



Roj: **SAP MU 668/2018 - ECLI:ES:APMU:2018:668**

Id Cendoj: **30016370052018100124**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **20/03/2018**

Nº de Recurso: **14/2018**

Nº de Resolución: **72/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUAN ANGEL PEREZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**CARTAGENA**

**SENTENCIA: 00072/2018**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 de CARTAGENA**

Modelo: 1280A0

C/ ANGEL BRUNA, 21-8ª PLANTA (CARTAGENA)

Tfno.: 968.32.62.92. Fax: 968.32.62.82.

Equipo/usuario: RAC

N.I.G. 30016 42 1 2016 0002286

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000014 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO. 1A. INSTANCIA N. 1 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:** JVH JUICIO VERBAL (DESAHUCIO PRECARIO) 0000310 /2016

Recurrente: Pedro Francisco , Mercedes , Benjamín

Procurador: MARIA DEL MAR POSADAS MOLINA, MARIA DEL MAR POSADAS MOLINA , MARIA DEL MAR POSADAS MOLINA

Abogado: ALFONSO PEREZ ALAJARIN, ALFONSO PEREZ ALAJARIN , ALFONSO PEREZ ALAJARIN

Recurrido: EXCMO.AYTO.CARTAGENA

Procurador: EVA ESCUDERO VERA

Abogado: MIGUEL FERNANDEZ GOMEZ

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA**

**SECCION DE CARTAGENA**

**ROLLO DE APELACIÓN Nº 14/2018**

**JUICIO VERBAL DESHAUCIO POR PRECARIO Nº 310/2016**

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº UNO DE DIRECCION000

**SENTENCIA nº 72**

ILTMO. SR. D. JOSÉ MANUEL NICOLÁS MANZANARES

Presidente



ILTMO. SR. D.JUAN ANGEL PEREZ LOPEZ

ILTMO. SR. JOSE FRANCISCO LOPEZ PUJANTE

### Magistrados

En la ciudad de Cartagena, a 20 de Marzo de 2018.

La Sección de Cartagena de la Audiencia Provincial de Murcia, integrada por los Iltmos. Sres. Expresados al margen, ha visto los autos de juicio Verbal de Desahucio por precario 310/2016 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 , seguidos ante dicho Juzgado a instancia del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena representado por la procuradora Doña Eva Escudero Vera y asistido del letrado Don Miguel Fernández Gómez frente a Doña Mercedes , Don Pedro Francisco , Don Benjamín , representados por la procuradora Doña María del Mar Posadas Molina y asistidos del letrado Don Alfonso Pérez Alajarín y habiendo intervenido en la alzada dichas partes, en su condición de recurrentes Doña Mercedes , Don Pedro Francisco , Don Benjamín , y como parte apelada Excmo. Ayuntamiento de Cartagena en la representación y defensa ya acreditadas .

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 en los referidos autos, de juicio Verbal de Desahucio por precario 310/2016 se dictó sentencia con fecha cuya parte dispositiva dice entre otras lo siguiente: "QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda promovida por la procuradora Doña Eva Escudero Vera en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena frente a Doña Mercedes , Don Pedro Francisco , Don Benjamín y cualquier otro ocupante de la vivienda cuyo datos no figuren en el Padrón de habitantes, se declara haber lugar al desahucio por precario de la vivienda que ocupan los demandados en edificación auxiliar ( CASA000 ) sita en DIRECCION001 , DIRECCION002 , CP 30391, Los Dolores, DIRECCION000 , condenándose a los demandados a dejar libre, vacua y expeditas la mencionada vivienda a disposición de la actora , bajo apercibimiento de lanzamiento ,sino lo efectuaran voluntariamente, imponiéndole las costas causadas en esta instancia ".

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia, se interpuesto recurso de apelación por la parte demandada Doña Mercedes , Don Pedro Francisco , Don Benjamín en tiempo y forma que fue tramitado conforme a lo dispuesto en el art. 457 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y remitidos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente Rollo de Apelación designándose Magistrado Ponente y se señaló día para la votación y fallo el día de la fecha.

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

VISTO, siendo Ponente, el Iltmo. Sr. D. JUAN ANGEL PEREZ LOPEZ, que expresa la convicción del Tribunal.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia del juzgado de primera instancia que estimando la demanda por la que se ejercitaba acción de desahucio por precario se formula recurso de apelación , alegando en primer lugar la falta de jurisdicción y en segundo lugar por considerar que existe error en la valoración de la prueba y en el derecho aplicado .

Por la parte apelada, se formuló escrito de oposición al recurso de la contraparte solicitando la confirmación de la sentencia.

**SEGUNDO.-** En cuanto a lo alegado de falta de jurisdicción , que ya fuera objeto de resolución en la instancia por auto de fechas 8 de Febrero de 2016 , debe tener desfavorable acogida en esta segunda instancia , por cuanto , no se acredita relación laboral alguna ni entre la anterior propietaria de la finca donde está ubicada la vivienda ,Dª Elisa a los demandados antes de la cesión al Ayuntamiento de Cartagena el día 2 de Octubre de 2007 , ni relaciona arrendaticia alguna , hecho este último reconocido por las partes , al ser el contrato suscrito ficticio y a los solos efectos de escolarizar a los hijos menores , por lo que centrado el recurso y la falta de jurisdicción al considerar la parte apelante que eran guardeses de la finca y por tanto la naturaleza del "guardes" , se correspondía con una relación laboral con a anterior propietaria , que debe subsistir por sucesión de del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena en la propiedad de la finca y en la vivienda aneja y de la que forma parte y venían ocupando los demandados. Relación laboral que no está acreditada , por cuanto ni la anterior propietaria tenía la condición de empleadora , y menos el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena en relación con los demandados por sucesión laboral , por cuanto a lo sumo estaríamos ante una relación propia



del comodato entre la anterior propietaria que cede el uso de la vivienda aneja a la finca , y con la obligación de conservarla por el comodatario ,conforme a lo establecido en los artículos 1741 y siguientes del Código Civil , y el derecho de la propietaria a cesar en la relación del comodato cuando lo tenga por conveniente , siendo por tanto dicha figura semejante al precario y con los mismos efectos , sin que el por el principio "iura novit curia" , impida tal pronunciamiento y en cuanto a la no existencia de relación laboral , esta vendría determinada por cuanto es la ajenidad y dependencia y retribución , dentro del poder de organización y dirección de un empleador , lo que caracteriza la relación laboral , conforme al artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores , lo que nunca se dio en la persona de Dª Elisa en relación con los guardeses, a los cuales le cedió simplemente el uso de la vivienda y aprovechamiento de la finca , aunque ello llevase implícito atender a su conservación y vigilancia conforme al uso concedido , en base al artículo 1743 del Código Civil y sin que el comodatario pueda retener la cosa prestada bajo ningún pretexto como se efectúa en este proceso . Por tanto no acreditado que los demandados , estuviesen bajo un organización con ánimo de lucro cuyo poder de dirección los ostentase la anterior propietaria de la finca y por ello percibiesen retribución en "concepto de salario" los ocupantes , y sin que la labores de vigilancia y cuidado de lo cedido , se deba considerar trabajo por cuenta ajena , sino derivado del uso concedido , es obvio que ninguna relación laboral se puede atribuir a la relación existente entre la anterior propietario y los demandados con anterioridad a la cesión a favor del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, el cual indudablemente al amparo del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no sucede en ninguna empresa a la anterior propietaria cedente.

**TERCERO.-** Se alega por la apelante en su recurso que existe error en la valoración de la prueba por parte de la juzgadora de instancia que no ha tenido en cuenta que los demandados eran trabajadores de la anterior propietaria y el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena sucesor, por lo que los demandados no son precaristas, dado que dicha parte no es culpable al no haber intervenido como parte en las negociaciones con el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena al transmitir la finca.

Alegación que debe ser desestimada por los propios fundamentos de la sentencia apelada, donde se pone de manifiesto que los demandados no han probado la existencia de contrato de arrendamiento con la demandante, ni siquiera con la causante de la demandante, ni cualquier otra relación que le diera derecho mas allá de la de meros ocupantes como comodatarios , por cuanto el hecho de permanecer en la finca y en concreto en la vivienda , los trabajos de conservación y mantenimiento ordinario derivaban del uso concedido . Sentado lo anterior, y por lo que se refiere a la institución del precario , debe señalarse que la misma sido abordada por el TS en múltiples resoluciones, entre ellas en la Sentencia de 28 de mayo de 2.015 , en la que el Alto Tribunal declaró: " En cuanto al precario , como institución procedente del Derecho romano (precarium de preces) que no se regula específicamente en el Código civil, aunque se menciona la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y se desarrolla por la jurisprudencia. Se puede considerar como una variedad del comodato ( artículo 1750 del Código civil ) o como una simple situación posesoria.

La jurisprudencia ha considerado el precario en un sentido muy amplio, sin entrar en conceptuaciones dogmáticas. Lo considera en todo caso de disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced o de detentar una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño o sin ella, carente de título o abusiva lo resume como situación de hecho que implica la utilización gratuita de una cosa ajena en todo caso, falta de título que justifique la posesión y también en todo caso, sin pagar merced.

En este sentido, la sentencia de 26 diciembre 2.005 (RJ 2.006, 180) dice: "Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario , que la sentencia de 30 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6017) define como el "[...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella", por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño".

En consecuencia la transmisión de la finca por la anterior propietaria Dª Elisa al Excmo. Ayuntamiento de Cartagena en el año 2007 , llevaba consigo inexcusablemente la extinción del comodato sobre la referida vivienda y sin que los comodatarios tuviesen que intervenir en la transmisión por cuanto ningún derecho ostentaban derivado de la misma frente al nuevo propietario, el cual indudablemente no estaba obligado a mantener en el uso de la vivienda a los demandados, y aun mas no se puede olvidar que en el proceso anterior , y en la sentencia dictada por esta Sala en el Rollo de apelación 222/2013 , ya se establecía en su fundamentación jurídica que entre los hoy apelantes y el Ayuntamiento de Cartagena , no existía relación arrendaticia alguna con el Ayuntamiento de Cartagena , a lo sumo una especie de arrendamiento de servicios que se extinguió cuando cedió la finca su anterior propietaria en 2007 al Ayuntamiento , lo que llevaría a una acción diferente , la ocupación sin título y por mera liberalidad , como es el desahucio por precario prevista en el artículo 250.1.2º de la LEC , acción ejercitada en este proceso por el Ayuntamiento de Cartagena por lo que procede desestimar el recurso de apelación formulado por Doña Mercedes , Don Pedro Francisco , Don Benjamín y confirmar la resolución recurrida.



**CUARTO.-** Que a tenor de lo dispuesto en el art. 398 de la L.E.C., al desestimar el recurso de apelación procede hacer expresa condena en costas al apelante.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

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

#### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación formulado por Doña Mercedes, Don Pedro Francisco, Don Benjamín contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de DIRECCION000 en el juicio Verbal de Desahucio por precario 310/2016 debemos de CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma con expresa condena en costas a la parte apelante.

Notifíquese esta sentencia, conforme a lo establecido en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación, si la resolución de ese recurso presenta interés casacional, y, de ser así, también extraordinario por infracción procesal, siempre que se haga en el mismo escrito de interposición del recurso de casación y no por separado de cuyos recursos, llegado el caso, conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo y deberán interponerse presentando un escrito ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia dentro del plazo de veinte días a contar desde su notificación, en el que se exprese, además de la infracción legal que se considere cometida, las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el interés casacional que se alegue, y previa constitución de un depósito de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 3196000006045113 abierta a nombre de este Tribunal en la entidad SANTANDER 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. Rollo 14/2018.