

# EDJ 2011/110492

Audiencia Provincial de Albacete, sec. 2ª, S 25-5-2011, nº 155/2011, rec. 332/2010  
Pte: González Carrasco, María del Carmen

## ÍNDICE

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

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DESAHUCIO

OTROS

EXCEPCIONES DILATORIAS Y CUESTIONES PROCESALES

FALTA DE PERSONALIDAD

Del demandante

PRECARIO

OTROS SUPUESTOS

PRÉSTAMO

COMODATO

## FICHA TÉCNICA

### Legislación

Cita art.248apa.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Bibliografía

Comentada en "El precario en las relaciones familiares"

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La relacionada Sentencia de 26 de julio de 2010, se recurrió en apelación por la parte demandada, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia, ante la que se personaron dentro del término del emplazamiento y en legal forma las partes litigantes y seguidos los demás trámites, se señaló el día 23 de marzo de 2011 para la votación y fallo de la apelación.

SEGUNDO.- Que en la sustanciación de los presentes autos, en ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sra. Magistrada Dª MARÍA DEL CARMEN GONZALEZ CARRASCO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- -. Por la apelante se recurre la sentencia de instancia por la que se estima la acción de desahucio instada por el copropietario de la vivienda objeto de litis, padre del ex-cónyuge de la demandada, por entender que la situación de la misma sobre el inmueble es la de precarista, habida cuenta de que la misma se cedió de forma gratuita a su hijo para ser habitada por éste y su esposa como vivienda familiar sin determinación temporal ni título alguno, y sin que el derecho de uso de la misma concedido a la esposa en la sentencia de divorcio como progenitor custodio de los hijos menores del matrimonio pueda otorgar a ésta un derecho superior al que tenía vigente el matrimonio.

Frente a dicha resolución se alza la demandada alegando falta de legitimación activa del actor por actuar prescindiendo de su esposa, titular de un derecho ganancial sobre el inmueble en cuestión, sin que de los autos conste que la acción entablada resulta beneficiosa a la misma; y sobre el fondo, alegando la existencia de un comodato establecido temporalmente hasta el momento en que el núcleo familiar pudiera disfrutar de la futura construcción de un vivienda propia, momento que todavía no habría llegado, con la consiguiente subsistencia del comodato, que además vendría consolidado por la sentencia de atribución del uso de la vivienda familiar a la demandada y a los nietos del actor, hijos de ésta.

SEGUNDO.- Comenzando por el primero de los motivos, el recurso ha de ser desestimado. La titularidad ganancial del bien es un minus con respecto a la cotitularidad ordinaria, de la cual el Tribunal Supremo ha consolidado una doctrina según la cual cada

comunero está legitimado para actuar en beneficio de la comunidad, aprovechando la sentencia dictada al resto sin que le perjudique la contraria, ello siempre y cuando no conste previa oposición. Siendo ello así en la cotitularidad ordinaria, tanto más será en el caso de las titularidades de carácter ganancial, habida cuenta de que dicha posición no con el propio Código Civil EDL 1889/1 legitima a cada cónyuge para los actos de defensa de los bienes gananciales, siendo que si de la cesión del uso de la cosa no media precio siempre se considerará objetivamente beneficiosa para la sociedad de gananciales su recuperación; y por otra parte, en el presente caso ha de considerarse acreditada la aquiescencia de la esposa del actor, que asistió al acto de la vista sin mostrar oposición alguna.

TERCERO.- Una vez rechazada la excepción procesal opuesta por la demandada, procede entrar en el fondo de la cuestión, que no es otra que la de dilucidar la condición en la que se encuentra el núcleo familiar beneficiario por sentencia del derecho de uso de la que fuera la vivienda conyugal cuando la propiedad de ésta pertenece a un tercero, especialmente cuando dicho tercero la cedió de forma gratuita en razón de su relación familiar con el cónyuge que, tras el cese de la convivencia, ha de abandonarla en razón del derecho de uso judicialmente atribuido al otro en virtud del artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 . En esta circunstancia, hay de que partir de la doctrina del Tribunal Supremo según la cual el cónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda conyugal en el procedimiento de separación o divorcio no ostenta mejor condición de la que tuviera el titular del derecho de uso sobre la misma frente al tercero que lo concedió, de tal forma que lo decidido sobre esta atribución del uso tiene efectos entre los litigantes en el proceso matrimonial pero no es oponible al tercero, que mantiene intactos los derechos en orden a la recuperación del uso que le asistían antes del cese de la convivencia de los cesionarios del mismo. Así las cosas, es fundamental determinar el título por el que dicho uso se cedió al matrimonio formado entre la demandada y su ex-cónyuge.

La apelante esgrime el argumento, contrario a lo estimado por la sentencia de instancia, de que entre el actor y su hijo se estableció un comodato temporalmente vinculado a la construcción de una vivienda familiar que aún no habría sido finalizada, por lo que, a su entender, la atribución judicial a aquélla y a sus hijos menores habría de mantenerse hasta su ejecución.

El motivo ha de desestimarse. Lamentablemente, la ya de por sí difícil situación por la que han de pasar los menores tras el cese de la convivencia entre sus progenitores se ve agravada en situaciones como la presente, en la que, por otra parte, no puede gravarse a un tercero con la obligación de satisfacer la necesidad de vivienda del núcleo familiar precisamente más necesitado de protección. Pero la doctrina del Tribunal Supremo anteriormente expuesta es clara al respecto y en el presente caso, aún en el caso de que inicialmente se hubiera perfeccionado un comodato entre las partes y no una cesión en precario temporalmente indeterminada, el hecho de supeditar temporalmente la cesión gratuita de la vivienda a la construcción de una vivienda familiar cuyo proyecto quedó truncado con el divorcio de los cónyuges significaría establecer un gravamen permanente sobre el bien de un tercero contra el principio general de que en los actos a título gratuito, la dudas interpretativas sobre las obligaciones de las partes han de despejarse en favor de la menor onerosidad de la prestación.

CUARTO.- Por lo anteriormente expuesto, ha de desestimarse el recurso contra la sentencia de instancia, confirmándose la misma en todos sus pronunciamientos, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en la presente apelación

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 la apelación interpuesta por la representación de la parte demandada, contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2010, dictada por el juzgado de 1ª Instancia núm.1 de Hellín, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE la Sentencia de instancia, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución observando lo prevenido en el art. 248-4 de la Ley Orgánica del poder Judicial 6/85 de 1 de julio EDL 1985/8754 .

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

Publicación. En Albacete a veinticinco de mayo de dos mil once.

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 día de la fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 02003370022011100315**