



Roj: **STS 3973/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3973**

Id Cendoj: **28079110012021100735**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/11/2021**

Nº de Recurso: **5661/2018**

Nº de Resolución: **755/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 755/2021

Fecha de sentencia: 03/11/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5661/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 5661/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 755/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. **Juan María Díaz Fraile**

En Madrid, a 3 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 426/2018, de 15 de octubre, dictada en grado de apelación por la Sección Séptima de la Audiencia

Provincial de Gijón, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 458/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gijón, sobre reclamación de cantidad.

Es parte recurrente D. Teodulfo y D.ª María Rosa, representado por la procuradora D.ª María Eugenia Pérez-Holanda Fernández y bajo la dirección letrada de D.ª Susana Arias Cerezo.

Es parte recurrida D. Jose Ramón, representado por el procurador D. Abel Javier Celemín Larroque y bajo la dirección letrada de D. Francisco de la Torre Fazio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Abel Javier Celemín Larroque, en nombre y representación de D. Jose Ramón, interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Teodulfo y D.ª María Rosa, en la que solicitaba se dictara sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:

"- Condene a Don Teodulfo a reembolsar la cuantía de setenta y seis mil cuatrocientos veinte con noventa y seis (76.420,96 €), incrementada con los intereses legales, a Don Jose Ramón, por las cuantías que este último había satisfecho en concepto de préstamo a los demandados.

"- Se fije fecha de devolución de la totalidad de las cuantías por este Juzgado.

"-Subsidiariamente, se condene al pago de todos los gastos satisfechos por Don Jose Ramón que asciende a la cuantía de setenta y seis mil cuatrocientos veinte con noventa y seis (76.420,96 €), o se abone el incremento de valor de la finca como consecuencia de su revalorización en el mismo importe.

"-Y todo ello con la expresa condena en costas a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 19 de mayo de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gijón, fue registrada con el n.º 458/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María Eugenia Pérez-Holanda Fernández, en representación de D. Teodulfo y D.ª María Rosa, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gijón dictó sentencia n.º 74/2018, de 4 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda formulada por el Procurador D. Abel Celemín Larroque, en nombre y representación de D. Jose Ramón contra D. Teodulfo y D.ª María Rosa, y la sociedad de gananciales que ambos forman, debo absolver y absolver a los demandados de las pretensiones contra ellos formuladas en la demanda, con expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento al demandante".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Jose Ramón. La representación de D. Teodulfo y D.ª María Rosa se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, que lo tramitó con el número de rollo 371/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 426/2018, de 15 de octubre, cuyo fallo dispone:

"Acoger el recurso formulado por la representación procesal de DON Jose Ramón contra la Sentencia de fecha 4 de Abril de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Gijón, en los autos de Procedimiento Ordinario 458/17, y en su virtud, con revocación de la apelada, estimar la demanda interpuesta por DON Jose Ramón, frente a DON Teodulfo, DOÑA María Rosa, SOCIEDAD GANANCIAL DE AMBOS, condenando al abono a los actores por la parte demandada de la cantidad de 76.420.96 euros, con los intereses legales desde la sentencia, sin hacer declaración sobre costas"

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

1.- La procuradora D.ª María Eugenia Pérez-Holanda Fernández, en representación de D. Teodulfo y D.ª María Rosa, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:



"UNICO.- NORMA Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE SE CONSIDERAN INFRINGIDAS.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional, se denuncia la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y en concreto, la emanada de sus sentencias de fecha 21 de Abril de 1.997 (Sentencia nº 326/1997, Recurso nº 1684/1993), 13 de julio de 2.000 (Sentencia 726/2000, Recurso nº 2531/1995) y 20 de mayo de 2.002 (Sentencia 469/2002, Recurso nº 260/2000), con infracción de las disposiciones contenidas en los artículos 453 y 454 del Código Civil".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de abril de 2021, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de D. Jose Ramón se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de octubre de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados o no controvertidos en la instancia:

1.- D. Jose Ramón promovió una demanda de juicio ordinario en la que solicitaba que: (i) se condenase a los demandados, D. Teodulfo y Dña. María Rosa, casados en régimen de gananciales (padres de la esposa del actor de la que se encontraba en trámites de divorcio), a abonarle la cantidad de 76.420,96 euros, incrementada con los intereses legales, que el demandante afirmaba haberles entregado en concepto de préstamo; (ii) se fijase la fecha de devolución de esas cantidades; y (iii) subsidiariamente, se condenase a los demandados al pago de todos los gastos sufragados por el actor en las obras de reforma realizadas en la finca propiedad de los demandados, con su aquiescencia, que ascendían a 76.420,96 euros, o se abonase el incremento de valor de la finca como consecuencia de su revalorización por razón de esas obras, en el mismo importe.

2.- Los demandados se opusieron a esas pretensiones con base en las siguientes razones: (i) negaron la existencia del pretendido préstamo; (ii) afirmaron la ocupación en precario por el actor y su familia (esposa y un hijo) de un apartamento dentro de la casa y finca de su propiedad (ocupación que se inició en 2005, primero por temporadas y después, desde 2014 hasta 2017, como domicilio familiar), y que las obras cuyo importe reclamaba el actor (consistentes, en lo ahora relevante, en la construcción de una piscina y un garaje en la citada finca) fueron promovidas por el mismo y realizadas durante la existencia de la situación de precario para su exclusivo beneficio; (iii) conforme a los arts. 453 y 454 CC, el precarista no debe ser reintegrado en los gastos útiles y suntuarios realizados en la cosa, por carecer la posesión de título y buena fe; (iv) otras obras y mejoras realizadas en la misma finca (obras de colocación de un portón automático y de cierre de la finca) fueron sufragadas por los demandados.

3.- El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. En síntesis argumentó que: (i) no había quedado probada la existencia del préstamo: no constaba ningún desplazamiento patrimonial a las cuentas de los demandados, ni se advierte que estos tuvieran necesidad de solicitar un préstamo a su yerno ni interés en realizar las obras, cuyo destino era dotar de mayor comodidad y confort a la zona de la vivienda que ocupaban el actor y su familia; (ii) tampoco procedía estimar la petición subsidiaria, por la que el actor solicitaba el reintegro de las cantidades invertidas en las obras de reforma de la vivienda, conforme al art. 453 CC, pues el demandante y su familia disfrutaron de la posesión de la vivienda en virtud de cesión gratuita, sin pagar renta o merced, ni siquiera los suministros, por lo que estaban en situación de precario; (iii) tampoco puede ser calificado el actor como poseedor de buena fe a los efectos de la aplicación del art. 453 CC porque el poseedor en precario conoce que la casa en que realiza obras no le pertenece y si hace las obras es para su comodidad durante su ocupación gratuita, de forma que terminado el disfrute aquellas quedan en beneficio de la propiedad; (iv) la jurisprudencia solo ha reconocido el derecho de retención de la cosa que concede el art. 453 CC al poseedor civil, pero no al precarista que carece de título, y goza solo de la tenencia o posesión natural de la cosa; (v) el art. 453 CC distingue entre los gastos necesarios - imprescindibles para la conservación de la cosa -, que se abonan a todo poseedor, y los gastos útiles - que mejoran la cosa e incrementan su valor -, que sólo se abonan al poseedor de buena fe; en el caso, el actor no tenía el carácter de poseedor de buena fe,



en el sentido expresado, y no podía reclamar unos gastos que no son necesarios sino útiles y, en algún caso (piscina), incluso suntuarios.

4.- El demandante recurrió la sentencia. En sus alegaciones, en lo que ahora interesa, insistía en la existencia de un préstamo y, subsidiariamente, en su condición de poseedor de buena fe con derecho al resarcirse de los gastos útiles. La Audiencia estimó el recurso y condenó a los demandados al pago de la cantidad reclamada. Al razonar su decisión, invirtiendo el orden de los motivos de la alegación, desestimó la pretensión basada en la aplicación del art. 453 CC, al confirmar la condición de precarista del apelante y negar la asimilación de su situación a la del poseedor de buena fe. A pesar de ello estimó el recurso sobre la base del siguiente razonamiento:

"si nos atenemos a los términos de la contestación como quiera que admite que debe hacer frente el demandado a las obras en beneficio de la totalidad de la finca, mientras que al demandante le correspondían las ateniéndose a la zona de la vivienda por ellos ocupada, tanto el asfaltado como la construcción del garaje soterrado que sustituye al primitivo reflejado en las fotos y la de la piscina en una zona del jardín, son obras que repercuten y beneficiarían a la totalidad de la finca y no solo al demandante como hubiese ocurrido si hubiese cerrado y acotado el actor la piscina y el garaje dándoles acceso exclusivamente desde la zona de la edificación ocupada, sin que pudieran disponer de ellos los demandados y esta conclusión se impone con independencia de que en la práctica decidan éstos utilizar o no ambos servicios. En consecuencia como quiera que la razón esgrimida por el propio demandado para el reparto del coste de las obras es el beneficio a la totalidad de la finca, las expuestas, a diferencia de las del acondicionamiento del edificio que ocupaba el actor y su familia, fueron efectuadas en interés de la totalidad de la finca, asumiendo el coste de los que benefician al conjunto de la parcela, y por tanto deben ser abonadas por la propiedad reembolsando al demandante el costo de aquellas anticipado por el apelante, lo que obliga a acoger el recurso y la demanda, con los intereses legales desde la presente resolución habida cuenta del suplico de la demanda".

5.- Los demandados han interpuesto un recurso de casación, basado en un único motivo, que ha sido admitido.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Formulación del único motivo.*

1.- Planteamiento. El motivo denuncia la infracción de los arts. 453 y 454 CC y de la jurisprudencia que los interpreta contenida en las sentencias de esta sala de 21 de abril de 1997, 13 de julio de 2000 y 20 de mayo de 2002.

2.- En su desarrollo se aduce que, conforme a los preceptos infringidos, los gastos útiles efectuados por el poseedor únicamente se le reintegrarán si fuese poseedor de buena fe, con derecho de retención, mientras que los gastos de puro lujo o mero recreo no son reembolsables al poseedor de la cosa, sea de buena fe o no. La sentencia impugnada, aunque reconoce la condición del actor como poseedor en precario, que carece de buena fe y de título, pese a ello, resuelve que se le abone el importe de los gastos suntuarios y útiles, en contradicción con las reglas de los preceptos y jurisprudencia vulnerados.

3.- Admisibilidad. Los óbices de admisibilidad invocados por el demandante, ahora recurrido, no pueden ser estimados. La carencia manifiesta de fundamento por no haber aplicado la Audiencia los arts. 453 y 454 CC, cuya infracción se denuncia, constituye un argumento falaz, pues precisamente la vulneración de estos preceptos, según la tesis que se desprende de la argumentación del recurso, vendría determinada, en su caso, por la falta de una recta aplicación al caso de tales preceptos. Que esos preceptos legales no avalen la pretensión del demandante (como afirma la Audiencia) no sería impedimento, sino todo lo contrario, para llegar a concluir eventualmente que sí amparan la posición de los demandados.

Por otro lado, el razonamiento decisorio de la Audiencia, basado en que los demandados admiten que pagaron los gastos de algunas obras (ahora no debatidas) porque beneficiaban a la totalidad de la finca, debe ser examinado al resolver el fondo del asunto, sin prejuzgar el resultado de ese enjuiciamiento en este momento liminar del examen del recurso.

En el recurso tampoco se altera la base fáctica del proceso, pues los hechos acreditados en la instancias permanecen incólumes (cuestión distinta es la inferencia que extrae el demandante de la sentencia de apelación sobre la existencia de un supuesto acuerdo de distribución de gastos entre las partes), ni se plantea una cuestión ajena a la *ratio decidendi* de la sentencia, en conexión con lo que ha sido el objeto de debate en las instancias, que se ha centrado en la existencia o no de un derecho de resarcimiento del actor por los gastos realizados en la realización de las obras litigiosas, con amparo en un pretendido préstamo, cuya existencia no se ha declarado probada, y en el régimen del art. 453 CC, introducido en el debate por el propio demandante.

TERCERO.- *Decisión de la sala. El derecho del poseedor al resarcimiento de los gastos necesarios y, si es poseedor de buena fe, al reembolso también de los gastos útiles. Estimación.*



1.- El recurrente alega la infracción de los arts. 453 y 454 CC. Conforme al primero:

"Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.

"Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa".

El art. 454 CC excluye estos derechos del poseedor de buena fe respecto de los "gastos de puro lujo o mero recreo", sin perjuicio de que pueda llevarse los "adornos" siempre que la cosa no sufra deterioro, y el sucesor en la posesión no prefiera abonar el importe de lo gastado.

De esta regulación se desprenden con claridad las siguientes reglas: (i) todo poseedor (aún sin ser de buena fe) tiene derecho al abono de los gastos necesarios; (ii) sólo el poseedor de buena fe tiene derecho al abono de los gastos útiles o del aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa (opción que corresponde a quien haya vencido en la posesión); (iii) el poseedor de buena fe también tiene derecho en ambos casos (gastos necesarios y útiles) a la retención de la cosa en garantía del derecho de abono; (iv) ningún poseedor, aunque sea de buena fe, puede exigir el abono de los gastos suntuarios ("de puro lujo o recreo").

El demandante, en lo que ahora interesa, había fundado su pretensión subsidiaria en que tenía la condición de poseedor de buena fe y que por ello los gastos útiles realizados durante el tiempo de dicha posesión le debían ser abonados.

2.- Conforme a una jurisprudencia consolidada de esta sala (por todas, sentencia 614/2020, de 17 noviembre), cuando un tercero (frecuentemente en la práctica los padres de uno de los miembros de una pareja, casada o no) cede gratuitamente el uso de una vivienda para que sirva a su uso genérico de vivienda, para cubrir la necesidad de alojamiento de esa unidad familiar, sin fijar un plazo determinado ni un uso específico al que deba destinarse, no hay comodato (cfr. art. 1750 CC) sino precario, lo que permite recuperar la vivienda cuando cesa el único título que justificaba la posesión de sus ocupantes, la voluntad de quien cedió el uso (art. 250.1.2.ª LEC).

Esta es la situación que se ha declarado en las instancias como existente en el caso, al haber disfrutado el demandante y su familia de la vivienda en virtud de una cesión gratuita, sin abonar renta alguna por su uso, ni siquiera el importe de los suministros, por mera liberalidad o tolerancia de los propietarios.

3.- Esta situación se mantuvo desde 2006 hasta 2017, año de la separación del demandante y su esposa (hija de los demandados), habiendo permanecido ésta en el uso de la vivienda. En cualquier caso, la situación de precario no cambiaría por la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja en caso de crisis matrimonial (sentencias 910/2008, de 2 octubre, 1025/2008, de 29 de octubre, 1034/2008 y 1036/2008, de 30 de octubre, 1077/2008, de 13 de noviembre, 1078/2008, de 14 de noviembre, 299/2011, de 30 abril, entre otras). En todo caso las obras litigiosas de las que surge el derecho de reembolso del actor, conforme a la sentencia de apelación, fueron anteriores a la fecha de la separación de los cónyuges, por lo que su separación y posterior divorcio no puede condicionar ni alterar el resultado del pleito.

Por tanto, para el enjuiciamiento que debemos realizar partiremos de que las obras y reformas se hicieron por el demandante durante el tiempo de su tenencia de la finca como precarista. Cuestión que está ahora fuera de discusión.

4.- *La distinción conceptual entre los gastos necesarios y los útiles.* La jurisprudencia de esta sala ha interpretado el art. 453 CC tanto en lo que se refiere a la distinción de los conceptos de "gastos necesarios" y "gastos útiles", como en relación con el concepto de "buena fe" en las situaciones de tenencia de las fincas en precario, a los efectos de determinar la existencia o no de un derecho de retención de la finca, como título enervante de una eventual acción de desahucio.

La sentencia 469/2002, de 20 de mayo, parte de la distinción del art. 453 CC entre los gastos necesarios y los útiles, que define así: (i) los necesarios "responden a devengos indispensables y por ello impuestos e imprescindibles y son exigidos para la conservación de la finca, de forma tal que de no haberlos hecho el bien habría dejado de existir o desmerecido notablemente (Sentencia de 26-11-1998)"; (ii) los útiles son "los que responden a las mejoras introducidas en la finca poseída, que incrementan su producción o su rendimiento, con repercusión consecuyente de su mayor valor en venta".

El fundamento que justifica el derecho de todo poseedor, sin distinguir que lo sea de buena o mala fe, al resarcimiento de los gastos necesarios, como explica la sentencia 469/2002, radica en que esos desembolsos los hubiera tenido que hacer en cualquier caso quien resulte vencedor en la posesión discutida para evitar la pérdida o el notable desmerecimiento de la finca, por lo que su reembolso tiende a evitar situaciones de



enriquecimiento injusto, fundamento que no concurre en el caso de los gastos útiles, aunque incrementen el valor de la cosa.

5.- En el caso, los gastos litigiosos (construcción de una piscina y de un garaje) han sido calificados en la instancia de gastos útiles. Como señaló la sentencia de primera instancia, esos gastos no pueden considerarse necesarios en el sentido exigido por la jurisprudencia, pues no cabe entender que "de no haberlos hecho el bien habría dejado de existir o desmerecido notablemente, es decir, que se trate de gastos de estricto mantenimiento o conservación realizados para evitar el deterioro o pérdida de la cosa". Esta calificación de los gastos también está en la base de la pretensión del demandante, en la que postula su condición de poseedor de buena fe, condición necesaria para el derecho de reembolso de los gastos útiles (e innecesaria, como se ha dicho, para el abono de los gastos necesarios). El debate casacional se centra, por tanto, en la concurrencia o no de esta cualidad del demandante de poseedor de buena fe.

6.- *La exigencia de la buena fe, en el sentido exigido por el art. 453 CC, y las situaciones de precario. Doctrina jurisprudencial.*

6.1. Esta sala ha abordado en distintos precedentes la cuestión de si el precarista puede tener la condición de poseedor de buena fe a los efectos de obtener el reembolso de los gastos útiles hechos en la finca durante el tiempo de duración del precario, cuestión que ha resuelto en sentido negativo, con la consecuencia de haber negado el derecho de retención para oponerse al desahucio.

En este sentido, la sentencia de 17 de mayo de 1948 ya afirmó que "como solamente cabe reputar poseedor de buena fe, conforme al art. 433, al que ignora que [en] su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide, resulta evidente que el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista, que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa, y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado, ni impedir el desahucio [...]".

6.2. En igual sentido se pronunció la sentencia de 9 de julio de 1984, que precisó la exigencia de buena fe en el sentido de relacionarla y vincularla también a la existencia de un "título suficiente" de la posesión, que niega en el precarista:

"Que tampoco podrá ser estimado en cuarto motivo, amparado en el ordinal primero, "por infracción, por violación, al no haberse aplicado del art. 453 del C.Civ." y en el que se alega que, siendo los demandados poseedores de buena fe, ostentan derecho de retención sobre la casa hasta tanto que les sean abonados, por los actores los gastos útiles realizados, por aquellos, ya que es doctrina de esta Sala la de que "el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado, ni impedir el desahucio, según se desprende de los arts. 1599 y 1600 de la L.E. Civ." -17 mayo 1948 -, y que el aludido derecho de retención "requiere para su ejercicio con la finalidad y eficacia que previene en sus dos párrafos el art. 453 del C.Civ., que durante la realización de las obras o mejoras sobre las que se pretende fundamentar aquel derecho quien las efectúe posea la cosa en que se hagan con título suficiente y buena fe, para que, al ser vencido en la posesión o cesar en ella pueda ampararse en el precepto y continuar la tenencia de la cosa" -S. 7 octubre 1949 -, y habiéndose concluido en la resolución que se recurre [...] que los demandados carecen de título alguno para la posesión de la casa, toda vez que su ocupación "sólo obedeció a una concesión graciosa de la demandante" y que como consecuencia de ellos no tienen otra calificación legal que la de precaristas, es obvio que no pueden ejercitar el pretendido derecho de retención, por lo que debe decaer este cuarto motivo".

6.3. Esta misma doctrina se refleja también en las siguientes resoluciones: (i) la sentencia 326/1997, de 21 de abril, que niega la existencia de la buena fe de quien realizó las obras "pues sabe que la casa no le pertenece y el desplazamiento patrimonial desde el precarista al dueño de la finca se produce con una finalidad ampliamente compensatoria, cual es la de procurarse una mayor comodidad durante los muchos años (más de doce) que gratuitamente había de disfrutar del inmueble (ver s. de esta sala de 22 de marzo de 1978)"; (ii) la sentencia 726/2000, de 13 de septiembre, entiende que: "no puede estimarse la concurrencia de buena fe en la conducta del actor, toda vez que conocía en todo momento que el terreno no era de su propiedad y quien era el propietario del mismo", razón por la que niega el derecho de retención del art. 361 CC a quien construyó sobre finca ajena; y (iii) la sentencia 469/2002, de 20 de mayo, referida a un supuesto de un adquirente de una finca gravada con una sustitución fideicomisaria inscrita en el Registro de la Propiedad, declara la pérdida sobrevenida de la situación de buena fe desde que el derecho expectante derivado de la sustitución pasa a ejercitarse a través de la correspondiente reclamación judicial, "entrando en juego el artículo 435 del Código Civil en cuanto prevé que la posesión de buena fe pierde este carácter desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente y sin negar a éste el derecho a defenderse".



6.4. Más recientemente, la sentencia 123/2018, de 7 de marzo, ha reiterado y confirmado la doctrina contenida en las sentencias de 17 de mayo de 1948 y 9 de julio de 1984, que interpretan el art. 453 CC en el sentido de reconocer el derecho de retención de la cosa únicamente al poseedor civil, pero no al precarista, que carece de título y goza sólo de la tenencia o posesión natural de la cosa.

6.5. El derecho de retención actúa como garantía del derecho de abono de los gastos o mejoras hechas en la finca, de forma que aquel derecho sólo existirá cuando exista este derecho de reembolso, pues como derecho de garantía es accesorio de la obligación a cuyo aseguramiento sirve (aunque no siempre que existe el derecho de reembolso se reconoce también el de retención: vid. art. 453-I CC). En las situaciones de precario, la falta de título suficiente y de buena fe (derivada del conocimiento por el precarista de su falta de título), por tanto, no existe ni derecho de reembolso de los gastos útiles ni el derecho de retención que garantiza su efectividad.

7.- La sentencia impugnada no se ha ajustado a esta jurisprudencia, por lo que procede su revocación. Esta conclusión no puede ser enervada por la tesis que postula el demandante de forma novedosa en su oposición al recurso, al afirmar que la Audiencia no funda su fallo en el derecho al reembolso del art. 453 CC, sino en la existencia de un acuerdo de distribución de gastos entre las partes, entendiendo que el fundamento legal de la condena al reembolso acordada en la sentencia de apelación se basa en la fuerza de vincular propia de todo contrato (el supuesto "acuerdo" al que se refiere), conforme al art. 1091 CC.

Esta tesis es insostenible, pues la Audiencia no afirma tal cosa. Lo que afirma (ciertamente de forma equivocada y contraria a la jurisprudencia reseñada) es que puesto que los demandados admitieron pagar parte de los gastos y mejoras realizadas (portón automático y cerramiento de la finca) por ser "en beneficio de toda la finca", deben aceptar también que otros gastos que, aun no siendo necesarios redunden también en beneficio de toda la propiedad, sean reembolsados al actor. No figura en la sentencia recurrida la afirmación de la existencia de un acuerdo o contrato de distribución de gastos, sino una interpretación errada de las consecuencias que el pago por los demandados de ciertos gastos (de los que tampoco se afirma su condición de gastos de reembolso obligado y que no son controvertidos), en el sentido de que les vincularía a los efectos de obligarles a reembolsar también cualquier otro gasto útil hecho por el demandante precarista.

8.- Esta conclusión, carente de apoyo legal y jurisprudencial, no puede tener amparo en sede casacional, pues implicaría generar un efecto de vinculación similar al derivado de la doctrina de los actos propios, por el hecho de asumir voluntariamente el pago de ciertos gastos, sin concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación de dicha doctrina, pues la posición de los demandados a lo largo de todo el proceso lo que revela y exterioriza es un claro disenso o disconformidad con la pretensión resarcitoria de la actora (por todas, sentencia 320/2020, de 18 de junio), y que en ningún caso puede tener fundamento en un contrato o acuerdo de distribución de gastos, que ni afirmó el demandante en su escrito rector, ni en su escrito de apelación, ni ha afirmado tampoco la Audiencia.

9.- *Consecuencias de la estimación del recurso.* Por todo ello, debemos estimar el recurso y, al asumir la instancia, por los mismos fundamentos, debemos desestimar la apelación, incluida la pretensión principal basada en un supuesto préstamo cuya existencia no ha quedado acreditada, y confirmar la sentencia de primera instancia que acordó la absolucón completa de los demandados.

CUARTO.- Costas y depósito

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, que ha sido desestimado, se imponen al apelante.

2.- Procede la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación y acordar la pérdida del realizado para formular el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Teodulfo y D.ª María Rosa contra la sentencia n.º 426/2018, de 15 de octubre, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, en el recurso de apelación núm. 371/2018.

2.º- Anular y casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno y, en su lugar, confirmar la sentencia núm. 74/2018, de 4 de abril, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación. Las del recurso de apelación se imponen al apelante.



4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ