

# EDJ 2007/71831

Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 2ª, S 30-4-2007, nº 103/2007, rec. 112/2007  
Pte: Alvarez-Ossorio Benítez, Margarita

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	1
FALLO .....	3

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### ARRENDAMIENTOS URBANOS

#### CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Juicio de desahucio

Precario

Supuestos diversos

### MATRIMONIO

#### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar

Supuestos diversos

## FICHA TÉCNICA

### Legislación

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

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.1750 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de El Puerto de Santa María dictó Sentencia el día 21 de septiembre de 2006 en el procedimiento referenciado, cuya parte dispositiva es como sigue: " Que estimando la demanda formulada por el Sr. Gómez Jiménez en nombre y representación de D. Rosendo contra Dª Mari José debo declarar y declaro que la posesión de la vivienda sita en Edificio DIRECCION000 NUM000 NUM001 de Valdelagrana en El Puerto de Santa María no está basada en título justificativo alguno debiendo ésta dejar la misma libre y aplena disposición del actor y todo ello con expresa imposición de las costas del presente procedimiento".

SEGUNDO.- Preparado recurso de apelación por la parte demandada, fue emplazada por veinte días para que lo interpusiese, lo que así hizo, dándose traslado a la contraparte por diez días, quien se opuso al mismo, siendo remitidos los Autos a esta Audiencia Provincial, donde, repartidos, correspondió su conocimiento a esta Sección, donde se ha formado el rollo y turnado de ponencia, providencia notificada a las partes, personándose en la alzada la apelante. No solicitada la práctica de prueba ni interesado vista, que no se estimó necesario, se señaló fecha para la deliberación y votación, el 23 de abril, quedando los autos pendientes de Sentencia, cumpliéndose las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente la Iltma. Sra. Magistrada Dª MARGARITA ÁLVAREZ OSSORIO BENÍTEZ, quien expresa el parecer del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La apelante impugna la Sentencia de instancia pidiendo su revocación argumentando que ha existido infracción del artículo 7º, 1 y 2 del Código Civil EDL 1889/1 , de abuso del derecho, porque la vivienda que se le reclama, sita en El Puerto de Santa María, en DIRECCION000 NUM000 . NUM001 , de Valdelagrana, le fue adjudicada su uso junto con su hijo tanto en sede de Medidas Provisionales como en Sentencia de separación matrimonial de su esposo, recaída el 19 de octubre de 2005 , considerando que la naturaleza de la cesión del inmueble que en su día les fue realizada por los padres de su ex marido la considera de comodato.

Pese a que la recurrente insiste en que la vivienda de Valdelagrana fue un regalo hecho por sus suegros para que vivieran en ella el matrimonio, constituyendo en la misma su domicilio conyugal, nunca se documentó; es más, inicialmente ocuparon una vivienda en el mismo edificio y al resultarles pequeña, aquéllos la vendieron para adquirir la que hoy se reclama, de mayor tamaño, sin que alteraran el título de propiedad. D. Rosendo , padre del demandante y suegro de la demandada, falleció el 18 de enero de 2000 sin otorgar testamento, tramitándose acta de notoriedad para la declaración de herederos el 29 de marzo de 2000, declarándose como tales a sus tres hijos: D. Rosendo (actor en el presente procedimiento), D. Carlos Antonio y D. Alfredo (ex esposo de la demandada), sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria que correspondía al cónyuge viudo, D<sup>a</sup> Virginia . La partición y adjudicación de bienes tuvo lugar el 26 de julio de 2004, en la que a D. Rosendo se le adjudicó en pleno dominio la vivienda ocupada por la demandada, siendo inscrita en el Registro de la Propiedad; a su hermano, D. Alfredo , la nuda propiedad del piso sito en Cádiz en Avenida DIRECCION001 núm. NUM002 . NUM003 . duplicado, cuyo usufructo había correspondido a su madre, D<sup>a</sup> Virginia , con quien convivía.

Al ser interrogado el demandante manifestó que la distribución de los bienes se había hecho conforme a decisión familiar en el que jugó un papel relevante su madre.

Respecto de las fechas en que el marido dejó la vivienda y el planteamiento de la demanda de separación matrimonial con las consiguientes Medidas Provisionales, la Juez de instancia, en cuyo Juzgado se tramitó el procedimiento, deja constancia de que, aunque su presentación tuvo lugar el 11 de junio de 2004, hasta el 15 de octubre siguiente no contestó la representación de la apelante el requerimiento que se le efectuó para que aportara domicilio del demandado, librándose el 25 de dicho mes exhorto a Cádiz para el traslado de la demanda, siendo la fecha de aceptación y adjudicación de la herencia del Sr. José Pedro como se ha dicho, 26 de julio de 2004, anterior a aquélla.

SEGUNDO.- La reclamación por tercero propietario de la vivienda que venía siendo usada sin título concreto por uno de los hijos del dueño ha sido objeto de controversias por la falta de concreción del título que legitima al hijo, como nos pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005 , tema que abordamos por su conexión con el caso de autos en que la propiedad del bien al ex cuñado de la demandada le viene por herencia paterna.

La cuestión hasta entonces había sido sometido a la consideración del Alto Tribunal en dos ocasiones: en la primera, abordada en Sentencia de 2 de diciembre de 1992 , se resolvió que estaba fijado el uso de la vivienda " 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 el comodato del precario ( artículos 1749 y 1750 de la LEC de 1881 EDL 1881/1 ) pues aunque no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esta necesidad familiar que no se ha negado en la demanda" La segunda vez, se resolvió en Sentencia de 31 de diciembre de 1994 , donde se expuso: "siempre 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 el 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 Sentencia primeramente citada, de 26 de diciembre de 2005 , resolviendo un supuesto de crisis matrimonial en que la esposa posía el bien cedido por el padre de su marido, establece que ante una posesión concedida a título gratuito y revocable pueden suceder dos posibilidades: 1<sup>a</sup>.- Que exista una verdadera relación contractual que justifica la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código Civil EDL 1889/1 atribuye al comodato, artículos 1750, sin olvidar las limitaciones del 1749 , debiendo constar de forma clara la relación contractual, pudiendo deducirse también de actos tácitos, nos dice. Pero, añade, si cuando cesa este uso el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista; 2<sup>a</sup>.- Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario".

Con estas premisas debemos concluir ante el resultado de la prueba practicada que el bien fue cedido a la demandada y a su esposo gratuitamente por los padres del último para que constituyeran en él su domicilio familiar; tras la crisis matrimonial y salida del marido de la vivienda, cesó la finalidad perseguida, manteniéndose la demandada en la finca por la tolerancia del propietario, es decir, en precario. Subyace en su impugnación el reproche al ex esposo de no haberse adjudicado el bien en la herencia de su padre. Más olvida que en dicho bien, presuntivamente ganancial por la fecha de adquisición del bien y no haber constancia de otra situación, su ex suegra tenía un papel decisivo relevante, habiendo dos hermanos más de su ex esposo, por los que las facultades decisorias del mismo estaban limitadas.

La titularidad del bien del demandante es indiscutible y su posición de tercero ajeno a las relaciones familiares y efectos jurídicos de la disolución del matrimonio de su hermano también, no siendo de aplicación la teoría de abuso del derecho que se alega por la ajeneidad del actor antes afirmada.

Por ello, que proceda la desestimación del recurso y la confirmación de la Sentencia de instancia por sus propios y aceptados fundamentos.

TERCERO.- Las costas se imponen a la parte recurrente por aplicación del artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo

## FALLO

DESESTIMAR el recurso de apelación promovido por la representación de D<sup>a</sup> Mari José contra la Sentencia dictada el 21 de septiembre de 2006 por la Sra. Magistrado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de El Puerto de Santa María, en el juicio verbal núm. 709/05, CONFIRMANDO la misma e imponiendo a la parte apelante las costas de la alzada.

Notifíquese en legal forma a las partes la presente resolución y, seguidamente, devuélvanse los autos al Juzgado de origen.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 11012370022007100084**