



Roj: **SAP O 4224/1999 - ECLI:ES:APO:1999:4224**

Id Cendoj: **33044370051999100750**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **08/11/1999**

Nº de Recurso: **235/1999**

Nº de Resolución: **686/1999**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MURIEL FERNANDEZ-PACHECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIANº 686

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

MAGISTRADOS

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DOÑA Mª DEL PILAR MURIEL FERNANDEZ PACHECO

En la ciudad de Oviedo, a ocho de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio de Desahucio por precario nº 0319/98, procedentes del Juzgado de PRIMERA INSTANCIA 5 DE GIJON, Rollo de Apelación nº 0235/99, entre partes, como apelante y demandante, DOÑA Valentina ; y, como apeladas y demandadas, DOÑA Magdalena y DOÑA Dolores .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- EL Juzgado de PRIMERA INSTANCIA 5 DE GIJON dictó Sentencia, en los autos referidos, con fecha diecinueve de enero de mil novecientos noventa y nueve , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimando la demanda rectora, debo absolver y absuelvo de sus pedimentos a las demandadas, con expresa condena en costas a la actora".

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte actora, que fue admitido en ambos efectos, y, previos los traslados ordenados en el art. 734, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr/a. MAGISTRADO DOÑA Mª DEL PILAR MURIEL FERNANDEZ PACHECO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Valentina propietaria del piso a que se refiere el hecho primero de la demanda, cedió en su día gratuitamente el uso de dicha vivienda a su sobrino Don Eloy , quien estableció en la misma su hogar familiar. Acaecida la separación matrimonial del sobrino de la actora, la vivienda familiar es atribuida en sentencia de separación a la esposa, hoy demandada y sus hijas, la mayor de edad también demandada en este procedimiento. La actora titular de la vivienda pretende recuperar la posesión que alega ostentan las



demandadas en precario. Las demandadas oponen a la demanda como título la sentencia de separación, con atribución a las mismas del hogar que fue familiar. Por el Juzgado se dictó sentencia desestimatoria de la demanda calificando la cesión como de comodato, con entidad por tanto para enervar la acción de desahucio.

SEGUNDO.- La jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales no es unánime al resolver cuestiones similares a la presente en que la ocupación gratuita de la vivienda está motivada por la relación de parentesco entre el propietario de la misma y el cónyuge que como consecuencia de la separación ha de abandonar la vivienda, sirviendo de ejemplo las sentencias que citan tanto actora como demandadas en demanda, contestación, recurso e impugnación, habiéndose inclinado esta Sala, (citando como sentencia más reciente la de 7-7-99, por seguir el criterio de que "la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges en proceso matrimonial no puede generar un derecho de superior rango al que antes tenía sobre ella el matrimonio. Así quienes ocupaban en precario la vivienda no pueden pretender después de la separación o divorcio una protección posesoria superior a la que tenían anteriormente. Ni siquiera siguiendo la tesis de la existencia inicial de comodato ... por haberse cedido el piso para un uso concreto y determinado, como es el de servir de vivienda al grupo familiar, ya que tal calificación se muta en la de precario..., cuando ese concreto uso deja de existir".

En el presente caso, siguiendo el anterior criterio ha de calificarse la cesión como de precario, pues no puede convertirse una cesión gratuita a una persona con quien le unen lazos familiares, en un derecho oponible contra ella por quien ha accedido a la vivienda no como poseedor sino como servidor de la posesión.

TERCERO.- Al estimarse el recurso no procede hacer expresa declaración sobre sus costas, imponiendo las de primera instancia a las demandadas por aplicación del artículo 1582 L.E.C .

Por lo expuesto la Sala acuerda pronunciar el siguiente:

FALLO

Estimar el recurso de apelación interpuesto por Doña Valentina contra la sentencia dictada en los autos de los que el presente rollo dimana, la que se REVOCA.

Estimar la demanda interpuesta por Doña Valentina contra Doña Dolores y Doña Magdalena declarando haber lugar al desahucio, condenando a las demandadas al desalojo de la vivienda dentro del plazo legal, con apercibimiento de lanzamiento en su caso y al pago de las costas de primera instancia.

No hacer expresa condena sobre las costas del recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.