



Roj: **SAP BA 1140/2020 - ECLI:ES:APBA:2020:1140**

Id Cendoj: **06015370022020100705**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **2**

Fecha: **05/10/2020**

Nº de Recurso: **165/2020**

Nº de Resolución: **702/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS ROMUALDO HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BADAJOZ

SENTENCIA: 00702/2020

Modelo: N10250

AVDA. COLÓN Nº 8,2ª PLANTA

-

Teléfono: 924284238-924284241 **Fax:** FAX 924284275

Correo electrónico:

Equipo/usuario: 05

N.I.G. 06015 42 1 2019 0003999

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000165 /2020

Juzgado de procedencia: JDO.DE 1A INSTANCIA N. 2 de BADAJOZ

Procedimiento de origen: JVH JUICIO VERBAL (DESAHUCIO PRECARIO) 0000707 /2019

Recurrente: Victoriano

Procurador: ANGEL JOAQUIN DE LA CALLE PATO

Abogado:

Recurrido: Florencia

Procurador: SILVIA ESPEJO FRANCO

Abogado: VICENTE ORTIZ MIRA

SENTENCIA Nº 702/2020

ILMOS. SRES...../

PRESIDENTE:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (PONENTE)

MAGISTRADOS:

DON FERNANDO PAUMARD COLLADO

DON JUAN MANUEL CABRERA LÓPEZ

=====

**Recurso civil número 165/2020.**

Juicio verbal de desahucio 707/2019.

Juzgado de Primera Instancia número 2 de Badajoz.

=====

En la ciudad de Badajoz, a cinco de octubre de dos mil veinte.

Visto en grado de apelación ante esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso civil dimanante del juicio verbal de desahucio 707/2019 del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Badajoz; siendo apelante, don Victoriano, representado por el procurador don Ángel de la Calle Pato y defendido por letrado; y apelada, doña Florencia, que ha comparecido representada por la procuradora doña Silvia Espejo Franco y defendida por el letrado don Vicente Ortiz Mira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Badajoz, con fecha 13 de noviembre de 2019, dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice así:

<<Que ESTIMANDO, íntegramente, la demanda interpuesta por la Procuradora Doña SILVIA ESPEJO FRANCO, en nombre y representación de Doña Florencia, contra Don Victoriano, en rebeldía procesal, debo DECLARAR Y DECLARO el desahucio del demandado del bien inmueble situado en la URBANIZACION000, parcela NUM000, de Badajoz, por no ostentar título válido para continuar poseyendo dicha finca urbana. Del mismo modo, debo CONDENAR Y CONDENO al demandado a estar y pasar por dicha declaración y a desalojar el mencionado inmueble, dejándolo libre, vacuo y expedito, a disposición exclusiva de su propietaria, en el plazo máximo de quince días, con apercibimiento de ser lanzado del mismo y a su costa si así no lo hicieran. Todo ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en el procedimiento>>.

SEGUNDO. Contra la expresada resolución interpusieron en tiempo y forma recurso de apelación don Victoriano.

TERCERO. Admitido el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran, en su caso, escrito de oposición al recurso.

CUARTO. Tras formular oposición doña Florencia, se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia. Por auto se desestimaron las pruebas propuestas por don Victoriano. A continuación, se señaló para deliberación y fallo el día 9 de septiembre de 2020, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha sido ponente el magistrado don Luis Romualdo Hernández Díaz- Ambrona.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Primer motivo del recurso: nulidad por infracción de normas procesales e indefensión.

Don Victoriano pide la revocación de la sentencia de instancia para que, en su lugar, se desestime la demanda y se deniegue la acción de desahucio.

El recurrente dice que se han infringido los artículos 155, 156, 157, 158, 161, y 164, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Argumenta que se han vulnerado los artículos mencionados por la evidente ausencia de notificación del proceso y emplazamiento a él mismo, con la correlativa indefensión que ello supone. Refiere que la notificación se hizo a través de la procuradora de la parte actora (lo cual es posible conforme al artículo 152.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero se hizo a una tercera persona -vecino- que no convivía con él, ni era familiar suyo.

Doña Florencia contesta que no hay motivo alguno de nulidad. Sostiene que la petición es absolutamente extemporánea, pues don Victoriano, como él mismo reconoce, tuvo conocimiento de este proceso el día 26 de julio de 2019, día en que su vecino don Gervasio le hizo llegar la cédula de citación.

Este motivo no puede prosperar.

Tenemos que reproducir lo que ya dijimos en nuestro auto de 26 de marzo de 2020 respecto de las pruebas cuya práctica se proponían en segunda instancia.



Del examen de las actuaciones se constata lo siguiente: i) no discute el apelante que su domicilio es el consignado en la demanda; ii) presentada la demanda se dictó decreto admitiéndola a trámite y acordando emplazar al demandado para su contestación a través de la procuradora de la actora; iii) el 4 de julio de 2019 se entregó la cédula de citación a un vecino del recurrente; iv) el 29 de julio de 2019 el propio don Victoriano se personó en el Juzgado para pedir la suspensión del procedimiento por haber solicitado justicia gratuita; v) el 2 de septiembre el Juzgado requirió a la procuradora de la parte actora la entrega del emplazamiento; vi) el 4 de septiembre se aportó dicho documento; vii) el 11 de septiembre, por diligencia de ordenación, se rechazó la suspensión del procedimiento y se declaró en rebeldía al demandado; viii) el 25 de octubre se notificó personalmente al demandado la resolución por la que se le declaró en rebeldía; y ix) el 13 de noviembre se dictó la sentencia.

Vista esta secuencia de acontecimientos, la situación de rebeldía don Victoriano no ha sido involuntaria. En primer lugar, el demandado sí fue emplazado personalmente. Prueba de ello es que acudió al Juzgado. Y en segundo lugar, cualquier atisbo de indefensión, quedó descartado desde el momento en que don Victoriano recibió en persona la resolución por la que se le declaró en rebeldía y se aquietó a ella. Contra esa diligencia, como consta en la propia resolución, cabía recurso, pero no se impugnó, con lo cual devino firme.

SEGUNDO. Motivo segundo: inexistencia de precario.

Don Victoriano, para fundar sus descargos de fondo, pone de relieve las siguientes circunstancias: i) que la actora y él son cónyuges, y a fecha de hoy no existe divorcio entre los mismos; ii) que existe un procedimiento de divorcio ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Badajoz (autos nº 528/2019,) donde él ha solicitado que, al encontrarse en una penosa situación económica, se le atribuya el uso y disfrute de la vivienda (objeto de este procedimiento); iii) que la vivienda en cuestión era de su propiedad exclusiva hasta que el pasado 12 de mayo de 2017 otorgó escritura pública de dación en pago a favor de su esposa - hoy actora-, figurando desde entonces ella como propietaria; iv) que la deuda era de unos 45.000 euros y de ahí la transmisión de la propiedad de la vivienda, aunque acordaron de forma verbal que, en caso de devolver esa cantidad en el plazo de cinco años, la propiedad retornaría a él; v) que la vivienda la viene ocupando desde la separación de hecho el 11 de febrero de 2019; vi) que ambos acordaron verbalmente la ocupación; y vii) que ha estado abonando tanto el IBI como las facturas de electricidad de la vivienda.

En fin, para el apelante no nos encontramos ante una situación de precario, sino ante una situación de comodato, pues se acordó el uso de la vivienda durante un tiempo determinado y con posibilidad incluso de recuperar la propiedad si abonaba la deuda que mantenía con la actora. Añade que al tratarse de un comodato hay una inadecuación procedimiento. También esgrime que existe prejudicialidad civil porque, en el procedimiento de familia, se está también decidiendo el uso de la vivienda.

Doña Florencia rechaza las alegaciones del recurrente. Puntualiza primero que no se trata de la vivienda familiar. Manifiesta que, desde el cese de la convivencia, semanas antes de la presentación de la demanda de divorcio, tras abandonar el ahora apelante el domicilio conyugal, sito en la CALLE000 de Badajoz, autorizó a su marido a que circunstancialmente pudiera residir en la actual vivienda litigiosa. Señala que fue un mero consentimiento temporal que le ofreció a mediados del mes de mayo de 2019.

Este motivo tampoco puede prosperar.

La figura del precario, como es sabido, tiene dos acepciones distintas, una de índole procesal, como procedimiento a través del cual se sustenta un desahucio, y otra civil que, aunque no tiene una regulación legal específica, la jurisprudencia ha ido perfilando desde antiguo. Se considera precario aquella situación por la que se posee o disfruta una finca rústica o urbana sin pagar renta o merced o sin título legitimador o justificativo de la misma, bien por que nunca halla existido título o bien porque, habiéndolo habido, éste sea nulo o haya devenido ineficaz (véase, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 134/2017, de 28 de febrero y 279/2016, de 28 de abril).

Dicho esto, debemos reconocer con doña Florencia que don Victoriano nunca ha tenido título sobre la vivienda litigiosa, salvo cuando fue propietario de la misma.

Al ser hoy día un bien privativo de doña Florencia, la actual ocupación es solo por concesión graciosa de ella. Es importante destacar que no se trata del domicilio conyugal. El Juzgado especializado en familia tiene la competencia para decidir el destino de la vivienda familiar, solo de esa vivienda familiar. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que excluye en los procedimientos de familia cualquier pronunciamiento sobre el resto de viviendas. Y es que el Código Civil (artículo 96), al regular los efectos del divorcio, solo alude a la vivienda familiar (sentencias del Tribunal Supremo 604/2016, de 6 de octubre y 646/2017, de 27 de noviembre). Por tanto, no hay prejudicialidad civil alguna.



Y en cuanto al pretendido comodato, don Victoriano no prueba nada. Habla de un pacto por el que podría ocupar la vivienda durante cinco años hasta tanto pudiera restituir la deuda de 45.000 euros. Es una simple alegación carente de todo soporte probatorio. En fin, no hay comodato ni cosa que se le parezca. Don Victoriano ocupa sin título una propiedad que no es suya. Doña Florencia tiene derecho a recuperar la posesión de su propiedad. Y es que el haber sido marido no da derecho a ocupar las propiedades ajenas, aunque sean de la esposa. Acaso podrá ser así, insistimos, con la vivienda familiar, pero no es aquí el supuesto.

En fin, frente a la actora, como certeramente constata la resolución de instancia, el recurrente está en situación de precario.

TERCERO. Costas y depósito.

Al haberse desestimado íntegramente el recurso de don Victoriano, se le imponen las costas de esta alzada (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Primero. Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por don Victoriano contra la sentencia de 13 de noviembre de 2019 dictada en los autos de juicio verbal 707/2019 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Badajoz y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución.

Segundo. Las costas de esta alzada se imponen a don Victoriano.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y, con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Solo se admitirán los recursos extraordinarios de casación por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la disposición Final 16ª de la LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que conocerá la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, la admisión a trámite del recurso precisará ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.