

Roj: **STS 626/2014 - ECLI:ES:TS:2014:626**Id Cendoj: **28079110012014100069**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/02/2014**Nº de Recurso: **39/2012**Nº de Resolución: **74/2014**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Z 2881/2011,**
STS 626/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Febrero de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio verbal de desahucio por precario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 20 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente la Procuradora Doña Silvia de la Fuente Bravo, en nombre y representación de Don Jose Manuel ; siendo parte recurrida la Procuradora Doña Ruth Herrera Royo, en nombre y representación de Don Amador , Doña María Purificación y Doña Carolina .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La Procuradora Dª Ruth Herrera Royo, en nombre y representación de Don Amador , Doña María Purificación y Doña Carolina interpuso demanda de juicio verbal de desahucio por precario contra D. Jose Manuel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia *estimando la demanda y declare haber lugar al desahucio del demandado como ocupante de la finca sita en c/ DIRECCION000 nº NUM000 del BARRIO000 de esta ciudad, debiendo dejarla libre, vacua y expedita a disposición de los actores, y apercibiéndole de lanzamiento y a sus costas, e imponiendo expresamente las costas causadas del presente procedimiento al demandado.*

2.- El Procurador D. Luis Alberto Fernández Fortún en nombre y representación de D. Jose Manuel presentó escrito compareciendo en nombre de su representado, oponiéndose a la demanda en el acto de la vista.

3 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 8 de junio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Se estima íntegramente la demanda interpuesta por Don Amador , Doña María Purificación y Doña Carolina . 2º) Se declara haber lugar al desahucio solicitado por la parte actora. Se condena a D. Jose Manuel a desalojar el inmueble objeto de estos autos con apercibimiento de lanzamiento si no lo hiciere. 3º) Se imponen las costas a la parte demandada*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Jose Manuel la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Jose Manuel contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 20 de Zaragoza en los autos de Desahucio nº 544/011 en fecha 08-06- 011, debemos confirmar y confirmamos la misma con expresa condena en costas al apelante.*



TERCERO .- 1.- El Procurador D. Luis Alberto Fernández Fortún en nombre y representación de D. Jose Manuel interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente **MOTIVO DE CASACION: UNICO .-** Al amparo de lo dispuesto en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por lo previsto en el artículo 477.2 conforme al que se pretende recurrir la sentencia. En concreto lo previsto en el apartado 3 del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , siendo infringidos los artículos 1741 y siguientes del Código civil y la jurisprudencia que cita.

2.- Por Auto de fecha 16 de mayo de 2012, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3 .- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora Doña Ruth Herrera Royo, en nombre y representación de Don Amador , Doña María Purificación y Doña Carolina , presentó escrito de oposición al recurso interpuesto.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de febrero de 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Tres de los hermanos -don Amador , doña María Purificación , Carolina - formularon demanda de desahucio por precario contra un cuarto hermano -don Jose Manuel - siendo este último el recurrente en casación.

Los hechos que se plantearon y de los que no hay discusión parten de que el padre de todos ellos, en 1982, cedió el uso de una parte de una finca de su propiedad a su hijo don Jose Manuel previendo que instalará en ella un negocio de carpintería, como efectivamente montó, cuyo uso sigue manteniendo. Cuando aquél otorgó testamento, nombró herederos por partes iguales a sus cuatro hijos, sin referencia alguna al trozo de terreno que había cedido a su hijo Jose Manuel .

Tanto la sentencia de primera instancia, como la del Audiencia Provincial, Sección 2ª de Zaragoza de 22 noviembre 2011 estimaron la demanda, al entender que la cesión del uso sin plazo prefijado, siendo el comodato de carácter temporal y limitado, se trata de un precario. La sentencia de la Audiencia Provincial, objeto del presente recurso de casación resume la posición de ambas sentencias en estos términos.

"Existiendo pues inicialmente un título legítimo en la ocupación, con un uso autorizado para un fin concreto (comodato), no puede negarse, como acertadamente entiende el juzgador de instancia, el carácter temporal y limitado característico de tal figura jurídica, no pudiéndose perpetuar la ocupación, con excusa en la definitiva casación del negocio de duración incierta, habiendo transcurrido casi 30 años desde la cesión, habiendo pues transcurrido un tiempo más que prudencial y suficiente, para considerar cumplido el propósito pactado, perdiendo su causa la cesión gratuita, convirtiéndose en suma la situación posesoria en precario susceptible de justificar la acción de desahucio planteada. Todo ello en línea con lo proclamado por reiterada jurisprudencia (sentencias de 31 enero 1995 , 16 marzo 2003 y 25 octubre 2010)."

Contra esa sentencia, el demandado en la instancia formuló recurso de casación en un solo motivo en el que mantiene que la calificación jurídica es de comodato, contrato que deberá resolverse según las normas del Código civil que regula el mismo.

SEGUNDO .- El recurso de casación que ha interpuesto don Jose Manuel , demandado y condenado a desalojar el inmueble (parte de la finca) en ambas instancias, tiene un motivo único en el que cita la infracción de los artículos 1471 y siguientes de del Código civil lo cual no tiene sentido en el presente caso (quizá es el error de citarlo en vez del artículo 1741) y en el desarrollo del motivo mantiene, como verdadero núcleo del mismo, que este recurrente tiene un título concreto, que es la ocupación de una parte de la finca por autorización del padre, propietario del total de la misma, para uso del negocio de carpintería, lo cual significa -según expresa este motivo, citando el artículo 1742- que se trató de un contrato de comodato que se mantiene hasta tanto no concluya el uso para lo que se concedió el terreno, es decir, hasta que no concluya el negocio de carpintería.

No es así y las sentencias de instancia y la doctrina de esta Sala no comparten la calificación que se mantiene en este único motivo del recurso. No aparece un contrato expreso o tácito de comodato; el padre de los litigantes cede gratuitamente una posesión de una parte de la finca, como acto tolerado -no, consta otra cosa- conforme al artículo 444 del Código civil ; es una posesión de hecho, sin título, lo que se ratifica cuando otorga testamento y no hace mención alguna de este uso, que obvia por entero. No existía, pues, contrato alguno que deban respetar los herederos del contratante, conforme al artículo 1742 del Código civil .



La sentencia del pleno de esta Sala de 16 septiembre 2010 seguida con reiteración por otras muchas, como la del 29 julio 2013, declaró que: *estando pendiente el estado de indivisión hereditaria que precede a la partición y teniendo ésta el carácter de operación complementaria que resulta indispensable para obtener el reconocimiento de la propiedad sobre bienes determinados de la herencia, no cabía admitir un uso exclusivo de un bien hereditario en favor de un determinado o particular coheredero.*

Es decir, la jurisprudencia, que reitera la presente sentencia admite la *viabilidad de la acción de precario entre coherederos, frente al coheredero y en favor de la comunidad hereditaria, que disfruta exclusivamente por concesión graciosa del causante.* La mencionada sentencia de 29 julio 2013 dice, literalmente:

En primer término, el supuesto en cuestión se encuadra metodológicamente en el ámbito de la protección posesoria de las cosas comunes de la herencia durante el periodo de indivisión de la misma (artículos 445 y 450 del Código Civil), de forma que aunque se admite la coposesión, y su tutela, ello no autoriza a ningún coheredero a que posea con carácter exclusivo un bien que pertenece pro-indiviso a la comunidad hereditaria. Lo actuado en este sentido comporta una clara extralimitación objetiva del derecho de posesión del coheredero y como tal un perjuicio o despojo injustificado para el resto de los coherederos. En segundo término, sentado lo anterior, debe señalarse que esta ratio (razón) de la tutela dispensada debe prevalecer e informar el contexto doctrinal debatido. En efecto, en este sentido el recurso práctico hacia la viabilidad en estos supuestos del controvertido desahucio por precario no debe entorpecer la aplicación paulatina de la protección específica de la posesión ya mediante su defensa interdictal o, en su caso, por medio de la acción publiciana, pues el coheredero poseedor no tiene la posición de un mero precarista (sin título alguno, salvo la simple tolerancia).

TERCERO .- La doctrina, pues, de esta Sala queda clara en contra de las pretensiones del recurrente. *El uso por cesión de un causante, por sí solo, no constituye como dato, es mera tolerancia.* Otra cosa sería que en testamento se le adjudicara la propiedad o la posesión, lo cual quedaría dentro del Derecho de sucesiones, fuera del contractual. Por tanto y como consecuencia de ello, cabe la *acción de desahucio contra aquel coheredero que está poseyendo en exclusiva un bien que forma parte del patrimonio hereditario del causante, sin título acreditado.*

Esta es la doctrina que han mantenido las sentencias de instancia, que no han infringido los artículos del comodato, pues éste no existe.

Consecuencia de ello, es el rechazo de este único motivo y la desestimación del recurso de casación, con la imposición de costas que establece el artículo 398.1 en su remisión al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Don Jose Manuel , contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 22 de noviembre de 2011 , que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se condena al pago de las costas a la parte recurrente.

Tercero.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Rubricados.-PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.