



Roj: **SAP CA 47/2016 - ECLI:ES:APCA:2016:47**

Id Cendoj: **11020370082016100012**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Jerez de la Frontera**

Sección: **8**

Fecha: **26/01/2016**

Nº de Recurso: **406/2015**

Nº de Resolución: **14/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ

Sección Octava

Avd. Alvaro Domecq 1, 2ª planta

Tlf.: 956033400. Fax: 956033414

NIG: 1103841C20121000660

S E N T E N C I A N º 14

ILMOS SRES.

PRESIDENTE:

D. IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO

MAGISTRADOS:

D. BLAS RAFAEL LOPE VEGA

Dª. ESTHER MARTÍNEZ SAÍZ

APELACIÓN CIVIL, ROLLO 406/15- S

Asunto: 1481/2015

Juzgado de Primera Instancia de Ubrique

Juicio Verbal 679/12

En la Ciudad de Jerez de la Frontera, a veintiséis de Enero de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en autos de **Juicio Verbal 679/12**, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Ubrique, recurso que fue interpuesto por D. Ildefonso, representado por la Procuradora **Dª. Josefa Salas Gómez** y asistido del Letrado **D. José Antonio Villegas García**; siendo parte apelada Dª. Irene, representada por el Procurador **D. Juan Carlos Martín Bazán** y asistido del Letrado **D. Francisco Javier Álvarez de Toledo**; sobre **desahucio en precario**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- La Iltre. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Ubrique, dictó Sentencia con fecha veintiocho de Noviembre de dos mil trece, en cuyo fallo se establecía lo siguiente: " *Estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Juan Carlos Martín Bazán, en nombre y representación de Dª. Irene, declarando haber lugar al desahucio por precario condenado a los demandados a estar y pasar pro dicha declaración e igualmente desalojar, dejar libre y expedito de enseres y moradores, la finca sita en Benaocaz,*



PLAZA000 nº NUM000 , e inscrita en el Registro de la Propiedad de Ubrique, al tomo NUM001 , libro NUM002 de Benaocaz, folio NUM003 , finca número NUM004 , apercibiéndoles que de no verificarlo se procederá al lanzamiento.

Sin expresa condena en costas. "

SEGUNDO-. Contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de la parte demandada, y admitido el recurso, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien procedió a oponerse al mismo, y se elevaron las actuaciones a esta Sala.

TERCERO-. Recibidas las actuaciones, se le dio el trámite pertinente, se celebró vista para la práctica de prueba testifical, y se procedió a la deliberación, votación y fallo de la presente resolución.

CUARTO-. En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO-. Ante la sentencia que da lugar al desahucio por **precario**, la parte demandada apela y tras alegar la nulidad del procedimiento, que debe ser rechazada de plano al no habersele causado indefensión alguna, pues lo es el que la contraparte sepa los motivos de oposición, alega en primer lugar el tema de la accesión, toda vez que sobre el suelo de la finca se derribó la antigua edificación y él construyó el edificio actualmente existente. La juzgadora de instancia en primer lugar rechaza esta alegación al entender que debió plantearla por vía reconvenicional. Y esta Sala no puede estar de acuerdo con tal afirmación.

Es preciso previamente determinar el alcance que en la actualidad tiene el juicio de desahucio por **precario** tras la reforma operada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 1563.3 de la LEC de 1881 disponía que el desahucio procedía contra cualquier persona que disfrutaba o tenía en **precario** una finca sin pagar renta o merced. Dicho precepto no aludía a la graciosa concesión, a su ruego, del uso de una cosa, mientras lo permite el dueño cedente, que era el sentido originario del **precario** según el Digesto, sino que se extendía también a las situaciones en las que sin pagar merced utilizaban la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando el invocado fuera ineficaz para enervar el título dominical del actor, de manera que el concepto originario se fue ampliando por la jurisprudencia hasta equiparar el **precario** a toda aquella situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no le corresponde, existiendo una falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndolo tenido, lo perdiera. Partiendo de ese concepto amplio de **precario**, admitido ya por la sentencia del tribunal Supremo de 30 de octubre de 1986 , con cita de antiguas resoluciones de 28 de junio de 1926 y 13 de febrero de 1958 , y teniendo en cuenta que la controversia había de resolverse por los estrechos cauces del juicio de desahucio con limitación de medios probatorios, la jurisprudencia fue elaborando el concepto de cuestión compleja mediante la que se entendía que por este cauce del número 3 del art 1565 citado, sólo podían resolverse aquellas controversias en las que la situación de **precario** no planteaba ninguna dificultad, reservándose para el posterior juicio declarativo la resolución de las mismas; y ello porque la sentencia recaída en el juicio de desahucio no producía el efecto de cosa juzgada, con lo que las partes podían volver a plantear la controversia en el declarativo correspondiente.

La nueva LEC al regular, en el artículo 250.1.2 , el juicio verbal como un procedimiento especial por razón de la materia acoge un concepto de **precario** más reducido al señalar que el procedimiento será el utilizado por los que pretenden la plena recuperación de una finca cedida en **precario**. Contrariamente a la regulación anterior que permitía un concepto amplio de **precario** hasta llegar a la definición del mismo antes expuesta, la nueva regulación introduce la expresión "cedida en **precario**", mucho más precisa que el anterior, introduciendo la idea de relación entre las partes, en la que una cede a otra el inmueble a título gratuito y a su ruego. Puede entenderse que el legislador ha vuelto a vuelto al antiguo concepto de **precario**, como la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente. La LEC actual ha establecido un procedimiento verbal para recuperar la posesión en los casos de **precario** en el sentido restringido expuesto, siendo el procedimiento verbal el adecuado para la resolución de las cuestiones meramente posesorias, pudiendo utilizar para ello todos los medios de prueba que se recogen en la ley procesal, desapareciendo la anterior restricción de medios y no estando el juicio de **precario** incluido entre los que señala el art. 447 como aquellos que no producen excepción de cosa juzgada.

Tras la entrada en vigor de la nueva LEC se suscita la controversia sobre si, conforme a la nueva redacción del art. 250.1.2 , el ámbito del juicio de desahucio en **precario** debe circunscribirse al concepto estricto de **precario** antes indicado. Frente a una corriente doctrinal y jurisprudencial que considera posible en su seno de debate,



en sentido amplio, sobre cualesquiera cuestiones suscitadas en relación al título del actor, la identidad del bien poseído y la situación jurídica del demandado, con la correspondiente decisión con autoridad de cosa juzgada; existe otra posición más restringida que considera que el ámbito de tal clase de procesos no puede exceder de la determinación de la situación posesoria del demandado, no pudiendo alcanzar su conocimiento a la controversia y resolución de otro tipo de cuestiones, como la relativa a la propiedad del inmueble objeto de **precario**.

Este criterio más restrictivo es predominante, acogido con claridad por numerosas Audiencias, entre ellas SAP de islas Baleares de 20 de febrero y 18 de marzo de 2004, SAP de Huesca de 10 de enero de 2005, SAP de Zaragoza de 24 de julio de 2002 entre otras muchas, en las que se razona que el amplio concepto de **precario** deducido de los términos del artículo 1565 de la LEC de 1881 y de las diversas cuestiones que respecto del mismo se podían plantear, teniendo en cuenta que la controversia había de ser resuelta por los estrechos cauces del juicio de desahucio con la limitación de medios probatorios que conllevaba la utilización de este procedimiento, la jurisprudencia fue elaborando el concepto de cuestión compleja, en el sentido de que solo podían ser resueltos por medio del procedimiento previsto en el número 3 del artículo 1565, aquellas cuestiones en las que la situación de **precario** no planteaba ninguna dificultad, reservándose para el declarativo posterior la resolución de las mismas, lo que en definitiva no planteaba ninguna cuestión ya que, aunque la situación de **precario** se resolviera en ese procedimiento, la sentencia no tenía efectos de cosa juzgada, de forma que las partes podían volver a plantear la misma controversia en el juicio declarativo correspondiente. Con el nuevo procedimiento regulado en el artículo 250.1.2 de la LEC 2000, solo puede solicitarse el reintegro de la posesión cuando el inmueble haya sido cedido en **precario** por el actor o su causante, sin que pueda ser cauce adecuado para resolver todas aquellas situaciones en las que, conforme a la legislación anterior, la jurisprudencia consideraba que se podían incluir dentro del concepto de **precario**.

En otras palabras, y como ya hemos dicho y volvemos a reiterar, la LEC actual ha establecido en el procedimiento verbal para la recuperación de la posesión en los casos de **precario** en sentido restringido, de forma que el procedimiento verbal es adecuado para resolver aquellas cuestiones meramente posesorias, disponiendo para ello de todos los medios de prueba recogidos por la ley procesal, desapareciendo la antigua restricción y no estando el juicio de **precario** entre los recogidos en el artículo 447 como aquellos que producen cosa juzgada. No obstante ser un juicio de desahucio el legislador ha cambiado el criterio sobre el alcance de este procedimiento, intentando eludir la inutilidad que, en ocasiones, resultaba bajo la vigencia de la LEC de 1881. Lo señala así en la Exposición de Motivos al disponer que "la exigencia de ineficacia, inseguridad jurídica, vicisitudes procesales excesivas, aconseja, en cambio no configurar como sumarios los procesos en que se deduzcan, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad". Así pese a ser desahucio, no es un proceso sumario sino plenario, zanjando la cuestión el citado artículo 447 al disponer el efecto de cosa juzgada.

Esta Sala comparte esta doctrina que además salva el problema que se produce en estos procedimientos, cuando la parte demandada, en contraposición a las pretensiones de la actora, busca fundamentar su oposición en el reconocimiento de algún título que ampare su posesión (dominio, habitación, usufructo, arrendamiento, etc.), y que no pueda, sin embargo, ser planteada en reconvención si, por la cuantía, la cuestión no puede ventilarse por los trámites del juicio verbal. Se trata de evitar que en este procedimiento, que como todo tipo de juicio verbal y según Exposición de Motivos de la LEC debe caracterizarse por la simplicidad de lo controvertido y su escaso interés económico, se lleguen a dilucidar, con pretensiones complejas, que deberían seguirse a través de un procedimiento ordinario, resultando la inconveniencia de reconducir al procedimiento de **precario** acciones reivindicatorias de dominio, o declarativas en relación con un contrato de arrendamiento susceptibles de provocar indefensión en la parte demandada, que en muchos ocasiones se vería imposibilitada de plantear reconvención. Por ello decimos que la afirmación de que debería haber la parte demandada planteado la cuestión por vía reconvencional, no se sostiene y debe ser rechazada.

En resumen, en el actual art. 250.1.2ª LEC el legislador pone en manos de quien tiene derecho a poseer un medio procesal -juicio de desahucio o juicio verbal- fácil y rápido para recuperar la posesión frente a quien la ostenta sin título para ello, debiendo resaltarse que si bien se prescinde de la sumariedad del juicio de **precario**, si bien subsiste la cuestión del ámbito de conocimiento del proceso, no tanto por su carácter - indudablemente plenario- sino en razón del tipo de procedimiento al que, por razón de la materia, remite la ley. El objeto de ese proceso se limita únicamente a resolver si el demandado posee o no un título que legitime su ocupación, oponible al actor que interesa la recuperación de su posesión; en consecuencia, tal es, por propia definición, el ámbito del juicio por **precario**. En definitiva, determinándose el procedimiento por razón de la materia, debe decidirse en él acerca de si existe o no título que ampare la ocupación, sin perjuicio de que, de considerarse existente y en función de éste (derecho de uso derivado de un derecho real o personal -arrendamiento, comodato...-), este procedimiento fuera, por razón de la materia, inadecuado



para conocer y pronunciarse sobre cualquier debate sobre el propio título (interpretación, validez, vigencia o alcance), controversia que sí debería plantearse y resolverse en un procedimiento ordinario. Por otra parte, conviene recordar, respecto al título de ocupación, que es doctrina jurisprudencial asentada que no basta su mera alegación, debiendo quedar su existencia, cuanto menos, debidamente justificada, correspondiendo al demandado, ex art. 217 LEC EDL 2000/77463, la carga de la prueba de este hecho.

Con base al criterio expuesto puede afirmarse que el juicio de desahucio por **precario** es el proceso adecuado para resolver si el demandado posee o no título que legitime la ocupación de la finca propiedad de la demandante, propiedad que aquí no se discute, pudiéndose discutir en este proceso la existencia del título invocado por los demandados, como así se ha hecho. Así pues, el juicio de desahucio por **precario** obliga a examinar de un lado la suficiencia del título del actor para acreditar su legitimación activa que ha quedado acreditada, y de otro si el demandado es un precarista o bien tiene algún título que le vincule con el objeto o con el demandante que justifique su permanencia en la posesión, la prueba de cuya existencia a él le corresponde.

La sentencia apelada admite, y está suficientemente acreditado en los autos, la existencia de una construcción en el inmueble que fue llevada a cabo por el demandado Ildefonso . En este punto a la sala se le antoja un error concluir que el dinero que los testigos manifestaron les dio Ildefonso para la construcción del nuevo edificio, era de su hermano Jesús Manuel , persona que donó la finca a la actora, su sobrina. Los testigos, avalados por la documental, afirman de manera rotunda y clara que la antigua casa se tiró y se volvió a hacer y que todo lo pago Ildefonso . Afirmar que Jesús Manuel era un hombre sin formación y que las gestiones las hacía Ildefonso en su nombre, pudiera ser o no ser verdad, pero desde luego en este juicio en modo alguno se ha acreditado ello. Lo cierto y verdad es que Ildefonso pagó la casa, y abonó los recibos de luz y agua, mientras que Jesús Manuel solo abonó los recibos de contribución, entre otras cosas porque era el único obligado al ser el titular catastral y registral. Concluir de ello que todo lo pagó Jesús Manuel resulta una afirmación carente de lógica alguna.

Entiende la sala que habiéndose acreditado el que se construyó un nuevo edificio en suelo que era del anterior propietario y actualmente de la actora, y que esa construcción fue abonada al menos en parte por Ildefonso , sin que sea ahora el momento de dilucidar que parte del costo de la obra sufragó el demandado, el demandado justifica su posesión por los derechos que confieren al que posee y edifica de buena fe los artículos 361 y 453 del Código Civil , ya que en modo alguno se ha acreditado que Ildefonso obrara de mala fe, no destruyéndose la presunción legal de buena fé.

Bien entendido que esos derechos constituyen justo título que permita eludir el desahucio por **precario** . Como bien se alega, sobre ese derecho de retención que reconoce el artículo 453 del Código Civil no puede prevalecer el artículo 1.747 del Código Civil , conforme al cual el comodatario no puede retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas.

En primer lugar, el comodato es un contrato de préstamo en virtud del cual se entrega la cosa al comodatario para que disfrute de ella durante un cierto tiempo. De lo que resulta que el comodante sólo puede reclamar la cosa sino una vez concluido el término por el que se pactó (artículos 1.740 y 1.749 del Código Civil). Por tanto, mientras no transcurra el plazo o termine el uso concreto, el comodatario tiene justo título para poseer. Esta no es la situación que concurre en el **precario**, el cual, como indica la propia sentencia apelada, supone la utilización gratuita de un bien ajeno, sin título que lo justifique, a petición del que pide el uso, sin sometimiento a plazo o condición alguna, y mientras lo permita el dueño concedente. En este mismo sentido la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2.012 , señala que debe considerarse consolidado el criterio doctrinal que establece que cuando en la relación jurídica existente entre las partes por causa de una vivienda cedida gratuitamente, se fije un plazo, aquella debe calificarse como comodato, al igual que cuando se establece un uso o finalidad concretos para tal cesión. Si no existe esa fijación de plazo o de uso, la relación jurídica es de **precario**. De todo ello resulta la improcedencia de aplicar las normas del comodato al **precario**, al que más bien deben aplicarse las normas relativas a la posesión.

Como consecuencia de todo razonado han de considerarse plenamente aplicables a la situación de autos los artículos 361 y 453 del Código Civil . De lo que resulta que si el poseedor, de buena fe, y así hay que entenderlo por cuanto que tanto la ocupación del inmueble como las obras se hicieron con la anuencia de la propiedad, realiza construcciones o mejoras de entidad en el inmueble, tiene derecho a ser resarcido por ello si la propiedad opta por hacerlas suyas y mientras no se produzca ese resarcimiento, la propiedad no puede recuperar la posesión del mismo en virtud del derecho de retención a favor del poseedor que confiere el artículo 453. Tal derecho de retención constituye, en definitiva, un título suficiente para enervar la acción de desahucio que se ejercita en el presente procedimiento

Por todo ello, el recurso debe ser estimado, revocando la sentencia recurrida y desestimando la demanda con absolucón de los demandados de los pedimentos contenidos en la misma.



SEGUNDO-. Al estimarse el recurso y conforme artículo 398 de la LEC ., procede no hacer condena alguna en orden al pago de las costas causadas en esta alzada. Y en cuanto a las de primera instancia, dada la complejidad jurídica y las dudas que presentaba le asunto, conforme al artículo 394, procede no hacer condena al respecto.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente aplicación, en nombre de S. M. El Rey y con la autoridad conferida por el pueblo español, y por cuanto antecede

FALLO

Que **estimando** el recurso formulado por la Procuradora D^a. **Josefa Salas Gómez**, en nombre y representación de **D. Ildelfonso**, contra la sentencia dictada el veintiocho de Noviembre de dos mil trece en el **Juicio Verbal 679/12** del Juzgado de Primera Instancia de Ubrique, **REVOCAMOS ÍNTEGRAMENTE** la misma, en el sentido de, con desestimación de la demanda formulada, absolver a los demandados de los pedimentos contenidos en la misma. Todo ello sin hacer condena ne orden al pago de las costas causadas en primera instancia y en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes y una vez firme la presente resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de origen.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio literal al Rollo de Sala y se notificará a las partes con expresión de caber contra ella, en su caso, los recursos de CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL y, en su caso, conjuntamente con el anterior el EXTRAORDINARIO por INFRACCIÓN PROCESAL, conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, tras la reforma realizada por la Ley 37/2011. Los recursos que procedan se podrán interponer por escrito dentro de los VEINTE DÍAS siguientes al de la notificación, y se deberán presentar ante esta Sección para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, debiendo el recurrente constituir y acreditar al tiempo de la interposición el correspondiente DEPÓSITO PARA RECURRIR, por importe de CINCUENTA EUROS (50 €), para cada uno de dichos recursos, mediante ingreso en la Cuenta de Consignaciones de esta Sala, abierta en Banesto, Cuenta Expediente núm. 1465/0000/12/0406/15, debiendo indicar en dicho ingreso el recurso de que se trate, si fuese Casación, con el Código 06, y si fuesen conjuntos, además con el Código 04, requisitos sin los cuales no se admitirán a trámite los recursos. Igualmente, deberá presentar el ejemplar del modelo 696 de autoliquidación de Tasa Judicial, de conformidad a lo dispuesto en el apartado 7.2 del art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de Diciembre, Orden del Ministerio de Hacienda 661/2003, de 24 de Marzo y Resolución de 8 de Noviembre de 2003, de la Secretaría de Estado de Justicia, incluso cuando se trate de entidades exentas del pago. Así por esta Sentencia definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION-. Leída y publicada fue la anterior sentencia por los Sres. Magistrados que la suscriben, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fé.