



Roj: **STS 3149/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3149**

Id Cendoj: **28079110012016100453**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2016**

Nº de Recurso: **2399/2014**

Nº de Resolución: **467/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CR 709/2014,**  
**STS 3149/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 7 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 4 de julio de 2014 por la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 87/2014 dimanante de los autos de juicio verbal sobre tutela sumaria de la posesión n.º 105/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Manzanares. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente el Procurador don Carlos Guadalix Hidalgo, en nombre y representación de don Juan Francisco . Ha comparecido en calidad de parte recurrida la Procuradora Dña. Margarita López Jiménez, en nombre y representación de doña Marí Trini y de la entidad mercantil Cechips, S.L.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

**1.-** La procuradora doña Alma María Baeza Díaz Portales, en nombre y representación de CECHIPPS, S.L. y doña Marí Trini formuló demanda de juicio verbal sumario para recobrar la posesión contra don Juan Francisco y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que:

«Se dicte sentencia por las que estimando la presente demanda se condene a Juan Francisco a responder por su cuenta la verja y puerta de acceso a la zona común del edificio y ventana situada en la misma en el estado que tenían antes de realizar los actos de despojo alterando la situación de hecho existente que permitía a mis representadas el acceso y uso de esa zona común del edificio, absteniéndose en el futuro realizar actos que perturben la posesión de mis mandantes. Se condene al demandado al pago de las costas procesales».

**2.-** Se señaló para la vista del juicio verbal el día 7 de noviembre de 2013 que se celebró con el resultado que consta en autos.

**3.-** En el acto del juicio se practicaron las pruebas que se consideraron pertinentes con el resultado obrante en autos.

**4.-** El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Manzanares dictó sentencia el 13 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO DESESTIMO la demanda interpuesta por CECHIPPS, S.L. y doña Marí Trini frente a don Juan Francisco , con imposición a la parte demandante de las costas causadas en el presente procedimiento».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de doña Marí Trini y de Cechips, S.L., interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución correspondiendo su tramitación a la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que dictó sentencia el 4 de julio de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«FALLAMOS: Se estima el recurso de apelación interpuesto por CECHIPS SL y doña Marí Trini, contra la Sentencia de fecha trece de diciembre de dos mil trece dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Manzanares en autos de procedimiento de tutela sumaria de la posesión 105/13 y en consecuencia se revoca dicha Resolución, declarando haber lugar a la tutela sumaria de la posesión se condena al demandado don Juan Francisco a permitir el acceso y uso de la zona del edificio y ventana objeto de estos autos, absteniéndose de perturbar la misma en el futuro. Todo ello sin prejuzgar el derecho de las partes, el cual ha de hacerse valer en el juicio declarativo correspondiente. Se imponen las costas de Primera Instancia al demandado, en aplicación del principio de vencimiento, no procediendo efectuar especial declaración en cuanto a las costas de esta alzada».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La procuradora doña Ana Osorio, en nombre y representación de don Juan Francisco, interpuso recurso de casación contra la anterior resolución, con base en los siguientes motivos:

Primero.- Vulneración del artículo 477.2.3º y 477.3 (jurisprudencia del Tribunal Supremo) en relación con el artículo 444 del Código Civil, el cual resulta infringido.

Segundo.- Vulneración del artículo 477.2.3º y 477.3 (jurisprudencia del Tribunal Supremo) en relación con el artículo 460.4 del Código civil, el cual resulta infringido. Este motivo se presenta subsidiariamente para el caso de que para Cechips, S.L. se considerase que no existe una mera tolerancia.

2.- La Sala dictó auto el 3 de febrero de 2016 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Juan Francisco contra la Sentencia dictada con fecha de 4 de julio de 2014 por la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 87/2014 dimanante de los autos de juicio verbal sobre tutela sumaria de la posesión nº 105/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Manzanares.

2º) Entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

3.- Dado traslado a las partes, la Procuradora Dña. Margarita López Jiménez, en nombre y representación de doña Marí Trini y de la entidad mercantil Cechips, S.L., manifestaron su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 21 de junio de 2016, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****PRIMERO.-** *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación.

1.- Cechips, SL es propietaria de un local destinado a farmacia, siendo la titular de ésta doña Marí Trini. Dicho local forma parte de un inmueble, como finca independiente, en la que existe otra finca destinada a vivienda, ambas bajo el régimen de propiedad horizontal, siendo el propietario de esta última el demandado don Juan Francisco, padre de doña Marí Trini.

2.- En la planta baja, adosado al local, existe un retranqueo, al que denominan portal o zaguán, que sirve de acceso a la escalera de la vivienda que ocupa dos plantas superiores, constituyendo un duplex. Dentro de dicho portal, en el lateral del local existe abierta una ventana destinada a prestar servicio nocturno a la farmacia en horas de guardia.

3.- Durante cuatro años han tenido atribuido el uso de la vivienda doña Marí Trini y su madre, como efecto de la sentencia de divorcio del matrimonio de ésta con el demandado.

4.- Pasado ese tiempo, y recuperado el uso de la vivienda de su propiedad por don Juan Francisco, ha cambiado la cerradura de la verja que da acceso al portal, incluso poniendo una cadena con candado, y ha cubierto la referida ventana de la farmacia con un panel de madera.



5.- A causa de tal acción Cechips, SL, y doña Marí Trini han interpuesto demanda de juicio verbal contra don Juan Francisco por la que ejercitan la acción de tutela sumaria de la posesión, pretendiendo el recobro de la posesión de la que se han visto despojadas por alterarse la situación de hecho existente, que permitía a las demandantes el acceso y uso de esa zona.

6.- La parte demandada opone como argumento defensivo que ese portal o zaguán, por el que se accede a su vivienda a través de la escalera propia, es un elemento privativo y no un elemento común del edificio del que bajo el régimen de propiedad horizontal forman parte la vivienda y el local de farmacia, por lo que las demandantes carecen de título o derecho alguno que legitime la posesión o uso del portal y de la ventana.

7.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al entender que no concurre posesión que merezca la tutela sumaria demandada, en cuanto entiende que dicha zona de acceso es de carácter privativo de la vivienda y que si bien se incorporó dicha ventana para el servicio de guardia cuando el matrimonio se llevaba bien y se mantuvo durante el tiempo en el que el uso y disfrute de la vivienda fue atribuido a la esposa, una vez recuperada la posesión por el ex marido, hoy demandado, no existe título alguno que tutele la utilización de dicho espacio.

8.- Las demandantes interpusieron recurso de apelación contra la anterior sentencia, correspondiendo conocer de él a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real que dictó sentencia el 4 de julio de 2014 por la que, estimando el recurso, declaró haber lugar a la tutela sumaria de la posesión, condenando al demandado a permitir el acceso y uso de la zona del edificio y ventana objeto de autos, absteniéndose de perturbar la misma en el futuro. Todo ello sin prejuzgar el derecho de las partes, el cual ha de hacerse valer en el juicio declarativo correspondiente.

9.- La sentencia de la Audiencia se fundó, en síntesis, en lo siguiente: a) en este procedimiento solo se examina la posesión como hecho, sin que pueda ser materia del mismo el examen del derecho de propiedad o el contenido del derecho así considerado; b) el uso o disfrute de la ventana y espacio a los fines de dispensar los medicamentos durante la guardia aunque se venía realizando constante el matrimonio y se prolongó durante el periodo en el que la esposa disfrutó del uso y disfrute del domicilio conyugal, no se identifica totalmente con el uso y disfrute de la vivienda, sino al servicio y utilización del local de negocio destinado a farmacia, por lo que la pérdida del uso y disfrute de la vivienda por expiración del término para el que fue concedido no implica una extinción automática de la posesión; c) para entender que el demandado estaba legitimado al cambio de cerraduras ha de partirse de la consideración de que dicho espacio es privativo de la vivienda y dicho análisis no puede ser objeto de este procedimiento; d) el cierre en sí, al margen de si concurre la naturaleza privativa y exclusiva de dicho espacio, implica una vía de hecho sobre una apariencia de posesión, no permitida por el art. 441 CC. Tampoco se trata de actos meramente tolerados no afectantes a la posesión, pues la existencia de la ventana y los fines de su servicio revelan la constancia de una posesión aparente y continuada en el tiempo.

10.- Don Juan Francisco interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC, esto es, por presentar la sentencia recurrida interés casacional, y lo articuló en dos motivos que, más adelante, se enunciarán y plantearán.

11.- La Sala dictó auto el 3 de febrero de 2016 admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, se opuso a él la parte recurrida.

### **Recurso de casación.**

#### **SEGUNDO.- Motivo Primero. Enunciación y Planteamiento.**

Se invoca la vulneración por la sentencia recurrida de los artículos 477.2.3º y 477.3 LEC en relación con el artículo 444 CC, que resulta infringido.

En el desarrollo argumental del motivo se sostiene que la posesión de hecho que se alega no es tal, sino que se trataba de actos de mera tolerancia, que se producen en el ámbito de las relaciones familiares, cuando el matrimonio se llevaba bien y se mantienen durante el tiempo en que el uso y disfrute de la vivienda fue atribuido a la esposa, para que se dispensasen los servicios de guardia de la farmacia por un ventanuco que se abrió en la pared lateral existente entre la oficina de farmacia, de la que entonces era titular, y la entrada a la cancela de su vivienda para que le fuese más fácil atender las guardias, pero ahora la actual titular de la farmacia tiene su vivienda en otro local y en nada le beneficia atender por dicha ventana las guardias, siendo necesario que cese la dispensación de medicamentos por el ventanuco porque no existe título alguno que ampare la utilización de dicho espacio. Alega como fundamento del interés casacional las SSTS de 20 de octubre de 1980, 16 de noviembre de 1981, 14 de julio de 1995, 30 de mayo de 1992, 26 de octubre de 1984, 2 de mayo de 1994, 24 de marzo de 1983 sobre que los actos meramente tolerados no afectan a la posesión.

#### **TERCERO.- Decisión de la Sala.**



Para ofrecer respuesta al motivo del recurso conviene antes exponer las circunstancias fácticas relevantes del supuesto que se enjuicia, y que son las siguientes:

- 1.- El local destinado a farmacia se encuentra en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal.
- 2.- La escritura de declaración de obra nueva y división horizontal se otorgó el día 12 de mayo de 1997 por don Juan Francisco y doña Maite , casados en régimen de ganancial, y por la mercantil Cechips, SL, en la que se hace constar: (i) el edificio se compone de planta de sótano, planta baja destinada a local y acceso general del edificio, y dos plantas más destinadas a vivienda; (ii) se constituye en régimen de propiedad horizontal y se divide en dos fincas independientes, el local comercial y la vivienda constituida por un piso duplex en planta primera y segunda; (iv) el local es propiedad de Cechips, SL y la vivienda de don Juan Francisco y su esposa doña Maite , con carácter ganancial.
- 3.- El 4 de febrero del año 2000 otorgó el matrimonio escritura pública de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales y convinieron adjudicar a don Juan Francisco , con carácter privativo, la vivienda y a doña Maite el 94,7% de las participaciones sociales de la mercantil Cechips , S.L., titular de local comercial destinado a la oficina de farmacia.
- 4.- En el año 2009 se disolvió el matrimonio por divorcio y se atribuyó en la sentencia el uso de la vivienda familiar, durante cuatro años, a doña Maite y a su hija.
- 5.- El local comercial se proyectó y ejecutó desde su construcción en el año 1996 para ser destinado a oficina de farmacia, cuya explotación fue desempeñada inicialmente por don Juan Francisco (1996-2004), posteriormente por doña Beatriz (2004-2012) y, actualmente por doña Marí Trini que la adquirió de doña Beatriz .
- 6.- Desde la construcción del edificio en 1996 se proyectó y ejecutó en la fachada lateral del local, dentro de la zona retranqueada, la ventana litigiosa, con la finalidad de suministrar medicamentos en los servicios de guardia nocturna de la farmacia y así se ha venido utilizando ininterrumpidamente por los sucesivos titulares de la oficina de farmacia.

**CUARTO.-** La sentencia recurrida, con independencia de razonar que el uso de la ventana y zona a que recae lo es en función del servicio que presta al local y no a la vivienda, sienta que la decisión de fondo exige calificar la configuración del espacio en cuestión como elemento privativo o común, y ese análisis excede del ámbito de este procedimiento de tutela sumaria de la posesión. Aunque sin mencionarlo expresamente plantea el tema debatido en el tiempo, tanto por la doctrina científica como por las sentencias de las Audiencias Provinciales, relativo a la protección posesoria entre coposeedores y, concretamente, en el régimen de propiedad horizontal.

**QUINTO.-** En el caso que se enjuicia no se trata de una acción de tutela sumaria posesoria ejercitada por la Comunidad de Propietarios contra un comunero sino entre comuneros.

La tesis dominante era la que admitía el ejercicio de las acciones protectoras de la posesión entre comuneros integrados en régimen de propiedad horizontal cuando uno de los coposeedores, acudiendo a vías de hecho, pretendiese la posesión exclusiva de algún elemento, negándose a otro.

Tales divergencias entre las posiciones de distintas Audiencias Provinciales merecieron respuesta de la Sala, por haberse interesado, en la sentencia de 11 de abril de 2012, Rc. 1017/2009.

En su fundamento de derecho tercero afirma que:

Esta Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre tal cuestión en sentencia de 12 de noviembre de 2009 (Recurso 1454/2005), en la que, al final de su fundamento de derecho segundo, se dice que *«resulta posible el ejercicio de las acciones posesorias entre propietarios que sean a la vez coposeedores por no haberse pactado entre los copartícipes ningún tipo de uso exclusivo»*.

Dicha doctrina resulta especialmente aplicable a los supuestos de conflicto surgido entre coposeedores en el régimen de propiedad horizontal y, en absoluto, puede calificarse de contraria a lo dispuesto por los artículos 445 y 446 del Código Civil , como sostiene la parte recurrente, pues precisamente la situación de indivisión a que se refiere el artículo 445 da lugar en el caso de los elementos comunes en régimen de propiedad horizontal a la situación de coposesión de que se trata y, en tal supuesto, la posesión, como hecho, puede ser reconocida en dos personalidades distintas como la propia norma prevé; por otro lado, el artículo 446 únicamente se refiere al derecho de todo poseedor a ser respetado en su posesión, y precisamente tal respeto posesorio es el que reclaman los demandantes.

Procede reiterar ahora la doctrina sentada por esta Sala en la citada sentencia de 12 de noviembre de 2009 en cuanto sostiene la posibilidad de ejercicio de tales acciones



Como corolario añade que «[d]ada la posibilidad de hecho de que un coposeedor se arroge en su beneficio y de forma exclusiva el disfrute de la posesión sobre la cosa común, privando de ella a los demás, resulta procedente que, en tales casos, estos últimos puedan acudir no sólo a las acciones declarativas, sino también a las de carácter provisional que, como las posesorias, tienden a lograr una restitución de la posesión de hecho a su estado anterior de forma rápida y provisoria y sin efectos de cosa juzgada material (artículos 250.1.4º y 447.2)».

Declara como doctrina jurisprudencial, con carácter general, «la posibilidad de ejercicio de acciones posesorias entre coposeedores siempre que alguno de ellos se haya irrogado con carácter exclusivo la posesión de todo o parte del bien sin autorización de los demás partícipes o de cualquier otro modo haya faltado a lo convenido entre ellos sobre tal extremo».

La citada doctrina es recogida posteriormente por la Sala en el auto de 9 de marzo de 2016, Rc. 2809/2014.

**SEXTO.-** Aplicada tal doctrinal al supuesto que se enjuicia, con respecto a los hechos probados, que no se han combatido y, por ende, quedan incólumes, el motivo debe desestimarse, ya que el comunero demandado, acudiendo a las vías de hecho, ha modificado una situación fáctica existente en el inmueble, desde que éste se proyectó y construyó. Y si bien podría debatirse sobre la incidencia de tal situación en el título constitutivo, sin embargo ello excede del ámbito de esta clase de procedimientos. Se trata de «un simple proceso sumario en el que no se deciden definitivamente cuestiones de propiedad o de mejor derecho a poseer, reservadas para su posterior juicio declarativo, dado que basta para otorgar al actor la protección interdictal con la existencia de una apariencia razonable de titularidad como "*fumus bonus iuris*", por cuanto es suficiente tal apariencia para que se mantenga el "*estatus quo*" que el demandado ha pretendido alterar, dada la naturaleza cautelar del proceso que, como señala la STS de 29 de julio de 1993, se concibe únicamente en función de otro principal e incluso en ocasiones posterior, del que es procedimiento instrumental o subordinado, viniendo dada la legitimación activa para promoverlos por la posesión o por la titularidad de un derecho real que pueda verse limitado, cercenado o menoscabado por la perturbación cuya paralización o supresión se pretende ( STS de 8 de febrero de 1982 )»

Todo ello porque, como señalaba nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de abril de 1979, la protección sumaria interdictal «halla su fundamento en la conveniencia de un logro acelerado y provisional de una paz jurídica inmediata, que, dando solución momentánea al conflicto suscitado, cumpla con unos fines pacificadores y de social armonía... viniéndose de este modo a prohibir aquellos actos de los particulares que unilateralmente, y por su propio poder, quieran imponer por propias vías de hecho, desentendiéndose de los instrumentos jurídicos y de los cauces jurisdiccionales que todo Estado de Derecho concibe y habilita, pues la apariencia posesoria debe ser absolutamente merecedora de respeto y toda destrucción de la misma ha de consumarse acudiendo a los medios jurídicos que el derecho proporciona».

Es cierto que las acciones de tutela sumaria de la posesión, antes interdictales, se han venido negando al usuario por mera tolerancia, tratándose de actos que supongan la utilización parcial y no continuada de la cosa. Pero cuando recaen sobre un verdadero estado posesorio, que conlleva la utilización o disfrute de manera continuada y exteriorizada, que según se ha recogido es lo que sucede en este supuesto, se admite la procedencia de la acción que nos ocupa frente al despojante. No ignora la Sala que, en principio, todo gira alrededor de relaciones familiares cordiales y afectivas, pero también constata que la situación fáctica que se enjuicia no se hizo desaparecer tras la crisis matrimonial y, además, se mantuvo cuando doña Beatriz, ajena a la familia, fue la titular de la farmacia instalada en el local, circunstancias todas ellas que justifican que no quepa calificar los actos de meramente tolerados.

**SÉPTIMO.-** Motivo Segundo. Enunciación y Planteamiento.

Se invoca la vulneración del artículo 477.2.3º y 477.3 LEC en relación con el artículo 460.4 CC, por haber sido infringido por la sentencia recurrida. Se articula el motivo con carácter subsidiario y para el caso de que para Cechips, SL se considerase que no existe una mera tolerancia.

El recurrente insiste en que lo que ha hecho es recuperar la posesión que ostentaba anteriormente y cita las SSTS de 13 febrero de 1958 y 28 de noviembre de 2008.

**OCTAVO.-** Decisión de la Sala.

El motivo se debe desestimar, pues la sentencia recurrida no funda su decisión en el precepto que se dice infringido. Si se entendiese por el recurrente que la cuestión se sometió a debate y no ha recibido respuesta, debió formular el oportuno recurso extraordinario por infracción procesal denunciando la incongruencia omisiva de la sentencia, solicitando previamente el complemento de la misma.



**NOVENO.-** Conforme disponen los artículos 394.1 y 398.1 LEC , se imponen a la parte recurrente las cosas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º** Desestimar el recurso de casación interpuesto por don Juan Francisco representado por el Procurador don Carlos Guadalix Hidalgo, contra la sentencia dictada en fecha 4 de julio de 2014 por la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 87/2014 dimanante de los autos de juicio verbal sobre tutela sumaria de la posesión n.º 105/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Manzanares  
**2.º** Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. **3.º** Imponer a la parte recurrente las cosas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz

FONDO DOCUMENTAL CEJUDO