

# EDJ 2009/63769

Audiencia Provincial de Baleares, sec. 3ª, S 20-3-2009, nº 123/2009, rec. 92/2009  
Pte: Gómez Martínez, Carlos

## Resumen

*Frente a la resolución de instancia que desestimó la demanda, la AP estima el recurso de apelación entablado, revoca la sentencia y estima la demanda. Entre los distintos motivos sobre los que se pronuncia el Tribunal declara que no habiendo acreditado el demandado título alguno que justifique la ocupación del inmueble objeto de litigio, prevalece el derecho de los propietarios del local a gozar y disfrutar del mismo, por lo que se acoge el desahucio por precario.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.456.1

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ARRENDAMIENTOS URBANOS

CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Juicio de desahucio

Precario

Concepto

Prueba

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Propietario; Desfavorable a: Precarista

Procedimiento:Apelación, Desahucio

#### Legislación

Aplica art.456apa.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.217apa.3, art.217apa.6, art.386, art.394apa.1, art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 46/1966 de 23 julio 1966

#### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 26 diciembre 2005 (J2005/230433)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 20 abril 2001 (J2001/6419)

Cita en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Concepto STS Sala 1ª de 21 abril 1997 (J1997/2155)

#### Bibliografía

Comentada en "El precario en las relaciones familiares"

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Palma, se dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2008, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:"Desestimo la demanda interpuesta por Pedro y Virginia, está última en nombre y representación de Luis María, representados por el Procurador de los Tribunales Juan Mª Cerdó Frías, contra Augusto, representado por la Procuradora de los Tribunales Cristina Suau Morey y, en consecuencia:==1.-Absuelvo a la parte demandada de las pretensiones contra ella ejercitadas en el presente procedimiento.==2.-Impongo las costas causadas en el presente juicio a la actora".

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte actora, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites por esta Sala se acordó el señalamiento para la votación y fallo el día 20 de marzo de 2009.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia desestima la demanda de desahucio por entender la jueza "a quo" que si bien no había quedado acreditada de forma concluyente la existencia de un contrato de arrendamiento verbal, sí apreciaba "una apariencia de derecho suficiente para enervar la acción posesoria ejercitada".

La jueza de primera instancia funda esta apariencia de buen derecho en los siguientes datos: El demandado ocupa la finca en cuestión desde 1987; la titularidad de la finca corresponde al padre del demandado (no demandante en el presente proceso), al hermano de éste y a una tercera persona sin vínculo familiar con ellos; el arrendamiento de un local colindante con el de autos, propiedad de las mismas personas, se hizo de forma verbal y sus rentas se han venido pagando en metálico; el demandado ha hecho obras en el local de cierta envergadura para adaptarlo a la actividad de venta de helados y buñuelos; los copropietarios D. Miguel Ángel y D. Luis María están enemistados entre sí y, a su vez, D. Miguel Ángel está enemistado con el tercer copropietario D. Pedro; y en el convenio regulador del divorcio del demandado se atribuye a éste el negocio instalado en el local de autos y, argumenta la juez "a quo", si lo tuviese solo en precario no se explica que se atribuyese a la esposa la integridad del otro bien común, un piso en la calle Santa Clara de Palma, pues ello supondría un desequilibrio.

Pues bien, la dirección letrada de la parte apelante, en su escrito de interposición del recurso, sin negar la realidad de tales datos, sostiene que éstos no son indicativos de la existencia de un arrendamiento verbal. Además, argumenta que la sentencia no valora las contradicciones del demandado al ser interrogado y de su padre D. Miguel Ángel al deponer como testigo, en torno a la cuestión esencial del abono de la renta.

SEGUNDO.- Aún cuando la figura jurídica del precario carece de una definición legalmente establecida, la jurisprudencia ha ido perfilando la misma, hasta dejarla cristalizada como la ocupación de una cosa ajena sin título, sin que medie renta o cualquier otra contraprestación, ni otra razón que la mera condescendencia o liberalidad del dueño, de cuya voluntad dependerá el poner fin a su propia tolerancia, para lo cual deberá, al deducir la demanda, acreditar un título suficiente legitimador de su acción, mientras que al precarista demandado le incumbe demostrar la tenencia de algún título que le vincule con el objeto o con el demandante, justificando así su permanencia en el goce de la finca.

La prosperabilidad de la acción de desahucio requerirá, por tanto, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º) la posesión mediata de la finca por el demandante o demandantes a título de dueño o cualquier otro derecho real que le permita su disfrute, y 2º) la posesión material carente de título y sin pago de merced por el demandado.

TERCERO.- Como ha dicho este tribunal en su sentencia de 31 de octubre de 2002 el debate en el juicio de desahucio por precario debe circunscribirse a la determinación de la legitimación activa o pasiva de las partes, incumbiendo al demandante la prueba de la titularidad de la finca objeto del juicio y al demandado, la de que ocupa dicha finca no por la mera liberalidad del propietario, sino en virtud de algún título que le da derecho a permanecer en la misma, bastando que ese título lo justifique utilizando cualquier medio probatorio procesalmente admisible en derecho.

La distribución de la carga de la prueba en los juicios de desahucio por precario se rige por los siguientes criterios:

a) La existencia de título que enerva la acción de desahucio por precario es un hecho excluyente de la pretensión actora que debe ser acreditado por la parte demandada por aplicación de lo dispuesto en el artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . La prueba del título legitimador de la ocupación ha de ser plena. No cabe una acreditación "prima facie", "a primera vista" o una mera constatación del "fumus bonis iuris" como si nos hallásemos en el ámbito de la justicia cautelar.

b) La inexistencia de título es un hecho negativo mientras que su existencia es un hecho positivo, por lo que corresponderá acreditar este último también al demandado.

c) Alegada la existencia de un arrendamiento verbal corresponde al demandado acreditar el pago de la renta dado que es él quien goza de la facilidad probatoria (artículo 217.6 de la ley procesal civil EDL 2000/77463 ) sea a través de los recibos que pudo haber exigido, sea mediante la aportación de su contabilidad oficial tratándose, como ocurre en el caso de autos de un local de negocio, sea trayendo a los autos cualquier tipo de rastro documental o cualquier otra prueba admitida en derecho de los pagos de renta que alega haber realizado.

d) Estos principios vienen recogidos por la jurisprudencia tradicional en la materia cuando señala que constituyendo la esencia del precario los hechos negativos de carecer de título los ocupantes de la finca y no pagar por ésta merced alguna, y ante la dificultad de su prueba, corresponde a quien se oponga a esta afirmación, es decir, a los demandados que sostengan la ocupación de los inmuebles en virtud de cualquier título, la carga de demostrarlo (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1887, 20 de diciembre de 1902, 6 de febrero de 1958, 23 de enero de 1959 y 10 de mayo de 1963, anteriores a la Ley 46/1966 de 23 de julio EDL 1966/1904 , que vetó el acceso a la casación de esta clase de procedimientos). Es cierto que en algunas Audiencias Provinciales se sostiene lo contrario, es decir, que la realidad social demuestra que es inverosímil entregar a una persona el uso de un bien a cambio de nada, de lo que se deduce que quien alega que no hubo pago de merced debe acreditarlo. Pero dicha doctrina se aplica a los supuestos en los que el ocupante

es un extraño, no a los casos en los que se trata de un familiar o persona ligada al propietario del bien por vínculos de amistad (sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial de 19 de mayo de 2004, citada por la jueza "a quo" en la resolución recurrida).

CUARTO.- El artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 permite la prueba indirecta o de presunciones judiciales cuando establece que "a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido y demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

El precepto recoge las denominadas "praesumptio hominis o facti" que corresponde estimar al juez cuando exista entre el hecho base demostrado y el hecho presunto un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. El juzgador deberá apreciar en cada caso la existencia o no de nexo lógico entre el indicio y el hecho presunto mediante el correspondiente juicio de probabilidad basado en máximas de experiencia. Corresponde a la parte que pretende hacer valer las presunciones legales en el proceso acreditar la existencia del hecho base y la del enlace con el hecho presunto que fundamenta su pretensión aunque es al juez a quien corresponde llevar a cabo, en sede de valoración de prueba, la inferencia lógica de tener por probado un hecho presunto a partir de los elementos para la presunción.

Pues bien, entre los hechos base recogidos en la sentencia de primera instancia y el hecho presunto, esto es la existencia del contrato verbal de arrendamiento, no se da una inferencia segura, un nexo lógico que permita deducir la existencia de la audita relación contractual.

QUINTO.- La aplicación de las anteriores premisas ha de conducir a la estimación del recurso. Así:

a) Ha quedado acreditado que el demandado ocupa el local de autos desde 1987 -o primavera de 1986-, pero la duración de la situación tolerada no puede ser considerada como indicio de la existencia de título que legitime la posesión. Si el precario se inicia, según es un hecho acreditado en autos, por las buenas relaciones que entonces existían entre los tres copropietarios, es lógico que la situación de hecho se prolongase mientras no hubiese una variación en dicha relación, sin que por ello se genere derecho ni presunción alguna a favor del precarista.

La prolongación en el tiempo en la situación de precario puede resultar, eso sí, antieconómica, pero en el caso de autos se explica por la circunstancia acreditada en autos de que dos de los propietarios del local son parientes del demandado (tío y padre) con quien habrían sido condescendientes para darle una oportunidad de ganarse la vida en una situación que después se ha ido prolongando en el tiempo.

Por otro lado, ha quedado acreditado en autos que, tal como se planteó la ocupación de la pequeña parte del edificio por D. Augusto, era detrayendo espacio del total local arrendado a "La Filadora", de lo que se deduce que los copropietarios no sufrían perjuicio alguno puesto que la renta que percibían de "La Filadora" no experimentó disminución como consecuencia de la cesión de los 12 metros cuadrados al hoy demandado.

SEXTO.- Las relaciones familiares y de amistad entre copropietarios y demandado más bien explican la existencia de una situación de precario que lo contrario. Es decir, es lógico que un padre y un tío (padrino) quieran favorecer al hijo del primero y sobrino (y ahijado) del segundo, con la aquiescencia de un socio con el que mantenían excelentes relaciones de amistad, tal como se ha acreditado en autos.

De la misma manera es lógico que cuando las buenas relaciones se rompan quiera ponerse fin a la situación de precario.

Tampoco es indicativo de la existencia de un contrato verbal la circunstancia que se haya probado que un local contiguo esté arrendado a "La Filadora SA" por contrato verbal pues las circunstancias que rodean a este arrendamiento nada tienen que ver con la situación a la que se refiere el presente proceso.

SÉPTIMO.- La realización de obras en el local tampoco afecta a la naturaleza de relación ni puede transformar una realidad de hecho en una relación jurídica. No consta que las obras, realizadas en exclusivo provecho del demandado, fuesen autorizadas por la propiedad y, en cualquier caso, no alega el demandado que las obras ejecutadas hubiesen de sustituir al pago de la renta. Uno de los copropietarios, D. Pedro manifestó al ser interrogado que las obras se hicieron sin su consentimiento. Si ello es así, las obras no consolidan la situación sino que, más bien, la precarizan pues, de haber existido un arrendamiento, las obras no autorizadas podrían constituir causa de resolución de la supuesta relación locativa.

En efecto, las obras realizadas por el demandado carecían de justificación, aunque se hubiesen realizado existiendo un arrendamiento, si se ejecutaron sin autorización de los arrendadores, pues necesitaba la autorización de éstos y recuérdese que, aunque las obras se hubiesen realizado a la vista ciencia y paciencia de los arrendadores, ello no suponía el otorgamiento de consentimiento, pues sabido es que el conocimiento por el arrendador de los actos ilegítimos del arrendatario no supone el consentimiento (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1962) y que el consentimiento se puede prestar de forma expresa o tácita, mas ésta tiene que venir revelada por actos concluyentes e inequívocos que acrediten la voluntad del agente, habiendo reiterado el Tribunal Supremo que el conocimiento no equivale al consentimiento (sentencias de 10 de octubre de 1962, 7 de octubre de 1986 y 20 de abril de 2001 EDJ 2001/6419 ).

Es decir, la realización de obras incontestadas no es un hecho unívoco pues si bien es cierto que puede no concordar con la situación del precario, tampoco es coherente con la del supuesto arrendamiento. Las obras las hizo D. Augusto para su comodidad y no parece que de ello pueda derivarse perjuicio alguno para los copropietarios.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1978 señala que "El poseedor en precario conoce perfectamente que el terreno en que planta y la casa en la que realizan obras no le pertenecen, carece de buena fe y si hace obras es para su comodidad, durante su ocupación gratuita prolongada durante años, y, por tanto, terminado aquel disfrute dichas obras habrían de quedar en beneficio de la propiedad que tan generosamente se lo había permitido durante tan dilatado período". Y en igual sentido, la más reciente del Alto Tribunal de 21 de abril de 1997 EDJ 1997/2155 establece, también en un supuesto de obras realizadas por un precarista sin autorización de la propiedad que: "ni hay buena fe, aunque hubiere realizado 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". En este último caso vemos, además, como la duración de la ocupación no impide calificarla como precario.

OCTAVO.- La inclusión del local de autos en el convenio regulador tampoco puede afectar a la relación jurídica puesta en juego en el presente proceso pues, como es sabido, ni el convenio ni su aprobación judicial en sentencia generan derechos distintos de los que existían antes de que se produjese la crisis matrimonial.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 de diciembre de 2005 EDJ 2005/230433 señala que "la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble".

En consecuencia, el convenio regulador, firmado ocho años después de la ocupación, en el que no fueron parte los propietarios, no puede ser considerado tampoco como hecho base a partir del cual inferir la existencia de una relación contractual.

NOVENO.- Pero es que, además, el tribunal observa una cierta contradicción entre lo declarado por D. Augusto al ser interrogado y lo manifestado por su padre D. Miguel Ángel cuando depuso como testigo.

Así, en la cuestión nuclear del establecimiento de una renta del alegado contrato de arrendamiento, D. Miguel Ángel padre manifestó que "no fijaron una renta", que "al finalizar la temporada de venta de los buñuelos su hijo le aumentaba un poco la renta y a él le parecía bien", y que su hijo le pagaba "lo que quería más o menos".

Por su parte, el actor dio referencias exactas de rentas mensuales, afirmando que pagó en 1995 40.000 pesetas, en 1997 lo mismo, en 1999 45.000 pesetas, en 2000 50.000 pesetas, en 2003 600 €, en 2004 650 €, y en 2005 700; lo que resulta contrario a la flexibilidad que parece deducirse de las declaraciones testificales de su padre.

DÉCIMO.- Esta Sala no valorará la prueba consistente en la grabación de una conversación entre D. Luis María y su sobrino y ahijado D. Miguel Ángel ya que la sentencia de primera instancia no entra a ponderar su eficacia probatoria. Por lo demás, no se ha solicitado del tribunal la nueva apreciación de la prueba y, por tanto, hacerlo de oficio puede resultar contrario a la función revisora propia del recurso de apelación que ha de ser instada por la parte (artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ).

En cualquier caso, sí hay que señalar que la cinta que contiene la grabación, pese a lo que se dice en el acta del juicio, no aparece incorporada a las actuaciones, como tampoco su transcripción, y que la grabación del juicio apenas permite oír la voz de D. Luis María. Es decir, se oye con claridad a D. Miguel Ángel, pero no a su interlocutor.

DÉCIMOPRIMERO.- Dado lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , y siendo la presente resolución estimatoria del recurso de apelación, no procederá hacer pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

En virtud de lo establecido en el artículo 394.1 de la misma ley procesal civil EDL 2000/77463 , al estimarse la demanda, deberá condenarse al demandado al pago de las costas de la primera instancia.

## FALLO

Se estima el recurso interpuesto por el procurador de los tribunales D. Juan María Cerdó Frías, en nombre y representación de D. Pedro y D<sup>a</sup> Virginia, contra la sentencia dictada el día 30 de junio de 2008 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca de en el juicio verbal del que el presente rollo dimana.

En consecuencia se revoca y deja sin efecto dicha resolución y en su lugar:

Se estima la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales D. Juan María Cerdó Frías, en nombre y representación de D. Pedro y D<sup>a</sup> Virginia, actuando esta última en nombre de D. Luis María, contra D. Augusto, por lo que:

1) Se declara haber lugar al desahucio del local sito en la calle DIRECCION000 número NUM000, NUM001, de Palma de Mallorca, y se ordena al demandado que lo desaloje y lo deje libre, vacuo y expedito, y a disposición de los actores.

2) Se apercibe de lanzamiento al demandado si no desaloja el mencionado inmueble dentro de los términos legalmente establecidos.

3) Se condena al demandado al pago de las costas de la primera instancia.

No se hace pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 07040370032009100063**