

# EDJ 2002/60962

Audiencia Provincial de Asturias, sec. 4ª, S 11-9-2002, nº 407/2002, rec. 500/2001  
Pte: Avello Zapatero, Ramón

## Resumen

*La AP desestima el recurso interpuesto por la demandada frente a la sentencia que estimó la demanda y declaró que los demandados ocupaban en precario el inmueble litigioso, por cuanto que, entre otros motivos, aunque la demanda se dirigiera contra un menor, no existía necesidad de intervención del Ministerio Fiscal ni de un defensor judicial, pues también se demandó a sus padres, que lo representaban al no existir conflicto de intereses. Por otro lado, la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en auto de medidas provisionales de separación no es oponible a los terceros titulares del derecho a poseer el inmueble, cuando desde antes el matrimonio ya venía ocupando en precario el inmueble con consentimiento de esos terceros, que no tienen porqué consentir esa situación.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.250.1  
RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.96 , art.162 , art.163 , art.467

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### ARRENDAMIENTOS URBANOS

##### CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Juicio de desahucio

Precario

Supuestos diversos

#### CAPACIDAD E INCAPACIDAD

##### MENORES

En general

#### MATRIMONIO

##### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar

Supuestos diversos

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Desahucio

#### Legislación

Aplica art.250apa.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.96, art.162, art.163, art.467 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Prueba, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos, ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Concepto por SAP Madrid de 18 julio 2007 (J2007/335773)

Citada en el mismo sentido sobre PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por STS Sala 1ª de 22 octubre 2009 (J2009/245662)

Citada en el mismo sentido sobre PRÉSTAMO - COMODATO, PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por SAP Albacete de 28 enero 2011 (J2011/23263)

Cita SAP Asturias de 15 marzo 2000 (J2000/18698)  
Cita SAP Asturias de 7 julio 1999 (J1999/28600)  
Cita SAP Asturias de 29 abril 1998 (J1998/13780)  
Cita SAP Asturias de 5 noviembre 1997 (J1997/16092)  
Cita STS Sala 1ª de 31 diciembre 1994 (J1994/10330)  
Cita STS Sala 1ª de 20 octubre 1981 (J1981/1686)  
Cita STS Sala 1ª de 23 diciembre 1971 (J1971/544)

#### Bibliografía

Citada en "El precario en las relaciones familiares"

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la ara Juez del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Avilés, se dictó Sentencia con fecha trece de julio de dos mil uno, cuya parte dispositiva dice así: Que estimando la demanda formulada por la Procuradora. Sra. Fernández Mijares en nombre y representación de Dª Marcelina y D. Serafín contra Dª María, D. Luis en nombre propio y en representación del menor Rubén, debo declarar y declaro que los demandados no ostentan título legítimo para la ocupación de los inmuebles referenciados en el fundamento segundo de, la presente resolución, condenando a los mismos a dejar libre la misma a disposición de los actores en el término legal, bajo apercibimiento en otro caso de lanzamiento de los mismos, así con el pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, que fue admitido en ambos efectos, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día tres de septiembre de dos mil dos.

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formulada por D. Serafín y Dª Marcelina, en su condición no discutida de usufructuarios de la vivienda y plaza de garaje descritos en el hecho primero del escrito inicial, demanda de desahucio en precario a fin de recuperar la plena posesión de dichas fincas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 250 número 1 apartado segundo de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , alegando al efecto que los demandados D. Luis; Dª Concepción y el hijo menor de ambos, Rubén; ocupaban la vivienda sin título y sin pagar renta o merced alguna, la Sentencia de instancia estimó la demanda y en consecuencia acordó el desahucio y consiguiente lanzamiento de los demandados; siendo dicha resolución recurrida por Dª Concepción que en el escrito de interposición del recurso alegó, en primer lugar, la infracción de normas o garantías procesales al no haber dado intervención en el proceso al Ministerio Fiscal ni haberse nombrado defensor judicial al menor referido; al tiempo que sostuvo en cuanto al fondo la inexistencia de precario, ya que la vivienda litigiosa era ocupada en virtud de una cesión de uso indefinido, próxima en cierto modo a la figura del comodato, reforzada por la resolución adoptada en el procedimiento de medidas provisionales de separación de los cónyuges demandados, y que, además, debía ponerse en relación con la doctrina jurisprudencial que atribuye al derecho de uso de la vivienda previsto en el artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 , el carácter de un verdadero derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad y oponible a terceros, postulando por unas u otras razones la desestimación de la demanda y consiguiente revocación de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- Un ordenado análisis de las diversas cuestiones suscitadas obliga a examinar, en primer lugar, la alegada infracción de normas o garantías procesales, alegación que debe ser desestimada, pues la demanda se dirigió contra los esposos ocupantes de la vivienda y también contra el hijo menor, cuya representación legal corresponde a los padres conforme a lo previsto en el artículo 162 del Código Civil EDL 1889/1 , sin que por tanto sea preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, ni proceda la designación de un defensor judicial por tener el padre y la madre intereses opuestos al del hijo referido, como establece el artículo 163 de dicho texto legal EDL 1889/1 , pues no se advierte tal contradicción de intereses al defender la madre la continuidad del uso y ser ambos (madre e hijo) los ocupantes de la vivienda, frente a cuya situación el allanamiento del padre a las pretensiones deducidas resulta intrascendente, tanto por la naturaleza de los intereses en juego, como porque, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, el allanamiento no produce efectos cuando es manifestado únicamente por alguno de los demandados y la acción ejercitada contra todos sea la misma, idéntica la razón de pedir y análoga su finalidad, de modo que no hay posibilidad de fallar en forma distinta en cuanto al allanado, a no ser en menoscabo improcedente de la unidad que debe presidir el tenor de las resoluciones judiciales dictadas en estas circunstancias (Sentencias de 24 de abril de 1962, 23 de diciembre de 1971 EDJ 1971/544 y 20 de octubre de 1981 EDJ 1981/1686 , entre otras).

TERCERO.- Para resolver lo procedente sobre el fondo del asunto, referido a la viabilidad de la acción de desahucio por precario ejercitada por los propietarios o usufructuarios de una vivienda cuyo uso gratuito fue cedido para servir de hogar a un hijo de los cedentes y su familia, ha de señalarse que si bien la Sala conoce la existencia de criterios discrepantes en la materia, debe destacarse que en armonía con la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964, 21 de mayo de 1990 y 31 de diciembre de 1994 EDJ 1994/10330 , las diversas Secciones civiles de esta Audiencia Provincial, al analizar el tema citado, se han decantado por estimar concurrente en tales casos la situación de precario invocada, siendo de citar la Sentencia de la Sección 1ª de 5

de noviembre de 1997 EDJ 1997/16092 , la de la Sección 5ª de 7 de julio de 1999 EDJ 1999/28600 y de esta Sección 4ª de 17 de junio de 1991 y 15 de marzo de 2000 EDJ 2000/18698 .- En esta última se recoge la doctrina contenida en la del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994 EDJ 1994/10330 , expresiva de que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía, de modo que quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de rigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia.

CUARTO.- Tampoco cabe acoger el argumento de que el derecho de uso de la vivienda configurado en el artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 es de naturaleza real, oponible a tercero y debe quedar debidamente garantizado, tal como declara una reiterada jurisprudencia recogida en la Sentencia de esta Sala de 29 de abril de 1998 EDJ 1998/13780 , que la recurrente invoca, pues tal doctrina se refiere fundamentalmente a los supuestos en que se trata de una vivienda ganancial a cuya indivisión se pretende oponer fin, manteniendo la vigencia del derecho de uso judicialmente reconocido, si se adjudicase a cualquiera de los cónyuges e, incluso, si fuese subastada con la mención expresa de dicha carga; supuestos distintos al aquí enjuiciado, en el que la atribución del uso establecida en el Auto de medidas provisionales de separación no puede prevalecer frente a terceros, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1990 antes citada.

QUINTO.- La aplicación de tales criterios al supuesto enjuiciado han de conducir a idéntica conclusión que la alcanzada por la juzgadora de instancia respecto a la concurrencia de un supuesto de precario, pues lo que realmente se deduce de lo actuado es que la vivienda litigiosa fue adquirida por los actores y su hijo D. Luis, mediante Escritura pública de compraventa de fecha 1 de diciembre de 1988, adquiriendo los primeros el usufructo vitalicio y su hijo referido a la sazón soltero, la nuda propiedad; y que tras el matrimonio de éste y Dª María, celebrada el día 18 de septiembre de 1991 fijaron su residencia familiar en el piso aludido, sin duda por cesión gratuita de los usufructuarios, que ahora tratan de poner fin a dicha cesión para hacer efectivo el derecho a poseer que les corresponde como usufructuarios con arreglo a lo previsto en el artículo 467 del Código Civil EDL 1889/1 .- No cabe acoger el argumento de que la Escritura pública invocada sea nula, por simulada y por falta de consentimiento de D. Luis y Dª Concepción, ya que el primero ratificó a posteriori el contenido de la mencionada Escritura y, al parecer, vino abonando, en todo o en parte, los plazos de amortización del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda; sin que se advierta la necesidad de que la mencionada Dª Concepción prestase consentimiento alguno para la celebración de la compraventa, puesto que en la fecha de adquisición aun no había contraído matrimonio.- Por otra parte, la circunstancia de que, constante matrimonio, D. Luis abonase las amortizaciones aludidas con dinero presuntamente ganancial en nada afecta al derecho de usufructo de los actores, sin perjuicio de la incidencia que aquellos pagos puedan tener en el ámbito de las relaciones económicas entre los cónyuges.- Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

## FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Dª María, contra la Sentencia dictada por la Sra. Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Avilés, con fecha trece de julio de dos mil uno, en los autos de que dimana, confirmándose dicha resolución con expresa imposición a la apelante de las costas procesales del recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Avello Zapatero.- José Ignacio Álvarez Sánchez.- Francisco Tuero Aller.