



Roj: **SAP A 244/2002 - ECLI:ES:APA:2002:244**

Id Cendoj: **03014370052002100937**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **5**

Fecha: **21/01/2002**

Nº de Recurso: **572/2001**

Nº de Resolución: **33/2002**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANDRES SANCHEZ-MEDINA MEDINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA NÚM. 33**

Illtmos. Sres.

Presidente: D. Andrés Sánchez Medina y Medina

Magistrada: D<sup>a</sup>. Visitación Pérez Serra

Magistrada: D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Esperanza Pérez Espino

En la ciudad de Alicante, a veintiuno de Enero de dos mil dos.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Illtmos. Sres expresados al margen, ha visto los autos de juicio verbal de desahucio por precario seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alicante, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandante Don Luis Pablo y otra, habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador Sr. Saura Saura y dirigida por el Letrado D. Justo M<sup>a</sup> García, y como apelada D<sup>a</sup>. Margarita , con la dirección de la Letrada María M. Lacarcel.

### **I - ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alicante en los referidos autos, tramitados con el núm. 629/00, se dictó sentencia con fecha 10 de Abril de 2001 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Saura Saura en nombre y representación de D. Luis Pablo y D<sup>a</sup>. María Cristina , defendidos por el Letrado Sr. Gil García, frente a D<sup>a</sup>. Margarita , debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, absolviendo a la parte demandada de la pretensión en su contra formulada y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte demandante en tiempo y forma que admitido en ambos efectos, elevándose los autos, a este Tribunal, donde quedó formando el Róllo núm. 572-B/01 tramitándose el recurso en forma legal. La parte apelante pidió la revocación de la sentencia de instancia y la apelada su confirmación. Para deliberación señalado el 17 de Enero de 2002.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Illtmo. Sr. D. Andrés Sánchez Medina y Medina.

### **II - FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Se ejercitó en la demanda que inicia este proceso acción de desahucio por precario en relación especialmente con el contenido del artículo 1565-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, frente a Doña Margarita , separada matrimonialmente del hijo Don Luis Antonio por auto de 17 de Marzo de 2000 dictado en medidas provisionales por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Alicante y dictada la sentencia de instancia



desestimatoria de dicha pretensión, los actores se alzan contra la misma mediante el recurso que ahora se decide para que sea revocada por entender que se está en presencia de una situación de precario ya que la vivienda se cedió al hijo para que con su esposa la demandada lo ocupase como vivienda familiar, lo cual no supone una cesión que tuviera duración determinada en cuanto no se estableció plazo.

SEGUNDO.- La situación que se plantea es relativamente frecuente y está caracterizada por la atribución a uno de los cónyuges en resolución recaída en procesos de separación o divorcio, de una vivienda que no es propiedad de la persona que tiene concedido el uso como ocurre ahora en que la misma es de los padres -actores- del hijo separado de la demandada. Aunque la doctrina que al efecto a mantenido el Tribunal Supremo ha tenido una inicial fase caracterizada por la defensa del derecho de propiedad, desde su sentencia de 2 de Diciembre de 1992 establece un cuerpo de doctrina que se consolida, entre otras por sentencia de 18 de Octubre de 1994 en el sentido de excluir estas situaciones del ámbito del precario. Dice el Alto Tribunal en la primera de las citadas que el uso por la familia formada por el hijo tiene como origen la cesión con proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia y como tal tiene un uso preciso y determinado que lo impregna de una característica especial que supone la diferencia entre comodato y precario - artículos 1749 y 1750 del Código Civil- pues aunque no se haya especificado el tiempo de duración este viene circunscrito y reflejado en la necesidad familiar cuando además, en el presente caso, en la demanda no se ha mencionado la necesidad urgente de los dueños para ocuparla. En la otra citada sentencia, además de negar que estas situaciones puedan ser equiparadas al precario se matiza la doctrina anterior argumentando que la ocupante de la vivienda no carece de título posesorio en cuanto el mismo está constituido por el auto judicial que concede el uso de la vivienda para uso de los cónyuges ya separados y sus hijos, el cual por ello, no hace una utilización meramente tolerada o clandestina y excluye una situación furtiva o de absoluta liberalidad, en cuanto el uso atribuido judicialmente debe configurarse como un derecho oponible a terceros por ser tenido como derecho real familiar de eficacia total afectado por la temporalidad que refiere el artículo 96 párrafo último del Código Civil, y añade que las viviendas que así se ocupan han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar, aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, directamente afectados y que no pueden resultar agravados, ya que la desposesión que los dueños pretenden se presenta como lesiva al servicio familiar que presta la vivienda cuando su posesión está justificada por título eficaz, si bien siempre subordinado al de propiedad y que no es impeditivo del disfrute, a tenor del artículo 432 del Código mencionado con lo cual resulta debidamente explicado que la ocupación -en este caso- de la demandada y sus hijos se presente procedente y genera el reconocimiento y protección de los Tribunales.

TERCERO.- Debe finalmente hacerse referencia a que entre los tres casos de precario establecidas doctrinalmente, -posesión concedida, tolerada o ilegítima- la cesión de vivienda a los esposos por los padres de uno de ellos, para que les sirva de hogar conyugal sin fijación ni limitación de tiempo se hallaría comprendida en el primero de esos tipos de precario, lo cual supondría una asimilación al como dato sin plazo de duración por lo que el comodante, en virtud del artículo 1750 del tan citado Código, podría reclamarla a su voluntad. Pero la entrada y permanencia del hijo y la esposa en la vivienda de los padres se explica con la figura jurídica del comodato en cuanto si bien no se estableció plazo de uso la cesión se hace para hogar familiar de forma que la ocupación está condicionada a la subsistencia del fin que originariamente se tuvo en cuenta para hacer la cesión, y esa finalidad de hogar familiar no desaparece aunque se haya producido para alojar a la familia aunque ya -por la separación- no la integre uno de sus miembros. De cuanto queda dicho debe concluirse que no constando un plazo de duración de la cesión pero que con la misma se quería dar el uso específico de hogar familiar del matrimonio y los descendientes del hijo de los propietarios, esa finalidad se, seguirá cumpliendo aunque está producida la crisis conyugal lo cual excluye la situación de precario, y al constituir un comodato o préstamo de uso, los propietarios únicamente pueden reclamar la vivienda en caso de urgente necesidad. Cuanto queda expresado obliga a desestimar el recurso formulado.

CUARTO.- Por aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las costas de esta alzada las debe soportar la parte apelante.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

### III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Con desestimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alicante de fecha 10 de Abril de 2001 en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución. Se condena a la parte apelante al pago de las costas devengadas en esta alzada.



Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ