

# EDJ 2004/161668

Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 3ª, S 31-5-2004, nº 120/2004, rec. 3120/2004  
Pte: Unanue Arratibel, Juana María

## ÍNDICE

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

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### ARRENDAMIENTOS URBANOS

#### CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Juicio de desahucio

Precario

Prueba

Supuestos diversos

## FICHA TÉCNICA

### Legislación

Cita art.394, art.398, art.467 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Tolosa , se dictó sentencia con fecha 11 de febrero de 2004 , que contiene el siguiente FALLO: " En virtud de lo expuesto que desestimando la demanda presentada por la Procuradora Dña. Pilar Galarza Elola en nombre y representación de Dña Araceli contra Dña. Ángeles DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de los pedimentos de la demanda. Se condena a la demandada a abonar las costas del presente procedimiento."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fué admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictandose resolución señalando día para la deliberación y votación.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

VISTO.- Siendo Ponente en esta instancia la Iltma. Sra. Magistrado Dª.JUANA MARÍA UNANUE ARRATIBEL.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos Jurídicos de la resolución recurrida en lo que no se opongan a los siguientes y ;

PRIMERO.- La argumentación primordial y fundamental en torno a la cual gira el recurso de apelación se refiere a la no existencia en el presente supuesto de una cuestión compleja que impida la prosperabilidad de la acción de desahucio por precario, sin que la atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial pueda incidir en el derecho de usufructo que ostenta la actora ni permite entender que concurre la figura del comodato, por todo lo expuesto debe estimarse la demanda y se impongán las costas en ambas instancias a la demandada.

SEGUNDO.- La actora ejercita la acción de desahucio por precario al tener el derecho de usufructo de la vivienda que ocupa la demandada.

Esta se opone a la acción citada planteando la existencia de comodato al habersele concedido el uso de la vivienda al contraer matrimonio con el hijo de la actora y en la actualidad tener atribuido el uso de la vivienda con las dos hijas del matrimonio en el procedimiento de separación.

Los tres requisitos que la figura de precario requiere para que la acción de desahucio pueda prosperar por tal situación se reducen a la falta de pago de merced, tenencia de la cosa por mera tolerancia expresa o tácita del poseedor real y que tal posesión o disfrute pueda ser truncada por la decisión de dicho titular, siendo unánime la doctrina que concluye denegando la vía del desahucio cuando

la situación de hecho va más allá de la simple contemplación de los requisitos antes dichos, pues como resulta común a toda clase de desahucios, con mayor motivo en el precario, la complejidad deducida de las relaciones entre las partes debe llevarse a la vía del juicio declarativo correspondiente donde la capacidad de decisión legal del órgano jurisdiccional puede tener un marco más adecuado que el estrictamente señalado en el juicio de desahucio.

De la prueba practicada ha quedado probado que:

- En escritura pública de 16 de diciembre de 1982 la vivienda NUM000 letra NUM001 de la PLAZA000 núm. NUM002 de la localidad de Andoain fue adquirida la nuda propiedad por D. Luis Miguel y los cónyuges, Luis Miguel y Araceli , adquiere el usufructo vitalicia ( folio 13 vuelto).

. Que en la vivienda de la CALLE000 NUM003 - NUM000 NUM004 . de Andoain residen la actora, Araceli , Luis Miguel , Luis Miguel y Sergio .

- que con fecha 13/02/01 el Sr. Luis Miguel se le diagnostica diabetes y en dicho informe se hace mención al control por el médico de cabecera y psiquiatra correspondiente ( folio 28).

- En la vivienda de la PLAZA000 núm. NUM002 - NUM000 NUM001 establecieron el domicilio tras contraer matrimonio Luis Miguel y la demandada, Ángeles .

- En auto de 27 de junio de 2003 en el marco del procedimiento de separación se atribuye a la demandada la guarda y custodia de las dos hijas menores del matrimonio y el uso de la vivienda antes mencionada ( folio 32).

- En la sentencia de separación de 11 de noviembre de 2003 se atribuye el uso y disfrute de la vivienda antes mencionada a Ángeles y a sus dos hijas ( folio 85).

- En el acto del juicio tanto la demandada como el Sr. Sergio reconocen que no han pagado renta y que han pagado el impuesto de bienes inmuebles ( folio 93 y 94).

- También manifiestan que se trasladaron a la vivienda al contraer matrimonio.

- Además, la demandada reconoce que la actora y su esposo compraron la vivienda para su ex esposo y que los padres del mismo son usufructuarios.

- En el informe de la asistente social del Ayuntamiento de Andoain se menciona que la demandada trabaja para una empresa de limpiezas, percibiendo unos ingresos de 699 euros ( folio 91).

- El Sr. Luis Miguel , en el acto del juicio, refirió que tras la separación volvió a casa de sus padres, y que en dicha vivienda viven sus padres y su hermano, que no tienen espacio suficiente, que su esposa trabaja de limpiadora y percibe ingresos de unos 700 euros, que trabaja de controlador en una empresa de seguridad.

Una vez establecido lo anterior debiera de hacerse mención a la Jurisprudencia y las diferentes posturas que existen en torno a la problemática que surge cuando unos padres dejan la vivienda a un hijo, a su esposa y a su posible descendencia para que establezcan su domicilio conyugal, y posteriormente se produce una crisis del matrimonio que deriva en nulidad, separación o divorcio, procediendo entonces los propietarios de la vivienda a exigir su devolución al cónyuge al que su uso le fue atribuido por resolución judicial, con respecto a ello hemos de reseñar que hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 2-12-1992 se mantenía el criterio de que en los supuestos de cesión de una vivienda por los padres de uno de los cónyuges al matrimonio devenía en precario en el momento que se iniciaba una situación de separación o de divorcio, pero con esta sentencia el T.S. comienza a considerar que habría que analizar cada caso concreto para, con criterios simples de valoración subjetiva, determinar el derecho de ocupación de la vivienda, pudiendo decirse que del estudio concreto de cada uno de los supuestos, podría determinarse si nos encontramos ante un precario o ante un comodato.

La figura del precario como es bien sabido tiene dos acepciones distintas, una de índole procesal, como procedimiento a través del cual se sustenta un desahucio y otra civil, que es la que en estos momentos nos interesa, y que aunque no tiene una regulación legal específica, la jurisprudencia la ha ido perfilando siendo reiterada la doctrina sentada por las Audiencias Provinciales y entre ellas y desde muy antiguo por el T.S., así sentencias entre otras las de 26-1-87, 25-5-87 o 3-11-87, la que ha venido sosteniendo que "se considera precario aquella situación por la que se posee o disfruta una finca rústica o urbana sin pagar renta o merced o sin título legitimador o justificativo de la misma, bien por que nunca halla existido título o bien porque, habiéndolo habido, este sea nulo o haya devenido ineficaz".

Por el contrario tenemos que el comodato si tiene regulación legal, y así el Código Civil EDL 1889/1 en sus artículos 1740 a 1752 lo define como un préstamo por el que una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, conservando el comodante la propiedad de la cosa y adquiriendo el comodatario tan solo el uso de la misma, aunque no sus frutos. El artículo 17.49 prevé la posibilidad de fijar el comodato no solo por cierto tiempo sino también por un uso determinado, estableciendo además que no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluir el uso para el que se prestó, en el supuesto hoy contemplado y de la acreditado en el procedimiento se evidencia que la cesión de la vivienda por la actora a favor de su hijo se efectuó para un uso determinado y que no es otro que fijar en el mismo el domicilio conyugal.

Es necesario reconocer que la jurisprudencia no es pacífica con respecto a sí dicha situación, es decir , la cesión de la vivienda por razón de matrimonio y para establecer el domicilio conyugal, constituye un comodato o un precario, hay un sector que podríamos denominar minoritario que considera que dicha figura constituye un comodato, considerando improcedente la acción de desahucio

por precario cuando la ocupación viene condicionada por una relación familiar, estableciendo algunos Tribunales que cuando existe relación familiar entre las partes, el juicio sumario de precario no es aplicable, por llevar implícito una cuestión compleja, mientras que otros, por el contrario estiman válido dicho procedimiento por entender que no existe ningún extremo que no pueda solventarse en el mismo, insistiendo igualmente los partidarios del comodato en la primacía del principio de protección de la familia (artículo 39 de la Constitución EDL 1978/3879 [RCL 1978, 2836]) y considerando título suficiente la adjudicación de la vivienda acordada en sentencia de separación o divorcio.

Por ello de habrá de concluirse que en este supuesto que no nos hallamos ante un supuesto complejo, sino que del examen de la escritura pública de adquisición de la vivienda se infiere que la propiedad de la vivienda cuyo desahucio se insta corresponde a D. Luis Miguel, la nuda propiedad, y que la actora y su esposo son usufructuarios de la misma, por ello, debe concluirse que la actora como usufructuaria, no está prima facie legitimada para instar el desahucio ya que el usufructo da derecho a disfrutar de bienes ajenos (art. 467 de la L.E. Civil EDL 2000/77463), pero en modo alguno atribuye facultades dispositivas del derecho de dominio, que competen al nudo propietario, máxime cuando la demandada tiene atribuido el uso de la vivienda en el procedimiento de separación, por lo que debe desestimarse la demanda y confirmarse la resolución recurrida de conformidad con lo anteriormente expuesto.

TERCERO.- La desestimación del recurso supone de conformidad con lo expuesto en la presente resolución que se impongan las costas de la alzada al apelante (art. 398 de la L.E. Civil EDL 2000/77463) y en cuanto a las de la instancia la desestimación de la demanda supone que se impongan las costas a la demandante de conformidad con el art. 394 de la L.E. Civil EDL 2000/77463.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

## FALLO

Que desestimando el recurso de apelación formulado por D<sup>a</sup> Araceli contra la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia num. Tres de Tolosa de fecha 11 de Febrero de 2004 y; debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, con imposición de las costas de la alzada y de la instancia a la apelante.

Dentro del plazo legal devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 20069370032004100230**