

Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, Sentencia de 30 Dic. 2009, rec. 496/2009

Ponente: López Fuentes, José Luis.  
Nº de Sentencia: 610/2009  
Nº de Recurso: 496/2009  
Jurisdicción: CIVIL

MATRIMONIO. Disposiciones comunes a la nulidad, la separación y el divorcio. Efectos de la nulidad, la separación y el divorcio. Uso de vivienda y ajuar. PRÉSTAMO. Comodato.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Ciudad de Málaga a treinta de diciembre de dos mil nueve

SENTENCIA Nº 610/2009

AUDIENCIA PROVINCIAL MÁLAGA

SECCION CUARTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA

PRESIDENTE ILMO. SR.

D.JOAQUIN DELGADO BAENA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D.JOSE LUIS LOPEZ FUENTES

D.ALEJANDRO MARTIN DELGADO

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZGADO MIXTO Nº3 DE VELEZ MÁLAGA

ROLLO DE APELACIÓN Nº 496/2009

AUTOS Nº 228/2008

Visto, por la SECCION CUARTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en juicio de Juicio Verbal seguido en el Juzgado de referencia. Interpone el recurso Natalia que en la instancia fuera parte demandada y comparece en esta alzada representado por el Procurador D. JOSE CARLOS JIMENEZ SEGADO y defendido por el Letrado D. ANTONIO JAVIER FERNANDEZ SEGOVIA. Es parte recurrida Leopoldo y Valentina que están representados por el Procurador D. MIGUEL ANGEL ORTEGA GIL y defendido por el Letrado D. ORTEGA MATA, MARIA LUZ, que en la instancia ha litigado como partes demandantes.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 31 de Diciembre de 2008 , cuya parte dispositiva es como

sigue: "Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup>. Remedios Pelaez Salido en nombre y representación de Leopoldo y Valentina contra Natalia debo DECLARAR Y DECLARO haber lugar al desahucio, por precario, condenando a la demandada a entregar la vivienda propiedad de los demandantes, sita en la calle DIRECCION000 , edificio DIRECCION001 NUM000 , DIRECCION002 de Velez-Málaga, dentro del plazo legalmente previsto y apercibiéndole de lanzamiento si no lo hiciera.

Todo ello con imposición a la demandada de las costas del presente procedimiento."

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación se elevaron los autos a esta Sección de la Audiencia Provincial, donde se ha formado rollo y turnado de ponencia. Cumplidos los trámites de personación, se ha celebrado vista el día 23 de Noviembre de 2009 donde las partes que comparecieron de conformidad con la Diligencia extendida al efecto, han expuesto las alegaciones que estimaron conducentes a su derecho.

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

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS LOPEZ FUENTES quien expresa el parecer del Tribunal.

## II. - FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia dictada en la instancia, estimatoria de la acción de desahucio por precario, se alza la demandada argumentando: a) la litis no se constituyó de forma válida, al no haber sido demandada la menor, por la que tuvo que intervenir el Ministerio Fiscal, dados los intereses incompatibles de los progenitores, a lo que habría que añadir que la propia demanda de guarda, custodia y alimentos atribuye a la menor el uso del domicilio familiar, en compañía de su madre; b) se trata de una cuestión compleja; c) aplicación de la figura del comodato; d) aplicación de los artículos 142 y 143 del Código Civil respecto de la obligación de alimentos entre descendientes y ascendientes, entre los cuales figura la habitación.

La parte apelada solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-** Respecto de las excepciones procesales que son reiteradas en esta alzada, es preciso resaltar que la menor carece de capacidad procesal para ser demandada en juicio. No existen intereses contrapuestos entre la madre y la menor que hicieran necesaria la intervención del Ministerio Fiscal. La litis se ha constituido válidamente desde el momento en que se demanda al progenitor que, por resolución judicial, ha quedado (junto con la menor) en el uso y disfrute de la habitación de la vivienda cedida gratuitamente por sus legítimos propietarios.

La cuestión planteada por el recurrente ya fue tratada por esta Sala en sentencia, entre otras, de 30 de Septiembre de 2.005 , en la que se decía que la cesión gratuita de una vivienda por parte de los padres a un hijo, su cónyuge y su posible descendencia, para que establezcan su domicilio conyugal, es una cuestión que ha motivado una gran controversia jurídica, principalmente referida a si en estos supuestos y, cuando, posteriormente se produce una crisis del matrimonio que deriva en nulidad, separación o divorcio, cabe aplicar la figura del precario respecto del cónyuge a quién se ha atribuido su uso por resolución judicial, o por el contrario, como afirma la apelante en su recurso, la figura jurídica del comodato.

Como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (sección primera) de 19 de Febrero de 2.003 , " hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 2 Dic. 1992 y a la que hace alusión el hoy recurrente, 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 nuestro más Alto Tribunal 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".

Es necesario reconocer, como apunta la sentencia antes referida, "que la jurisprudencia no es pacífica con respecto a si 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) y considerando título suficiente la adjudicación de la vivienda acordada en sentencia de separación o divorcio, sentencias entre otras AP Ciudad Real 14 Abr. 1992 o 6 Jul. 2001, Cáceres 31 May. 2001 o de Cádiz 4 Mar. 2002 . Por otro lado existe una corriente jurisprudencial, digamos mayoritaria, y que es la acogida desde hace mucho por esta Sala, que defiende que la situación jurídica del ocupante del inmueble en este tipo de supuestos es la de precario, fundamentándolo en: a) la sentencia dictada en un procedimiento matrimonial ya sea de separación o de divorcio no es título suficiente por no ser «oponible a terceros», como apunta la mayor parte de la jurisprudencia; b) la resolución judicial recaída en un procedimiento matrimonial, solo resuelve las cuestiones suscitadas entre los cónyuges y no puede tener consecuencias jurídicas fuera de dicho proceso matrimonial y por lo tanto tampoco puede producir efectos contra terceros, ello conlleva que la atribución dada en la sentencia dictada en el procedimiento matrimonial del uso de la vivienda al cónyuge no titular «no constituye título alguno, puesto que no crea, modifica ni extingue relación jurídica que los cónyuges pudieran tener con terceros». Así en orden a la eficacia frente a terceros de las sentencias dictadas en procedimientos matrimoniales y en referencia a la atribución del uso del domicilio familiar, no cabe presentar como título de posesión la resolución judicial de concesión del uso de la vivienda en un procedimiento de familia (artículos 90, 96 y 103 Código Civil) pues esta resolución solo resuelve las relaciones entre los cónyuges, pero no puede alterar la situación jurídica del bien frente a terceros, como el propietario de la vivienda, que no sea, a su vez uno de los cónyuges, pues la atribución de la vivienda no puede generar un derecho inexistente y sí solo proteger el que la familia ya tuviese antes, de modo que si la situación era de precario, ésta no se modifica por la atribución del uso a la esposa en un procedimiento matrimonial, dicho de otra manera «el hecho de que la sentencia recaída en el pleito de separación matrimonial atribuyendo a la demandada e hijo la vivienda reclamada no constituye título que excluya el precario o que de alguna forma obste a que se lleve a cabo el desahucio, pues dicha atribución afecta simplemente al uso pero no al título», no debiendo olvidarse que la actora, titular dominical no fue parte ni podía serlo en la litis de referencia (proceso matrimonial), y que el derecho dominical que se le reconoce es ajeno e inmune por ello a las acciones allí desarrolladas, las que en ningún caso pueden perturbarlo ni menoscabarlo, en este sentido tenemos las sentencias de la AP de Valladolid de 7 Nov. 1997 o de esta propia Audiencia Provincial de 6 Abr. 1992 , igualmente es reiterada la jurisprudencia que ha venido estableciendo que no es posible aplicar la figura del comodato debido fundamentalmente a que en dichos supuestos normalmente no se establece ni tiempo fijo ni uso por lo que no se cumplen los requisitos exigidos por la Ley para poder presumir que nos encontramos ante un comodato, es más, el posible comodato devendría en precario tras la ruptura matrimonial, pues aun en el supuesto de que la situación inicial (vigente el matrimonio) se considerase como comodato, éste trocaría en precario, pues al romperse el vínculo matrimonial desaparece el uso específico para el que fue destinada la vivienda, que es el de servir la misma para hogar familiar, por tanto quienes ocupaban la vivienda en precario no pueden pretender después de la separación o divorcio una protección posesoria superior a la que tenían inicialmente, en este sentido tenemos las sentencias de las AP de Gerona de 28 Nov. 2000 o de La Coruña de 29 Ene. 2002 , finalmente debemos añadir que de aceptarse la figura del comodato se produciría una indefensión al titular de la vivienda pues dicha figura permitiría a la persona no titular disfrutar vitaliciamente de la vivienda y privaría al titular incluso de derechos que se le otorgan al arrendador frente al arrendatario tal y como ya dijo esta Audiencia Provincial en sentencia de 2 Feb. 2000 , tesis también sostenida por las sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias de 11 Abr. 2000, La Coruña de 27 May. 1998 o 13 Mar. 2001, Pontevedra de 7 May. 1997 y 3 Sep. 1998 , en resumidas cuentas debemos reseñar que la mayor parte de la

jurisprudencia aboga por la tesis de que la situación en que se encuentra el cónyuge ocupante es la de precario, solución que nos parece la más razonable desde el punto de vista lógico y jurídico, ya que en primer lugar una sentencia de separación o divorcio no es oponible a tercero y además no se cumplen los requisitos que el propio Código Civil exige para el comodato y en segundo lugar porque si se aceptase la tesis del comodato nos encontraríamos ante una situación eminentemente injusta pues privaría al dueño de una vivienda de los derechos más básicos que nuestro ordenamiento jurídico concede al propietario".

**TERCERO.**- En relación a la posible existencia de una cuestión compleja, como se dice en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección novena) de 16 de Marzo de 2.006 "como ha señalado esta misma Sección en sentencia de fecha 19 de septiembre de 2001 en el rollo de apelación n ° 197/99 y en la sentencia de 18-7-2002, rollo de apelación 238/200 es reiterada y uniforme la jurisprudencia al señalar, que el juicio de desahucio al ser un juicio especial y sumario no cabe en el planteamiento y resolución de cuestiones complejas, debiendo limitarse al examen del contrato de arrendamiento y si concurre la causa de resolución alegada, bien sea por falta de pago de la renta o bien por expiración del plazo contractual, siendo presupuesto básico para que proceda dicho procedimiento que no existan cuestiones complejas tales como la validez y eficacia del título que se plantea por el actor como base de su pretensión". Sin embargo, la S.T.S. 14-11-1988 , declaró que, aunque en principio el juicio de desahucio, por su carácter sumario, no permite que en él se discutan y declaren derechos más o menos controvertibles, ello no obsta a que se puedan debatir en él aquellas cuestiones que, relacionadas con el derecho del arrendador para desalojar la finca, o del arrendatario para oponerse al desahucio, están tan íntimamente unidas con el arrendamiento de que se trata que constituyen supuesto indeclinable de la resolución a que puede haber lugar; no pudiendo olvidar, de otro lado, que la complejidad que impide la decisión en el procedimiento de desahucio es la que surge de la propia naturaleza de las relaciones controvertidas no la que pretendan introducir con argumentos más o menos confusos los propios litigantes; en este mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 18 de enero de 1999: " .... procede únicamente el desahucio cuando entre las partes no tienen relación alguna que justifique la posesión de la finca por la parte demandada (S.T.S. 4 diciembre 1992), así como que tal vía procesal puede utilizarse cuando entre las partes no existen más vínculos jurídicos que los derivados del contrato de arrendamiento o de la situación de precario, de modo que cuando existen otros o son de tal naturaleza o tan especiales o tan complejas las relaciones que ligan a las mismas que no es racionalmente posible apreciar su finalidad y trascendencia en el juicio de desahucio, dado su carácter sumario, no procede la utilización de éste porque entonces se convertía el procedimiento sumario un medio de obtener, con cierta violencia la resolución de dicha relación sin las garantías de defensa e información que ofrecen los juicios declarativos -SS. del T.S. 14 abril 1992; 10 de mayo 1993, que cita otras muchas, entre ellas 9 diciembre 1972 y 12 marzo 1985 -, sin olvidar que efectivamente la complejidad incompatible con los estrictos trámites del proceso de desahucio no es la que crean los litigantes con argumentos meramente defensivos sino la que surge de la naturaleza del título invocado" -SS. del T.S. 23 junio 1970; 26 marzo 1979 y 10 junio 1986 -.

Y también tiene declarado el Tribunal Supremo que dicho cauce procesal "sólo puede utilizarse cuando entre las partes no existen más vínculos jurídicos que los derivados del contrato de arrendamiento o de la situación de precario, pero cuando existen otros o son de tal naturaleza o tan especiales o tan complejas las relaciones que ligan a las partes que no es racionalmente posible apreciar su finalidad y trascendencia en el juicio de desahucio, dado su carácter sumario, no procede la utilización del mismo, porque entonces se convertiría este procedimiento sumario en un medio de obtener con cierta violencia la resolución de un contrato sin las garantías de defensa e información (sic) que ofrecen los juicios declarativos" - SS. del T.S. 14 abril 1992; que cita en el mismo sentido los SS. del T.S. 18 diciembre 1953; y 17 marzo 1969; también con la misma doctrina la S.T.S. 14 mayo 1990)-. Por su parte, la S .T.S. 10 mayo 1985 proclama que procede "denegar el desahucio si del título invocado por el demandado resulta, a primera vista, cuando menos dudoso el derecho del actor a obtener la efectividad de su derecho a poseer, sin perjuicio de su discusión en el juicio declarativo correspondiente, por cuanto las cuestiones complejas afectantes al título salen del ámbito de este juicio sumario". Para que exista cuestión compleja es necesario que se encuentre indeterminado bien el título en que el actor funde su derecho real o bien cuando se encuentre en dicha circunstancia el título en que el demandado

pretenda apoyar su posesión, pero no cuando dicha pretensión sólo trate de obscurecer una situación jurídica o no se aporten pruebas suficientes para llevar el animo del juzgador que la oposición no es abusiva o carente de todo tipo de razón".

Y la sentencia de la A.P. Pontevedra de 2-11-2006 estableció que "frente al carácter sumario que caracterizaba dicha figura en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , el nuevo texto procesal configura el procedimiento como un juicio declarativo, con las consecuencias inherentes en cuanto a las posibilidades de alegación, medios de prueba y eficacia de la sentencia que ponga fin al proceso, circunscrito el objeto, lógicamente, al debate sobre la posesión, sin afectar o prejuzgar cualesquiera otras cuestiones, como las relativas al dominio, aunque se invoquen como fundamento o título de la posesión que se reclama (actor) o detenta (demandado)" (F. J. 1), añadiendo esta misma resolución cómo "para el éxito de la acción en precario se requiere que el que promueve el juicio tenga la posesión de la finca a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a poseer, pero además se requiere también que la parte demandada la tenga o disfrute en precario, figura que ha ido elaborando la Jurisprudencia hasta estimarla como la posesión sin título o en virtud de un título nulo o que haya perdido validez, es decir, una mera ocupación tolerada y sin contraprestaciones, sin pagar renta o merced" (F. J. 1).

En la actualidad el proceso por precario es un juicio plenario en el que puede debatirse, con amplitud, el examen del título invocado por el actor, la identidad de la cosa poseída y la situación jurídica del demandado.

**CUARTO.**- De las pruebas practicadas, tanto en primera como en segunda instancia, no se desprende la existencia de un comodato, habida cuenta de que no se ha acreditado que los actores separaran una parte de la vivienda para que fuera usada por su nieta, sino que procedieron a juntar dos viviendas para formar una más grande, ofreciéndoles posteriormente a su hijo y a su pareja una habitación para que habitaran en ella temporalmente hasta que encontraran una vivienda de alquiler barata.

Tampoco se ha acreditado, ni en primera ni en segunda instancia, que la recurrente (o ambos progenitores cuando vivían juntos) haya satisfecho renta o pensión alguna por el uso de la vivienda.

**QUINTO.**- Existen en el caso de autos, dudas jurídicas y jurisprudenciales suficientes que pudieran justificar la no imposición a la recurrente de las costas de la primera instancia y, además, en aplicación del principio de protección del interés familiar más necesitado de protección, el Tribunal puede, por aplicación del principio "iura novit curia", recoger la doctrina jurisprudencial antes referida para justificar la no imposición de costas al demandado.

Y esto es lo que hizo la sentencia antes referida de la Audiencia Provincial de Badajoz, al afirmar "por último y en cuanto al pronunciamiento que la sentencia de instancia hizo en el fundamento jurídico sexto en cuanto a materia de costas se refiere y que las impuso únicamente con respecto a la acción reivindicatoria, diremos que esta Sala, teniendo en cuenta las divergencias tanto doctrinales como jurisprudenciales existente en cuanto a la materia objeto de esta litis, considera procedente revocar dicho pronunciamiento y no hacer expresa imposición con respecto a las costas de primera instancia y ello conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , por existir dudas de derecho más que suficientes como para justificar dicho pronunciamiento".

**SEXTO.**- Al ser estimado parcialmente el recurso de apelación no procede hacer pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta alzada (artículo 398.2 de la LEC).

Vistos los preceptos legales citados

### FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Natalia contra la sentencia dictada con fecha 31 de Diciembre de 2.008 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vélez-Málaga, en los autos 228/08 , debíamos revocar y revocábamos parcialmente la referida sentencia en el único sentido de no imponer a la demandada las costas de la primera instancia, confirmando dicha resolución en todo lo demás, y sin hacer pronunciamiento en cuanto a las

costas de la presente alzada.

Notificada que sea la presente, devuélvase los autos originales al juzgado de su referencia.

Así por esta nuestra resolución, la pronunciamos, mandamos y firmamos

**PUBLICACIÓN.-**

Fue leída la anterior sentencia, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, estando constituido en Audiencia Pública, de lo que doy fe.