



Roj: **SAP GI 1944/2000 - ECLI:ES:APGI:2000:1944**

Id Cendoj: **17079370022000100073**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **28/11/2000**

Nº de Recurso: **722/2000**

Nº de Resolución: **737/2000**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

GIRONA

APELACIÓN CIVIL

Rollo nº 722/2000

Autos Incidente nº 288/1999

JDO. 1ª INSTª INSTR. Nº 2 Girona

SENTENCIA Nº737/2000

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

José Isidro Rey Huidobro

MAGISTRADOS

Joaquim Miquel Fernández Font

Jaime Masfarré Coll

GIRONA, a veintiocho de noviembre de dos mil

VISTO, ante esta Sala el Rollo de apelación nº 722/2000, en el que ha sido parte apelante

Dña. Paula , defendida por el Letrado D. SERGIO SANTAMARIA SANTIGOSA, y

como parte apelada D. Carlos María Y Dña. Antonia , y

defendida por el Letrado D. MIQUEL BOTANCH CABALLERIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Instrucción nº 2 Santa Coloma de Farners en autos de Desahucio nº 288/1999 , seguidos a instancias de D. Carlos María I Dña. Antonia , representados por el Procurador D. JOSE CAPDEVILA BAS, y defendidos por el Letrado D. JOAN BOTANCH DANSA, contra Dña. Paula , representada por el Procurador D. IGNASI BOLOS PI, y defendida por el Letrado D. SERGI SANTAMARIA SANTIGOSA, se dictó sentencia cuya parte dispositiva literalmente copiada dice así: "FALLO: Estimar íntegrament la demanda interposada pel procurador Sr. Capdevila Bas, en nom i representació del SR. Carlos María i la SRA. Antonia , contra Doña. Paula , representada pel procurador Sr. De Bolos Pi, i condemnar la demandada a desocupar l habitatge situat al carrer DIRECCION000 , número NUM000 , NUM000 er



NUM001 , de Sana Coloma de Farners, a deixar-lo lliure i a disposició de l'actora, i procedir al seu llangament en cas que no ho faci dins del termini legal (8 dies). Imposar les costes processals a la part demandada."

SEGUNDO.- La relacionada sentencia de fecha 31 de julio de 2000 , se recurrió en apelación por la parte demandada, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia, y previos los correspondientes trámites se fijó día para la deliberación y votación de la misma, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción dada por la Ley 10/1992 de fecha 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal .

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Isidro Rey Huidobro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Considera la parte apelante que se ha producido infracción del art. 1740 del C.C . al calificarse como precario el uso del inmueble que ocupa, derivado de la atribución que de la vivienda familiar, se hace en sentencia de separación conyugal cuando realmente se está ante un comodato, por lo que solicita la revocación de la misma. Se centra pues la discusión en determinar la naturaleza jurídica del derecho de ocupación que sobre la vivienda puede corresponderle al cónyuge no titular de la misma.

Tradicionalmente el Tribunal Supremo venía considerando como auténtico precario, todo supuesto en el que se dejaba, voluntaria y gratuitamente, el uso de una vivienda para que constituyera la vivienda familiar. Con la sentencia de 2 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10250), esta línea jurisprudencial sufre una modificación. En esa sentencia el tribunal considera que no todos los casos han de tener la misma consideración, sino que es preciso analizar cada caso en concreto para, con criterios de simple valoración subjetiva, determinar el derecho de ocupación de la vivienda en función del derecho del titular de la misma, el cual no se ve afectado. En este sentido, se pronuncia igualmente la Sentencia T.S. de 29 de abril de 1993 (RJ 1994\2945). En otros términos, podría decirse que, del estudio concreto de los casos, cabrá determinar si en el supuesto de cesión del uso de una vivienda por parte de los padres al hijo, estamos ante un precario o ante un comodato. Una distinción que, la doctrina jurisprudencial concreta, en sus aspectos esenciales, en la determinación o no de un plazo o de un uso específico. Si existe dicha determinación estaremos ante un comodato y en caso contrario estaremos ante un precario. Constituyéndose, de esta forma, el precario en una especie del comodato, cuya duración queda al arbitrio del comodante (SSTS 22 de octubre de 1987 [RJ 1987\7463), 23 de mayo de 1989 [RJ 1989\3880) y 31 de diciembre de 1992 [RJ 1992\10670). Así, la terminación del comodato se dará al finalizar el plazo o el uso para el que fue concedido, mientras que el precario cuando el titular del bien así lo disponga, siempre que requiera al precarista con un mes de antelación (artículos 1740, 1744, 1749 y 1750 CC y 1565. 31 LEC).

SEGUNDO.- Pues bien, en el presente caso no consta que la cesión por los padres del esposo -aquí demandantes- de la vivienda para que sirviera de domicilio conyugal, se hiciese por un tiempo determinado; pero aún en el caso de que se considerase comodato por entender que la cesión se hizo para el uso del conjunto de la familia, este se convierte en precario al quebrarse la unidad del grupo familiar al que se cedió la vivienda.

Es reiterado el criterio de esta Sala que mantiene la insuficiencia de la atribución judicial de la vivienda a uno de los cónyuges, como título para impedir el cese del uso.

Así, en la sentencia de esta Sala de 14 de Octubre de 1996 ya se decía que la problemática surgida cuando unos padres han dejado una vivienda a un hijo, al consorte de éste y a su descendencia existente o eventual, con el fin de que en ella fijen su domicilio habitual, habiéndose producido posteriormente una situación de crisis matrimonial que ha derivado en la nulidad, separación o divorcio del matrimonio, reclamando posteriormente los titulares del piso su devolución al cónyuge a quien le ha sido atribuido su uso en virtud de la sentencia firme recaída en tales procesos, ha dado lugar a discrepancias en la Jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, ya que un sector, cuantitativamente minoritario, ha negado la situación de precario y, consiguientemente, el Lanzamiento, en tanto que otro ha optado por lo contrario.

En el primer sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992 parte de conceptualizar la relación jurídica entre los titulares del piso y el hijo a quien se le deja, como un comodato con un uso preciso y determinado cual es el de servir de domicilio de la familia del segundo, por lo cual, en base a lo dispuesto en el art. 1.749 del Código Civil , no podrán reclamar la cosa prestada sino hasta que haya finalizado la necesidad de usarlo para el fin por el que prestado, salvo que los comodantes lo necesitaran urgentemente. En esta misma línea se pronuncia la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de noviembre de 1994 . Por su parte, las sentencias de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 octubre de 1992 y de la Sección Primera de la de Barcelona de 23 de febrero de 1991 , consideran que al producirse la ocupación del piso en virtud de una resolución judicial recaída en un proceso matrimonial, en la que se atribuye su uso al miembro de la pareja cuyo lanzamiento se pretende, no existe precario, considerando compleja la



cuestión y remitiendo para su resolución a los cauces de un procedimiento declarativo ordinario, sin entrar en el fondo del asunto.

En sentido contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1990, dictada en un caso no idéntico pero sí muy similar, ya indicaba que la vivienda familiar podía constituirse en base a una situación de precario y que sólo mientras subsistiera la tolerancia de los condueños, en el caso que analizaba, podría seguirse cumpliendo la decisión judicial de uso por la esposa e hijas tomada al amparo del art. 96 del Código Civil. Por su parte, la sentencia de dicho Alto Tribunal de 31 de diciembre de 1994 afirma que "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 proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de rigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona...". En idéntico sentido las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Quinta de 21 de febrero de 1995, Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de abril de 1994 y de 2 de noviembre de 1993 y de la Sección Segunda de Cantabria de 16 de noviembre de 1993, debiendo destacarse que algunas Audiencias como la de Alicante o Cantabria que habían sostenido el criterio contrario, justifican y razonan la adopción de éste.

A la misma solución llega, por distinta vía la sentencia de 16 de febrero de 1995 de la Audiencia de Ávila en la que se considera que dejar la Vivienda por los padres titulares de ella a su hijo y nuera no supone que hubiera un comodato en el que se ha determinado "el uso" de aquélla, ya que ello constituye el fin y destino genérico del inmueble, pudiendo el comodante "reclamar a su voluntad".

Este Tribunal comparte el expresado criterio mayoritario al entender que la resolución judicial atributiva del uso de la vivienda a uno de los cónyuges dictada en el curso de un proceso matrimonial, afecta simplemente a tal uso, pero no a la titularidad en base a la cual éste se produzca, por lo que la misma vendrá sometida a los avatares que puedan afectar a tal derecho en base al que se usaba ya antes del referido pronunciamiento.

TERCERO.- De lo expuesto ha de concluirse desestimado el recurso de apelación sin que sea merecedora de acogimiento la infracción denunciada del art. 39.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues la cuestión que se somete no presenta la complejidad alegada y entra por tanto en el ámbito de este procedimiento de desahucio donde ha de resolverse sin necesidad de remisión al procedimiento declarativo ordinario.

CUARTO.- La desestimación del recurso comporta la imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada, de conformidad con el art. 736 LEC en relación con el art. 1583 de la misma norma.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación de Dña. Paula, contra la Sentencia de fecha 31 de julio de 2000, dictada por el JDO. 1ª INSTª e INSTR. NÚM. 2 STA COLOMA DE FARNERS en los autos de Desahucio nº 288/1999, de los que el presente rollo dimana, y confirmamos el Fallo de la misma, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Únase testimonio de la presente resolución al rollo de su razón y notifíquese la misma a las partes.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. José Isidro Rey Huidobro, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de todo lo que, certifico.