptos en consonancia con lo abstractamente dispuesto en los arts. 1740 y 1741 mismo Cuerpo legal, ha de estimarse el motivo con casación de pronunciamiento a que se refiere la sentencia recurrida: más aun, si se advierte que esa necesidad de habitar los dos pisos -sucesivamente-, lo fue como necesaria o conveniente ayuda económica cuya inexistencia actual no se ha demostrado en la litis, siendo precisamente el ejercicio de la acción de reclamación sospechosamente posterior al divorcio del hijo y adjudicación a la esposa -nuera de los actores- y a las hijas-nietas de los demandantes-, para que ellas continúen habitando el piso en concepto de hogar conyugal o familiar como lo fue desde un principio, por lo que ha de significarse, en una posible concomitancia con el imperativo del art. 7.1 Cc. EDL 1889/1 que la acción no puede prosperar, lo que añade un razonamiento más que justifica la decisión de casar el pronunciamiento de la Sala "a quo" referente al reintegro posesorio del piso a los actores.

92/11914 TS 1<sup>a</sup> S 2-12-1992, rec. 1532/1990, Pte: Malpica González-Elipe, Matías.

Esta doctrina no queda superada por la expresada en la alegada sentencia del Ts de 31 de diciembre de 1994, ya que los razonamientos que se plantean en la misma sobre la materia que ahora analizamos, constituyen un mero "obiter dicta", es decir, razonamientos que no afectan a la cuestión de fondo que es la que verdaderamente se debate y se soluciona en el litigio.

TERCERO.- Desestimando que ha sido el recurso, no procede imponer el apelante las costas de la segunda instancia, dadas las divergencias doctrinales sobre a materia (arts. 736 y 896 de la LEC EDL 2000/77463).

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que desestimando el recurso de apelación. interpuesto por D Alfredo, representado por el Procurador D. Luis Benavides Sánchez de Molina, contra sentencia de 30 de septiembre de 1997 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ronda, dictada en los autos de referencia, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la resolución recurrida, sin imposición al apelante de las costas de la segunda instancia.

Notificada que sea la presente resolución, remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de instancia, y sin que contra la presente resolución proceda recurso ordinario.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Melchor Hernández Calvo.- Luis Alfonso Pazos Calvo.