

DEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Referencia: NCJ060702

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

Sentencia 393/2015, de 28 de septiembre de 2015

Sección 5.^a

Rec. n.º 194/2015

SUMARIO:

Derecho de familia. Atribución de la vivienda familiar tras crisis matrimonial. Precario. Desahucio Derecho de uso. Juicio de desahucio por precario: demanda interpuesta por propietario de vivienda cedida al hijo y su pareja como vivienda familiar una vez rota la convivencia. La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial. Tampoco la compra de muebles y la realización de obras por la demandada alteran el título de la ocupación, aunque puedan conferirle el derecho al reembolso de su importe, circunstancia ajena a la presente litis.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 96, 430 y ss.

Ley 1/2000 (LEC), art. 250.

PONENTE:

Doña Mónica García de Yzaguirre.

SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 15

Fax.: 928 42 97 75

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000194/2015

NIG: 3502341120140000640

Resolución: Sentencia 000393/2015



www.civil-mercantil.com

Proc. origen: Juicio verbal (Desahucio precario - 250.1.2) N° proc. origen: 0000111/2014-00

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 1 de Santa María de Guía de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Demandado Efrain

Apelado Everardo Fabiola Suarez Lopez Carmelo Pedro Ortiz Perez

Apelante Agueda Hipolito Orlando Viera Diaz Jose Maria Vaca Ruiz De Villegas

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Víctor Caba Villarejo

Magistrados:

Dª. Mónica García de Yzaguirre (Ponente)

D. Víctor Manuel Martín Calvo

En Las Palmas de Gran Canaria, a 28 de septiembre de 2015.

SENTENCIA APELADA DE FECHA: 1 de octubre de 2014

APELANTE QUE SOLICITA LA REVOCACIÓN: Doña Agueda

VISTO, ante AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN QUINTA, el recurso de apelación admitido a la parte demandada, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 1 de Santa María de Guía de Gran Canaria, de fecha 16 de octubre de 2014, en autos de Juicio Verbal 111/2014, seguido el recurso a instancia de Doña Agueda, representada por el Procurador Don José María Vacas Ruiz de Villegas, y asistida del Letrado Don Hipólito Orlando Viera Díaz, contra Don Everardo, que actuó representado por el Procurador D. Carmelo Ortiz Pérez y asistido de la Letrada Dña. Fabiola Suárez López.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Fallo de la Sentencia apelada dice: "ESTIMAR la demanda de desahucio por precario promovida por D. Everardo, representado por el procurador D. Carmelo Ortiz Pérez, frente a Dña. Agueda y a D. Efrain y DECLARAR el desahucio por precario de la vivienda



www.civil-mercantil.com

situada en NUM000 de la CALLE000, nº NUM001 y planta NUM002 por la CALLE001, nº NUM003.

Los demandados deberán desalojar la vivienda bajo apercibimiento de lanzamiento el día 16 de ENERO de 2015 a las 10:00 horas.

Se condena a los demandados al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella cabe recurso de apelación que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación. Para su admisión es necesario constituir un depósito de 50 euros conforme a la D.A. 15ª de la L.O.P.J. La competencia para resolver el recurso corresponde a la Ilma. Audiencia Provincial de Las Palmas.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, María Milagros Vilán Santos, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Santa María de Guía."

Segundo.

La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, se señaló para estudio votación y fallo para el día 28 de septiembre de 2015.

Tercero.

Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia la Iltrna. Sra. Dña. Mónica García de Yzaguirre, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se alza la representación de la codemandada frente a la sentencia dictada en la primera instancia que estimó íntegramente la demanda abordando en primer lugar la inadmisión de la prueba documental propuesta por dicha parte consistente en la denuncia penal de hechos dirigidos a que abandone la apelante la vivienda ante la Policía Nacional, pues considera que tiene trascendencia al reflejar una situación previa al proceso de desahucio, y que provienen de la denuncia de la apelante a su pareja, hijo del actor, por malos tratos en diciembre de 2012, por la que fue detenido.

Insiste la representación de esta parte que la convivencia de la demandada, su hija, y el padre de ésta en la vivienda objeto de desahucio, desde el nacimiento de la menor en 2006, lo era en cuanto la misma constituida desde el inicio de la cesión el domicilio habitual y familiar y con esa idea y con esa finalidad fue cedido por el demandante a su hijo y a la demandada, y a la hija menor de ambos.

Considera la recurrente acreditada por la documental aportada que la vivienda es la residencia de la demandada y su hija desde antes de once de junio de 2008, y a su entender no es comprensible que después de tantos años de tener cedida la vivienda como vivienda habitual para constituir el domicilio familiar de los demandados, no exista algún motivo diferente a la propia esencia del precario que no sea el deterioro de la relación entre la demandada y el hijo del demandante con la detención policial del mismo.



www.civil-mercantil.com

Aduce que del tiempo de residencia en la vivienda y de los hechos denunciados se colige a priori la finalidad de la cesión de la vivienda en su momento inicial, para un fin concreto y durante un tiempo determinado, que se pretende quebrar ahora, a su entender, por la situación personal del hijo del demandante.

Denuncia la parte la falta de motivación suficiente de la sentencia de instancia pues no deduce el relato fáctico de las versiones de los testigos sino que las admite todas de manera lineal, y analiza por su parte las declaraciones vertidas en el acto del juicio.

Afirma la parte que después de hacer obras de acondicionamiento en la vivienda, de haberse regalado y comprado muebles para su uso en la vivienda, después de estar viviendo los demandados y su hija más de ocho años en la vivienda, había, a su entender, una finalidad explícita en la cesión de la vivienda para un uso determinado que implícitamente aboca a un tiempo, y dicha finalidad se ha interrumpido unilateralmente por el actor, con la convivencia de su hijo, también demandado pero declarado en rebeldía, debido a la denuncia de malos tratos contra éste, el cual desde entonces no convive con la demandada y su hija.

Termina suplicando a la Sala que, con estimación del recurso de apelación se dicte sentencia revocando la dictada en primera instancia y desestimando la demanda íntegramente con imposición de costas.

Segundo.

Se aceptan los hechos y fundamentos de la sentencia apelada.

El Tribunal comparte plenamente cuanto razona la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4ª) en su sentencia núm. 204/2013 de 16 abril, a saber:

<<...el derecho de uso atribuido en favor de uno de los cónyuges o convivientes more uxorio sobre la vivienda familiar no puede considerarse un derecho real en sentido estricto, oponible a cualquier titular de la cosa y desvinculado de los fines y motivos que determinan su establecimiento, como es la fijación, dentro del marco de la economía familiar examinada en el procedimiento matrimonial o de menores, de cuál era el interés más necesitado de protección para atribuirle así el ejercicio exclusivo de una de las facultades integrantes del derecho dominical de los esposos o convivientes sobre el bien, concretándose el derecho a usar éste en algunos de los integrantes del grupo familiar, excluyéndose a otro, pero con frecuencia se presenta en la práctica la situación, como en el caso, por la que los progenitores de uno de los cónyuges o convivientes ceden vivienda de su propiedad para que uno de sus hijos pueda constituir en ella el hogar familiar, ocupación que se destina a un uso concreto y determinado, planteándose el problema de si una vez producida la crisis matrimonial o de unión extramatrimonial y, con ello, la atribución del uso y disfrute de la vivienda a uno de los esposos o convivientes, los titulares del inmueble pueden recuperarlo ejercitando en juicio verbal acción de desahucio por precario (artículo 250.1.2 Ley 1/2000), cuestión sobre la que la mayoría de la jurisprudencia menor se decanta por entender que dicha situación es producto de un acto de mera liberalidad por parte del/os titular/es de la vivienda que se hace con la finalidad evidente de satisfacer las necesidades de vivienda de un descendiente como consecuencia de constituir núcleo familiar, sin que pueda entenderse como derivado de un pacto expreso entre las partes que imposibilite la recuperación del bien por parte de quien lo cedió gratuitamente, posibilidad a la que, incluso, debe accederse en aquellos casos en los que el cónyuge a quien no se le adjudique el uso, es decir, el que se vea obligado a abandonar el domicilio conyugal, ostente en copropiedad en forma minoritaria la vivienda, cuando la acción de desahucio sea ejercitada por propietario mayoritario, y el cónyuge saliente no se opone a la acción.

- SSAP de A Coruña (Sección 4ª) de 12 de marzo de 2007 y (Sección 6ª) de 11 de mayo de 2002 y 15 de diciembre de 2005 , de Asturias (Sección 1ª) de 1 de septiembre de



www.civil-mercantil.com

1993 , de Ávila de 1 de junio de 2004 , de Badajoz (Sección 1ª) de 19 de febrero de 2003, de Baleares (Sección 5ª) de 23 de enero de 2007, de Barcelona (Sección 4ª) de 3 de noviembre de 2003, de Córdoba (Sección 2ª) de 5 de febrero de 1997, de Cuenca de 17 de febrero de 2006, de Granada (Sección 3ª) de 30 de marzo y 10 de diciembre de 2007, 30 de diciembre de 2008 y 27 de marzo de 2009 y (Sección 4ª) de 25 de noviembre de 2005, de Las Palmas (Sección 3ª) de 22 de marzo de 2004 y (Sección 5ª) de 27 de noviembre de 2003, de Madrid (Sección 11ª) de 10 de septiembre de 2004, de Pontevedra de 22 de junio de 1994 , de Tarragona (Sección 3ª) de 12 de septiembre de 2002 y 3 de diciembre de 2003, de Vizcaya (Sección 3ª) de 30 de enero de 2007, y de Zaragoza (Sección 2ª) de 7 de mayo de 2002-, no obstante lo cual, si bien es cierto que hay resoluciones judiciales, las menos, que desestiman la acción de desahucio por precario en atención a considerar título jurídico justificativo de la ocupación la resolución judicial en virtud de la cual se atribuye el uso y disfrute de la vivienda a uno de los cónyuges e hijos que quedan bajo su guarda y custodia, y así en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª) de 16 de mayo de 2005, (...), en cualquier caso, la importante polémica suscitada entre los Juzgados y Tribunales acerca de si en tales ocasiones se está en presencia de un comodato o de una situación de precario ha sido abordada y resuelta por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de diciembre de 2005 en la que se señala que "[...] Ciertamente cuando nos encontramos ante una posesión concedida a título gratuito y revocable puede suceder una de estas dos posiciones : 1º. Que exista una auténtica relación contractual que justifica la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el artículo 1750 del Código civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente.

Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe constar de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos tácitos de las partes. Pero si cuando cesa ese uso, el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista. 2º. Que se trate de una situación simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la sentencia de 30 de octubre de 1986 define como el "[...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella", por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño.

Por tanto, cuando exista un contrato, que debe probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de ese contrato; a falta de prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario [...]" , línea esta de actuación sobre la que ya venían manifestándose las sentencias de las Audiencias Provinciales de Alicante (Sección 6ª) de 21 de octubre de 2004 y (Sección 7ª) de 29 de noviembre de 2001, de Almería (Sección 3ª) de 14 de mayo de 2004 , de Cantabria (Sección 3ª) de 26 de julio de 2005 , de Las Palmas (Sección 4ª) de 1 de julio de 2005, de Madrid (Sección 11ª) de 10 de septiembre de 2004 (Sección 13ª) de 14 de marzo de 2000 y (Sección 18ª) de 5 de diciembre de 2005, de Navarra (Sección 1ª) de 26 de septiembre de 2005, y de Valladolid (Sección 1ª) de 16 de mayo de 2005, entre otras muchas, siendo definitiva la doctrina de nuestra jurisprudencia cuando en sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 dispone que en el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil:

1ª Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación, supuesto en el que se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia,

y 2ª Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario, debiendo enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios, por lo que categóricamente afirma que "la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial" de lo que extrae como importante conclusión la de que el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, de manera que el artículo 96 del Código Civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho.

Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario, doctrina la expuesta que deja bien patente la improcedente impugnación dirigida contra el fallo judicial de primera instancia, ya que la posesión de la demandada e hijos en su compañía no pasa de ser meramente tolerada por sus propietarios, es decir, de precarista, sin que quepa entender que esa atribución de uso y disfrute concedida por sentencia judicial se equipare a título justificativo.>>

En el presente caso no se ha hecho valer por la parte recurrente la existencia de una resolución judicial de adjudicación del uso y disfrute de la vivienda a la hija menor y a la recurrente, aunque sí manifestó en el acto de la vista de la primera instancia la representación de la misma que se encontraba en tramitación un procedimiento entre los progenitores demandados sobre guarda y custodia, y también se probó y no es hecho controvertido que los codemandados ya no conviven, habiéndose producido la ruptura de la relación, y conviviendo Don Efrain en la actualidad con sus padres.

El Tribunal ha examinado la prueba practicada y visionado el soporte audiovisual en el que figura grabado el acto del juicio celebrado en la primera instancia y alcanza el mismo resultado probatorio que la Juez a quo, la que se ajusta en su valoración a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la lógica del criterio humano y las reglas de la sana crítica, por lo que dicha valoración debe mantenerse.

En el escrito del recurso no existen argumentos jurídicos para la revocación del pronunciamiento apelado, puesto que ni el dilatado tiempo de posesión, ni el hecho de que la demanda se plantee en razón a la crisis de la pareja demandada, y de la denuncia de la recurrente al hijo del actor por malos tratos, impiden el derecho del propietario de recuperar la posesión de la finca cuyo uso fue cedido gratuitamente sin pagar renta ni merced, precisamente a su hijo y su pareja de hecho para que constituyera el hogar familiar, cuando precisamente se ha producido la ruptura de la familia que causalizó la cesión. Tampoco es argumento el que la precarista haya comprado muebles nuevos, que puede llevarse consigo cuando desaloje la finca, ni que haya realizado obras de reparaciones u otras de



www.civil-mercantil.com

mantenimiento del inmueble, pues tales circunstancias no alteran el título de ocupación que la propia recurrente reconoce que lo fue mediante cesión gratuita.

Ello sin perjuicio del derecho que pudiera asistir a la recurrente, como poseedora de reembolso de las mejoras útiles y de las necesarias en todo caso, que hubiere realizado en el inmueble, circunstancia que es ajena a la presente litis.

Y como quiera que el dueño actual puede reclamar la cosa cedida en precario a su voluntad, y que la demandada no acredita ningún derecho en el que ampare su posesión salvo la cesión gratuita en precario tantas veces referida, debe desestimarse el recurso de apelación, y confirmarse la sentencia apelada.

Tercero.

Al desestimarse el recurso de apelación, procede hacer expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada por su sustanciación, conforme establece el artículo 398.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declarándose la pérdida del depósito si se hubiere constituido, de acuerdo con lo que establece la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña Agueda contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Santa María de Guía de Gran Canaria, de fecha 16 de octubre de 2014, en autos de Juicio Verbal 111/2014, CONFIRMAMOS la expresada resolución, condenamos a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, y declaramos la pérdida del depósito si se hubiere constituido.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán a Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.