

Roj: **STS 706/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:706**Id Cendoj: **28079110012017100121**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/02/2017**Nº de Recurso: **264/2015**Nº de Resolución: **134/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 28 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio verbal n.º 1003/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Orihuela, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Crescencia y don Anselmo, representados ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña M.ª Mercedes Romero González; siendo parte recurrida doña Marta y doña Marí Trini, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Cayetana de Zulueta Luchsinger.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Jose Antonio Seijas** Quintana

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** 1.- El procurador don Jaime Martínez Rico en nombre y representación de doña Marta y doña Marí Trini, interpuso demanda de juicio verbal, contra doña Crescencia y don Anselmo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«Primero: Declare que los ahora demandados ocupan la vivienda sito en URBANIZACIÓN000 DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE SAN FULGENCIO, con domicilio en la AVENIDA000, número NUM000 (Sub parcela NUM001) partido del Molar C.P. 03177. Sin título ninguno y sin pagar ningún tipo de contraprestación y por lo tanto en situación de precario.

«Segundo: Que se condene y declare haber lugar al desahucio para recobrar la posesión o subsidiariamente retenerla, ante la ocupación en precario que se está produciendo del inmueble por lo ahora demandados, sito en URBANIZACIÓN000 DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE SAN FULGENCIO, con domicilio en la AVENIDA000, número NUM000 (Sub parcela NUM001) partido del Molar, C.P. 03177.

«Tercero.- Condene a los demandados a dejar libre, vacua, sin daños y expedita la mencionada casa unifamiliar a disposición de la parte actora, bajo apercibimiento de los demandados y de cuantas personas por ellos autorizados ocuparan la vivienda si no lo efectuaran en plazo legal que se establezca hasta el lanzamiento.

«Cuarta.- Que le sean impuestas las costas del presente procedimiento a la parte demandada, incluso aunque se produzca allanamiento, toda vez que, en otro caso, sería un sistema fácil y abusivo esperar al proceso judicial para cumplir lo que antes le correspondería. Es claro que el demandado ha infringido la ley y ni tan solo ha dado solución a la situación, a pesar de ser requerido previamente, por lo que entendemos existe TEMERIDAD y MALA FE, también al estimarse haber lugar a la demanda, costas a la demandada por imperativo del artículo 394 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

«Quinto.- Condenar a los demandados por los sufrimientos innecesarios creados a los demandantes, en concepto de daños y perjuicios, por la cantidad y valor que ya se dirá el día de la vista, por lo gastos ocasionados



y en los que han incurrido los demandantes, por tanto despropósito y mala fe de los demandados, incluyendo daños morales por el sufrimiento, la angustia y la presión psicológica que se ha producido, a criterio del tribunal.

»Sexto.- Que se condene a los demandados a pagar por los meses de ocupación efectiva de la vivienda la cantidad de 3650 en concepto de rentas, desde el día 28 de noviembre de 2012».

2.- Admitida a tramite la demanda se señaló para la celebración de la vista oral que tuvo lugar el día 14 de enero de 2014 con el resultado que obra en los autos.

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Orihuela, dictó sentencia con fecha 21 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que desestimando la demanda interpuesta por la representación de doña Marta y doña Marí Trini frente a doña Crescencia y don Anselmo debo declarar y declaro la falta de condición de precaristas de los demandados, en consecuencia, no procede acceder a la pretensión de desahucio por precario ejercitada, absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra. Se imponen las costas procesales a la parte actora de este procedimiento».

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Marta y doña Marí Trini . La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 19 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º Que estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto puesto por doña Marí Trini y doña Marta contra la sentencia de fecha 21 de enero de 2014 recaída en el juicio de desahucio por precario número 1003 de 2013 seguido ante el Juzgado de primera Instancia n.º 1 de Orihuela , debemos revocar y REVOCAMOS TOTALMENTE dicha resolución, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada y con devolución del depósito constituido para recurrir.

»2º Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por doña Marí Trini y doña Marta debemos condenar y CONDENAMOS a doña Crescencia y a don Anselmo a dejar libre, vacua, sin daños y expedita la vivienda sita en la AVENIDA000 nº NUM000 (subparcela NUM001 ), partido del Molar (C.P. 03177), perteneciente a la URBANIZACIÓN000 " del término municipal de San Fulgencio, bajo apercibimiento de lanzamiento y con imposición de las costas de la .primera instancia a la parte demandada».

**CUARTO-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña doña Crescencia y don Anselmo , con apoyo en el siguiente: Motivo:

«Único.-.Se alega infracción del Título V del Libro II del CC referido a la posesión. Se cita sentencia de 29 de junio de 2012 .»

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha dos de noviembre de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Cayetana de Zulueta Luchsinger, en nombre y representación de doña Marta y doña Marí Trini , presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO.** - Se celebró la vista el día 14 de febrero de 2017, con el resultado que obra en autos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de casación se formula contra la sentencia de la Audiencia Provincial que revoca la del Juzgado y estima la demanda formulada por doña Marí Trini y doña Marta , en la que ejercitaban una acción de desahucio por precario respecto de la vivienda sita en la URBANIZACIÓN000 , del término de San Fulgencio, alegando la condición de precaristas de los demandados.

La sentencia tiene en cuenta los siguientes hechos:

1.º El día 28 de noviembre de 2012 se firmó un contrato privado de compraventa entre Dª Marí Trini y doña Marta , como parte vendedora, y Dª Crescencia , como compradora. Por las dos primeras interviene su apoderada, Dª Mariana . En el referido contrato se acuerda la venta de una parcela con una vivienda, que consta inscrita como finca registral nº NUM002 del Registro de la Propiedad de Dolores. El precio se fijó en 75.000.- Eur., de los cuales se entregan en el acto 7.000.- Eur., conviniéndose que el resto (68.000.- Eur.) se pagará en el momento en que se otorgue la escritura pública, lo que sucederá cuando la compradora obtenga el préstamo hipotecario que está tramitando.



2.º Debido a las dificultades de financiación por las que atravesaba la Sra. Crescencia , con fecha de 11 de marzo de 2013 se firmó un contrato de arrendamiento con opción de compra en relación a la misma vivienda a que se refiere el contrato de compraventa. Este contrato se formaliza en otro documento privado, que rubrican D<sup>a</sup> Mariana y D<sup>a</sup> Crescencia . La primera dice actuar en nombre y representación de las propietarias.

3.º Con fecha de 21 de marzo de 2013 la Sra. Mariana y la Sra. Crescencia suscriben un nuevo documento privado por el que dejan sin efecto el contrato de arrendamiento de 11 de marzo de 2013 «a fin de que siga vigente el contrato privado de compraventa».

4.º El día 16 de abril de 2013, el Letrado de las demandantes, Sr. Cámara Acosta, dirige una carta a D<sup>a</sup> Crescencia haciéndole saber que sus clientes han revocado el poder otorgado a la Sra. Mariana , que en lo sucesivo deberán llevar a cabo todas las gestiones con dicho Letrado y que deben proceder a cesar en la posesión de la vivienda de las Sras. Marta en un plazo de dos días. Esta misiva es entregada a D<sup>a</sup> Crescencia con fecha de 17 de abril de 2013.

5.º A pesar de conocer la revocación del poder conferido a D<sup>a</sup> Mariana , la demandada comparece ante Notario con la Sra. Sánchez el da 14 de octubre de 2013 para otorgar escritura pública de compraventa.

6.º D. Anselmo y D<sup>a</sup> Crescencia llevan viviendo en el inmueble litigioso desde el mes de marzo de 2013.

De estos hechos deduce las consecuencias jurídicas siguientes:

« a) El contrato de compraventa, per se, no constituye título que habilite al comprador para poseer el objeto vendido. De la celebración de este tipo de contrato lo que nace es una obligación, a cargo del vendedor, de entregar el objeto vendido y de mantener al comprador en su posesión pacífica. Cuestión distinta es que el contrato de compraventa, como otros tantos, pueda constituir título que, unido al modo o entrega de la cosa, pueda dar lugar a la transmisión del dominio. Sera este último -de producirse el efecto traslativo- el que habilitará al comprador para poseer legalmente la cosa adquirida.

» b) En el caso que estamos analizando es evidente que las partes no pactaron la entrega de la posesión de la vivienda en el momento de celebrarse el contrato privado de compraventa -28 de noviembre de 2012-. Y ello, por varios motivos:

» b.1) En el contrato no se contiene ninguna mención específica al respecto, a pesar de la importancia que la entrega de la posesión tiene en nuestro ordenamiento jurídico en este tipo de supuestos, pues produce la transmisión de la propiedad ( art. 609 CC ).

» b.2) Se pacta expresamente que se otorgará escritura pública en el momento en que se satisfaga íntegramente el precio. Dado que el acto de otorgamiento de la escritura pública puede tener el valor de **traditio** ( art. 1462 CC ), resulta evidente que la voluntad de las partes era la de diferir la transmisión del dominio al momento en que la compradora hubiera cumplido íntegramente con su obligación ( art. 1281.II CC ).

» b.3) Si fuera cierto que las vendedoras entregaron desde un primer momento la posesión del inmueble con ánimo de transmitir su propiedad no se habrá firmado por la demandada el contrato de arrendamiento con opción de compra el día 11 de marzo de 2013, poco antes de entrar a vivir en el mismo (recordemos que la Sra. Crescencia manifestó que comenzó a habitarlo el día 17 de marzo de 2013). Carecería de sentido la celebración de este contrato, pues la compradora - siguiendo con su propia argumentación- habría adquirido la propiedad del inmueble al haberle sido entregada la posesión material del mismo.

» c) La posesión que la Sra. Crescencia pudiera haber obtenido en virtud del contrato de arrendamiento con opción de compra de 11 de marzo de 2013 quedó sin efecto desde el mismo momento en que, con fecha de 21 de marzo de 2013 la demandada firmó un documento acordando dar por finalizado dicho contrato y restaurando la vigencia de la compraventa de 28 de noviembre de 2012 (doc. num. 8 bis, f. 58). Este documento, cuya autenticidad no ha cuestionado la demandada, la deja sin título posesorio.

» d) Resta por analizar si el contrato privado de compraventa de 28 de noviembre de 2012 podría ser suficiente para enervar la pretensión de desahucio por precario. La respuesta ha de ser negativa, pues no existe **traditio** apta para producir el efecto traslativo del dominio:

» d.1) La posesión material del inmueble adquirida en virtud del contrato de arrendamiento con opción a compra no puede producir tal efecto, pues el título jurídico en virtud del cual se verificó dicha toma de posesión no es apto para producir la transmisión de los derechos reales. El arrendamiento sólo faculta para usar el bien, pero sin afectar a la propiedad del arrendador. El hecho de que en este caso concreto se pactara una opción de compra no añade nada, pues no se llegó a ejecutar la opción.

» d.2) La realización de obras en el inmueble tampoco puede valorarse como expresiva de modo o entrega, ya que puede obedecer a la mera tolerancia del vendedor.



» d.3) Finalmente, en lo que respecta a la posibilidad de apreciar **traditio** instrumental por haberse otorgado una escritura pública de compraventa el día 14 de octubre de 2013, también hemos de descartarla:

»- La **traditio** instrumental no opera siempre y en todo caso, sino únicamente cuando en la escritura pública no resulta o se deduce lo contrario ( art. 1462 CC ).

»- La parte demandada no ha aportado en su integridad la escritura pública de compraventa, sino sólo algunas de sus páginas. De hecho, no ha traído a las actuaciones ninguna de las que contiene los pactos alcanzados entre las partes (f. 179 y ss.). En estas circunstancias no podemos conocer si el otorgamiento de la escritura transmitió el dominio, pues es posible que se pactara lo contrario.

»- La escritura pública no se otorgó personalmente por las Sras. Marta , sino por D<sup>a</sup> Mariana , que en el pasado había sido apoderada de las primeras. En el momento en que se verificó el referido acto de otorgamiento, día 14 de octubre de 2013, la Sra. Crescencia ya conocía la revocación de los poderes de la Sra. Mariana , pues las vendedoras se lo habían participado por carta que le había sido entregada el día 17 de abril de 2013 (f. 88).

»- Descartada la transmisión del dominio y la vigencia del contrato de arrendamiento con opción de compra, debemos concluir que la posesión de los demandados es precaria, lo que determina la revocación de la sentencia apelada y la condena de los mismos a restituir la posesión del inmueble. El hecho de que hayan pagado total o parcialmente el precio pactado en el contrato de compraventa no los habilita para poseer, sino únicamente para exigir a la parte contraria el cumplimiento de su prestación: la entrega del inmueble ( art. 1124 CC ). Admitir lo contrario -esto es, aceptar que los demandados pueden tomar por sí mismos la posesión- sería tanto como dar carta de naturaleza a las vías de hecho, proscritas en nuestro ordenamiento jurídico».

**SEGUNDO.**- La parte demandada formula recurso de casación que articula en un único motivo por oposición de la jurisprudencia de esta sala contenida en la sentencia de 29 de junio de 2012 , dado que se considera legítima poseedora y propietaria de la finca desde el momento en que le entregaron las llaves de la misma, le autorizaron a llevar obras de reforma en base al contrato privado de compraventa y hubo contrato de arrendamiento con opción a compra y escritura pública de compraventa.

Se estima.

Esta sala ha definido el precario como « una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho» ( sentencias 110/2013, 28 de febrero ; 557/2013, 19 de septiembre ; 545/2014, de 1 de octubre ).

Supuesto suficientemente amplio para reconducir hacia el juicio de desahucio lo que aquí se plantea con relación a la posesión de una casa sin título o con título absolutamente ineficaz para destruir el de los actores, amparado en la propiedad de la vivienda frente al esgrimido por la demandada, derivado de un contrato de compraventa suscrito el 28 de noviembre de 2012, en la forma que refieren los hechos probados de la sentencia, de los que se deduce que la demandada no disfruta de la vivienda por simple cesión de quien dicen ser sus propietarias, sino en virtud de un inicial contrato de venta suscrito con las actoras, lo que determina que la cesión no se produjo en concepto de precario, sino de venta, conforme exige el artículo 250,2º LEC .

En este el inmueble llevan viviendo desde el mes de marzo de 2013; han pagado parte del precio y han realizado determinadas obras, y lo que no se puede negar, salvo de una forma absolutamente especulativa, es que no hubo esta transmisión del dominio y que la posesión de los demandados es precaria porque las obras «pueden obedecer a la mera tolerancia del vendedor», o porque no ha habido **traditio** y que la instrumental «no opera siempre y en todo caso», obligando a los demandados a acudir a otro pleito para exigir la devolución de lo que han pagado total o parcialmente en el contrato de compraventa. Será, en su caso, la vendedora la que deberá acudir al procedimiento adecuado para dilucidar los aspectos sustanciales del acuerdo a que llegaron ambas partes sobre la transmisión de la vivienda y de los compromisos anteriores y posteriores sobre la actual titularidad dominical de la finca, incluida la que resulta del contenido del poder otorgado por las actoras a la Sra. Mariana , y, en su caso, la pertinencia de la resolución contractual.

En definitiva, se hace patente en este juicio que la cuestión que se ventila no es meramente posesoria sino que afecta a la titularidad dominical, lo que descarta la situación de precario, desde la idea de que los demandados presentan título que legitima su posesión en estos momentos.

**TERCERO.**- En virtud de lo expuesto, procede estimar el recurso de casación, así como el recurso de apelación deducido en su día contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Orihuela en autos de juicio verbal nº 1003/2013, que se mantiene.



De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC , se imponen a la parte recurrente las costas de la 1.ª Instancia y no se hace especial declaración de las causadas por los recursos de apelación y de casación.

## FALLO

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

**1.º-** Estimar el de casación formulado por la representación procesal de doña Crescencia y don Anselmo contra la sentencia dictada, con fecha 19 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Alicante - Sección 9 .ª, con sede en Elche- **2.º-** Casar la sentencia recurrida y, con estimación del recurso de apelación, mantener en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Orihuela en autos de juicio verbal n.º 1003/2013. **3.º-** Se imponen a la parte recurrente las costas de la 1.ª Instancia y no se hace especial declaración de las de los recursos de apelación y de casación. 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.