



Roj: **SAP M 10785/2022 - ECLI:ES:APM:2022:10785**

Id Cendoj: **28079370082022100309**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **13/07/2022**

Nº de Recurso: **145/2022**

Nº de Resolución: **331/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUISA MARIA HERNAN-PEREZ MERINO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPII, Arganda del Rey, núm. 6, 22-11-2021 (proc. 395/2020),  
SAP M 10785/2022**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933929

37007740

**N.I.G.:** 28.014.00.2-2020/0004178

**Recurso de Apelación 145/2022 C**

**O. Judicial Origen:** Juzgado Mixto nº 06 de Arganda del Rey

Autos de Juicio verbal (Desahucio precario - 250.1.2) (Primera Instancia Civil) 395/2020

APELANTE: D. Pablo

PROCURADOR D. MIGUEL ZAMORA BAUSA

APELANTE: Dña. Remedios

PROCURADOR Dña. PILAR GEMA PINTO CAMPOS

**APELADO:** Dña. Salome

PROCURADOR Dña. JUAN CARLOS MARTIN MARQUEZ

**SENTENCIA N° 331/2022**

**ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS:**

**D<sup>a</sup>. LUISA MARIA HERNÁN-PÉREZ MERINO**

**D<sup>a</sup>. CARMEN MÉRIDA ABRIL**

**D<sup>a</sup>. MILAGROS DEL SAZ CASTRO**

En Madrid, a trece de julio de dos mil veintidós. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por las Sras. Magistradas expresadas al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Verbal 395/2020 procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 6 de Arganda del Rey, seguidos entre partes, de una como demandante-apelada Dña. Salome , representada por el Procurador D. JUAN CARLOS MARTIN MARQUEZ, y de otra, como partes demandada-apelante D. Pablo representada por el



Procurador D. MIGUEL ZAMORA BAUSA y Dña. Remedios representada por la Procuradora Dña. PILAR GEMA PINTO CAMPOS.

VISTO, siendo Magistrada-Ponente la **ILMA. SRA. DÑA. LUISA MARÍA HERNÁN-PÉREZ MERINO**.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 6 de Arganda del Rey, en fecha 22 de noviembre de 2021 se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que DEBO ESSTIMAR y ESTIMO la demanda formulada por Dña. Salome representada por la Procuradora Dña. ROSA MARIA RAMIREZ OREJA, y bajo la dirección Letrada de Don Vidal Palomar De Miguel; colegiado del ICAAH nº 3828, contra D. Pablo representado por la Procuradora Dña. GLORIA BERLINCHES GONZALEZ y con la dirección Letrada de D. Jesús Rivera Gatón, colegiado del ICAAH Nº 2.300 y contra Dña. Remedios representada por la Procuradora Dña. BEATRIZ SALCEDO LOPEZ y con la dirección Letrada de D. José Juan Rodríguez Albarrán, colegiado del ICAAH Nº 4166.*

*En consecuencia, debo CONDENAR y CONDENO a los demandados D. Pablo y Dña. Remedios a restituir en la posesión a Dña. Salome y firme que sea esta sentencia deje libre, vacua y a disposición de la actora inmueble sito en PLAZA000 Nº NUM000 DE CARABAÑA (MADRID), antes URBANIZACION000 Nº NUM001 , con apercibimiento de lanzamiento en caso de no verificarlo que tendrá lugar el próximo día 19 de enero de 2022 a las 10:15 horas de su mañana.*

*Debo CONDENAR y CONDENO a los demandados D. Pablo y Dña. Remedios al pago de las costas de este procedimiento."*

**SEGUNDO.** - Contra la anterior resolución se interpusieron recursos de apelación por las respectivas representaciones procesales de las partes demandadas, que fueron admitidos, y en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 13 de julio de 2022.

**CUARTO.** - En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre en apelación por ambos codemandados la sentencia que estima la demanda de desahucio por precario en los términos transcritos en el antecedente primero de esta resolución, con base en el siguiente fundamento: *"... correspondiendo a la parte demandada la prueba del hecho positivo, a su cargo, de la existencia del contrato de arrendamiento, de conformidad con la norma general de distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no puede estimarse que lo haya probado la parte demandada, por no haber propuesto ninguna prueba relevante, no siéndolo el hecho de que se pusiera a su nombre el demandado los suministros de la vivienda como prueba de la voluntad de contrato de arrendamiento verbal como insinúan ambos, que de hecho dicha circunstancia no es acreditada por quien la alega y quien lo hace no es según manifiesta en su contestación quien dio de alta los suministros sino el otro codemandado, tampoco se prueba el pago que manifiestan ambos que entregaban en metálico en concepto de arriendo, si quiera se menciona la cantidad que entregaban en mano solo se cuenta con la palabra de los demandados y en consecuencia, en el presente caso, en relación con lo único que es objeto del pleito, que es la acción de desahucio por precario, se hace preciso concluir que carece de título la parte demandada para continuar en la ocupación de la finca litigiosa, por lo que procede, en definitiva, la estimación de la demanda en ejercicio de la acción de desahucio por precario"*

Se alza en apelación. Remedios quien alega : **"ALEGACIONES PRIMERA Y UNICA. - VULNERACIÓN DEL DERECHO A OBTENER UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, DEL ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA ,POR INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO, AL EXISTIR TÍTULO JURÍDICO EN EL QUE APOYAR LA POSESIÓN. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y VULNERACIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 249.6 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL "**

Se aduce , en síntesis, por la apelante que tras comenzar a residir en la vivienda objeto de demanda en junio de 2.019, su pareja como parte arrendataria y codemandada hizo **contrato** de suministro de luz a su



nombre y comenzaron a pagar los recibos correspondientes de suministros, procediendo posteriormente a empadronarse en dicha vivienda, hechos estos imposibles de realizar sin el consentimiento y autorización de la propiedad con las empresas suministradoras y el Ayuntamiento. Por lo que hay un claro error en la valoración de la prueba dado que, no es cierto que la demandada viva en la vivienda objeto del presente procedimiento sin autorización de la propiedad y en precario. Por consiguiente, la posesión de la finca ha sido totalmente consentida por la propietaria de la vivienda desde junio de 2019 y no es hasta julio de 2020, es decir 1 año después, cuando presenta un procedimiento de desahucio por precario.

D. Pablo interpone igualmente recurso de apelación, alegando infracción de normas y garantías procesales por infracción del artículo 438.4 LEC, por lo que se insta sea acordada nulidad de actuaciones. Se alega como motivo subsidiario que la sentencia incurre en error en la valoración de la prueba.

La parte apelada se ha opuesto a la estimación de los recursos.

#### **SEGUNDO.-** Recurso de Doña Remedios

El recurso se desestima.

La actual propietaria del inmueble está legitimada para instar la acción de desahucio por precario contra quien la ocupa sin título. En efecto, la jurisprudencia ha considerado el precario en un sentido muy amplio, sin entrar en concepciones dogmáticas. Lo considera en todo caso de disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced o de detentar una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño o sin ella, carente de título o abusiva; lo resume como situación de hecho que implica la utilización gratuita de una cosa ajena; en todo caso, falta de título que justifique la posesión; y también en todo caso, sin pagar merced.

En este sentido, la STS de 26 diciembre 2005 dice que *cuando se trata de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, "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.*

El concepto de precario no se reduce, en definitiva, a las situaciones en que una parte cede a otra el uso del inmueble a título gratuito, sino que se trata de una simple situación posesoria sin título y gratuita, cualquiera que sea su origen. Así el procedimiento de desahucio por precario procederá cuando se trate de recuperar la posesión concedida por liberalidad del titular y en todos aquellos supuestos de posesión sin título y sin pagar merced.

En este caso se alega por la apelante que la vivienda fue arrendada, si bien en clara contradicción se aduce que el uso de la vivienda le fue cedido por mera tolerancia, haciéndose únicamente pago de los suministros. En todo caso, no incurre la sentencia en error alguno en la valoración de la prueba cuando concluye que la demandada no ha aportado ningún elemento de prueba que acredite la existencia de título alguno que legitime la posesión que ostenta sobre la finca a que se refiere la demanda. Que el propietario permitiera el uso del inmueble a los demandados por mera tolerancia, es precisamente el supuesto de hecho de precario descrito jurisprudencialmente estando el propietario legitimado para instar la devolución del inmueble en cualquier momento.

En definitiva, la demanda fue correctamente estimada, debiendo ser desestimado el recurso de apelación.

#### **TERCERO.-** Recurso de D. Pablo

Se denuncia la infracción de normas y garantías procesales, de acuerdo con lo establecido en el art. 459 de la L.E.C., instándose la nulidad de actuaciones y la retroacción de las actuaciones al momento en que tras el escrito de la demandante de 28 de octubre de 2021 cumplimentando el traslado que le fue efectuado manifestase la no pertinencia de celebración de vista, se debió en lugar de proceder a dictar directamente Sentencia, dictar la correspondiente Diligencia de Ordenación, señalándose fecha para la celebración de la vista, toda vez que había sido interesada por esta parte en su contestación a la demanda.

Según se alega "se considera vulnerado el art. 438.4 de la L.E.C., así como lo dispuesto en el art. 24 de la Constitución Española en cuanto a la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, incurriéndose en los motivos de nulidad de pleno derecho de los arts. 225.3 y 227 de la L.E.C., ya que el Juzgado de instancia en ningún momento ha acordado la celebración de vista, pese a que en el "PRIMER OTROSI DIGO" de nuestro escrito de contestación a la demanda, se solicitaba, al amparo del precepto legal precedentemente indicado, la celebración de vista, al considerarla necesaria y pertinente a fin de practicar la prueba de interrogatorio de las partes y/o testigos que acreditarían la existencia de título legítimo para ocupar la vivienda objeto de este procedimiento, así como el pago del arriendo estipulado en metálico".



Prevé el artículo 459 LEC : "En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello". En este caso se conviene con el apelante en que se ha producido una infracción del artículo 1438.4 LC , pues en juicio verbal basta que una de las partes solicite la celebración de vista para que se acuerde , así se dice : "En todo caso, bastará con que una de las partes lo solicite para que el Letrado de la Administración de Justicia señale día y hora para su celebración, dentro de los cinco días siguientes ". No pudo en este caso denunciar la infracción en primera instancia el ahora apelante dado que , tras el escrito presentado por la parte demandante en que se manifestaba que no solicitaba la celebración de vista, se procedió acto seguido a dictar sentencia . Ahora bien el éxito del recurso requiere además que se constate que la infracción procesal ha dado lugar a indefensión. En este caso se adujo que al impedirse la celebración de vista, se le habría privado de la posibilidad de practicar la prueba de interrogatorio de las partes y/o testigos que acreditarían la existencia de título legítimo para ocupar la vivienda objeto de este procedimiento, medios de prueba que considera idóneos para acreditar los hechos en que sustenta su oposición a la demanda.

El Tribunal Constitucional en su STC 80/2011, de 6 de junio, con cita de la STC 86/2008, de 21 de julio resume su doctrina sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa ( artículo 24.2 CE) y refiere :

"d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial ( SSTC 1/1996, de 15 de enero y 70/2002, de 3 de abril); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida ( SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional ( SSTC 133/2003, de 30 de junio; 359/2006, de 18 de diciembre; y 77/2007, de 16 de abril)."

Pues bien , proyectada tal doctrina al caso, resulta que la mera alegación de que se le ha privado de la prueba de interrogatorio- desde luego prueba inútil en orden a acreditar el hecho del título por el que ocupa la vivienda- , no es suficiente en orden a apreciar que se ha producido indefensión a la parte al privarla del derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. En cuanto a la prueba testifical a que se refiere el apelante, la falta de toda concreción sobre la misma, sin que se aclare o precise de qué testigos se trata y las circunstancias de los mismos en relación con los hechos que se pretenden acreditar , impide apreciar el menoscabo del derecho , pues no puede determinarse si los anunciados testimonios hubieran podido tener incidencia en el resultado de la decisión de la litis.

El recurso de orden procesal, queda, en consecuencia desestimado.

En cuanto al error en la valoración probatoria, que también se aduce , debe estarse a lo ya dicho .

**CUARTO.-** La desestimación de los recursos conlleva la imposición de costas a los apelantes en aplicación del artículo 398 LEC

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

### III.- FALLAMOS

1º.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Remedios así como DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Pablo contra la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2021 dictada en autos de juicio verbal nº 395/2020 seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 6 de Arganda del Rey , resolución que se confirma.

2º.- Las costas de la alzada se imponen a los apelantes en sus respectivos recursos.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la



Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 del texto legal antes citado, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD