

DESAHUCIO POR PRECARIO Y COMODATO POR CESIÓN DE USO

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

EXTRACTO

El desahucio por precario constituye un proceso especial sin regulación sustantiva como 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. Su ámbito objetivo nos permite diferenciar entre la posesión sin título, la posesión tolerada y la posesión concedida. Analogías y diferencias prácticas entre el precario y el comodato, y la consideración jurisprudencial de aquel como una ampliación del concepto de este. Solución a dar a los supuestos de cesión de inmueble por razón de matrimonio, por parte de los terceros propietarios, y el problema jurídico de la atribución del uso de la vivienda por sentencia en proceso de familia como título legitimador justificante de la posesión. Problemática y soluciones jurisprudenciales proporcionadas ante la posible falta de legitimación activa para demandar a quién ocupa la vivienda en precario, si la demanda ha sido interpuesta por uno solo de los copropietarios de la finca.

Palabras claves: desahucio, precario, comodato, cesión de uso y copropiedad.

Fecha de entrada: 12-05-2015 / Fecha de aceptación: 29-05-2015

ENUNCIADO

Ana, Luis y Juan son copropietarios de una vivienda por herencia; Luis mantuvo durante un tiempo una relación sentimental con María, que es la actual ocupante de la vivienda, y ambos residieron dicho periodo de tiempo en la misma. Al terminar la relación sentimental y cesar la convivencia entre Luis y María, aquel abandonó la vivienda quedando en ella residiendo María, que carece de título para ocuparla y no abona cantidad alguna a ninguno de los copropietarios. Luis ha fallecido en junio de 2014, y Ana, su hermano Juan y los tres hijos ya mayores de edad del fallecido Luis han requerido ya varias veces a María para que abandone la vivienda, sin resultado alguno pues María sigue en ella sin dar respuesta alguna a los requerimientos.

La situación se ha agudizado para Ana pues como consecuencia de su proceso de separación matrimonial, el juez que ha sentenciado la misma ha acordado atribuirle a ella la vivienda conyugal en la que residía, pero solo hasta el 1 de septiembre de 2015, momento en el cual ha de abandonarla, y por ello es más necesario desalojar a María de la vivienda que ocupa para que pueda acceder a residir Ana en ella tras el abandono forzoso decretado por el juez de aquella en la que hoy vive. Ni su hermano Juan ni sus sobrinos hijos del fallecido Luis se oponen a que Ana viva en el piso del que hay que desalojar a María y de hecho en tal sentido han firmado todos ellos un documento mostrando su conformidad con este extremo.

Con este relato de hechos, comparece Ana en nuestro despacho de abogados para iniciar acciones judiciales encaminadas a desalojar a María de la vivienda. A los pocos días hemos recibido una llamada en nuestro bufete de un letrado que resulta ser el de María, con el cual hemos concertado una cita; en ella, el letrado de María nos muestra una copia del testamento hecho en 2011 por el fallecido Luis en el cual este instituye heredero de sus bienes a Emilio que es un nieto de María, la ocupante del inmueble, con el cual el testador carecía de toda relación de parentesco, y legando a sus tres hijos la parte de legítima que por ley les corresponda.

Igualmente el letrado de María nos manifiesta que en vida de la madre de Ana, Luis y Juan, hubo unos acuerdos verbales por los cuales se cedía el uso de la vivienda a Luis y María, encontrándonos ante un comodato por cesión de uso ya en vida de la madre de Ana y estando también vivo Luis.

Ante todo ello, y tratando de verificar el encargo profesional que Ana nos hace, nos disponemos a demandar por desahucio por precario a María, no sin apercibirnos de la existencia de dos cuestiones que pueden afectar a la legitimación activa de Ana: por un lado esta quiere el piso para sí, y no actuando con ello en beneficio de la comunidad de propietarios, nos planteamos si

ello supone tratar de sustituir un precario por otro, y por otro lado, Ana no es heredera de Luis, su hermano fallecido, ni sus sobrinos tampoco pues son solo legatarios, siendo cuestionable el poder de disposición que pueden tener sobre la vivienda ocupada. Y finalmente también nos planteamos en qué medida puede afectar a nuestra acción el contenido del testamento que se nos ha mostrado con la institución de heredero del nieto de la ocupante de la finca.

Informemos sobre las opciones de éxito de la demanda de precario que queremos interponer, a la vista de los criterios de la jurisprudencia en estas materias, y ante las peculiaridades de hecho descritas.

Cuestiones planteadas:

- Delimitación del ámbito objetivo del desahucio por precario: la posesión sin título, la posesión tolerada y la posesión concedida.
- La naturaleza jurídica del precario como una especie del género del comodato.
- La legitimación de la posesión de la finca por sentencia dictada en proceso de familia y su relación con el desahucio por precario.

SOLUCIÓN

Varios son los aspectos que el relato de hechos propuesto nos obliga a abordar, y tal vez es obligado referirnos como primero de ellos a la delimitación de cuál es el **ámbito concreto del juicio de precario** en la actual normativa procesal civil.

La mayoría de nuestros tribunales se decantan por un criterio amplio que abandona el criterio restringido de la LEC de 1881. Así, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.^a, en sus sentencias de 20 y 22 de mayo de 2008 declara que existen algunas resoluciones del Alto Tribunal, esclarecedoras en cuanto al concepto del precario, así la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1986 dice: «Tiene declarado esta Sala, en sentencia de 13 de febrero de 1958, que conforme a repetida jurisprudencia, el concepto de precarista a que alude el número 3.º del artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución de precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor, y como ha declarado la sentencia de 28 de junio de 1926, tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término,

naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del tenedor u ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa, pues, según lo también declarado por la jurisprudencia, esta ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva; así como que como síntesis de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al concepto de precario, merece ese calificativo, para todos los efectos civiles «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»; en igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25.^a, de 16 de julio de 2008 señala: «(...) El ámbito objetivo de este proceso especial –encaminado a la recuperación de la plena posesión de una finca poseída o cedida en precario– viene determinado por el propio concepto de precario. En este sentido, ha de recordarse que el precario comprende los siguientes supuestos: a) La posesión sin título. b) La posesión tolerada. Y c) La posesión concedida. Consecuentemente, lo que ha de dilucidarse en el proceso es única y exclusivamente la concurrencia –o no– de alguno de aquellos supuestos fácticos y, por ende, el derecho de la parte actora a obtener la tutela jurídica de su derecho a obtener la recuperación de la posesión material de la finca objeto del proceso frente al poseedor demandado, y el derecho de este a mantener y continuar ostentando dicha posesión».

La aplicación de esta doctrina a nuestro caso resulta indiscutible pues María ocupa la vivienda de Ana y sus hermanos y lo hace sin pagar merced, pues esta nada ha discutido al respecto. De igual modo ha quedado constatado que carece de título que la habilite para ello.

Un segundo aspecto de nuestro caso ha de versar necesariamente sobre la **influencia que para la naturaleza jurídica de lo pretendido por Ana puedan tener los supuestos pactos verbales** a los que el relato de hechos alude, e igualmente la importancia que pueda tener el hecho de que la vivienda esté ocupada fruto de una situación de hecho equivalente a la conyugal. Señala María a través de su letrado que Luis y ella ocupaban la vivienda cuando aún vivía la madre de aquel, siendo esta la propietaria del inmueble, y a su fallecimiento, por acuerdos verbales de los herederos, se cedió el uso del inmueble a Luis y ella misma. Tras concluir la relación sentimental que mantuvo con Luis, este abandonó el inmueble y cedió su uso a María de forma verbal, justificando que con ello estaríamos ante una figura jurídica de comodato.

Pues bien, la solución dada a este aspecto debe favorecer a las pretensiones de Ana ya que la realidad de los acuerdos verbales que se afirman por María para justificar la ocupación del inmueble no ha quedado constatada en forma alguna con los datos dados por su letrado, pero incluso de dar los mismos por ciertos, no alterarían la calificación de la ocupación de María como

precarista, pues estaríamos ante una ocupación por mera tolerancia de los propietarios, sin título que la ampare y sin pagar merced.

Como ponen de manifiesto las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de octubre de 2008 (Sección 14), 23 de noviembre de 2.006 (Sección 19) y 20 de julio de 2.004 (Sección 19), «a partir de la ausencia o indeterminación del plazo, la variante del uso, careciéndose del pago de un precio o merced y de título eficaz posesorio oponible, se amplía la figura del comodato y aunque con analogías, se articula el precario dentro de ese género (art. 1.750 Código Civil). La figura del precario, que aparece según doctrina mayoritaria encuadrada en ese precepto (si no se pactó la duración del comodato, ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada y este no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad), no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permita el dueño concedente, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced alguna utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostenta el actor (SSTS de 31 de enero de 1995, 30 de octubre de 1986 y 13 de febrero de 1958).

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 7 de abril de 2014 declara: «CUARTO. En cuanto a la existencia de título de la ocupación por el demandado de los inmuebles litigiosos, debe tenerse en cuenta que la posesión la tiene el demandado titular de la nuda propiedad por tolerancia de los anteriores propietarios y ahora usufructuarios del inmueble, sin que pueda estimarse que en el caso de autos hubiera un contrato de comodato».

«La doctrina jurisprudencial al respecto, dictada en procedimientos de derecho de familia pero aplicable al caso de autos, es clara. El Tribunal Supremo en sentencias de 13 de febrero de 2014 o 14 de marzo de 2013, entre otras muchas, señala que "la STS de 26 de diciembre de 2005 (y, a partir de ella otras, como las de 30 de junio de 2009, 22 de octubre de 2009 y 14 de julio de 2010), puso de manifiesto, para resolver conflictos como el ahora planteado, "la necesidad de analizar cada caso concreto para definir si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. En tal caso, se deberán aplicar las normas reguladoras de este negocio jurídico. Sin embargo, en el supuesto de que no resulte acreditada la existencia de esta relación jurídica, se debe concluir que estamos ante la figura del precario, lo que conlleva que el propietario o titular del inmueble podrá, en cualquier momento, reclamar su posesión. En este último caso, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia"».

«Como sienta la sentencia del pleno de esta Sala de 18 de enero de 2010 (recurso 1994/2005), "Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios"».

«Sigue diciendo la sentencia, como ya se manifestó, que "esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005". Por demás, esta doctrina ya reiterada ha vuelto a ratificarse en otra sentencia del Pleno de esta Sala, de fecha 14 de enero de 2010 (recurso 5806/2000). En definitiva, la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda».

En nuestro caso, no ha quedado acreditado que existiera un contrato entre las partes para conceder el uso de la vivienda a María de forma gratuita y durante un tiempo determinado, por lo que debe concluirse que nos encontramos ante un precario, con pretensiones claramente defendibles, hacia la recuperación de la vivienda.

En los mismos términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 7 de octubre de 2014 cuando declara: «CUARTO.- La situación de precario se encuentra huérfana de regulación sustantiva propia en nuestro Derecho, si bien se aludía a la misma en el artículo 1.565.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuando establecía que procederá el desahucio y podrá dirigirse la Demanda contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe; y, en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, se hace referencia a la situación de precario como ínsita en el marco del Juicio Verbal cuando, en su artículo 250.1.2.º, se establece que se decidirán en Juicio Verbal, cualquiera que sea su cuantía, las Demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca».

«No obstante la ausencia de regulación sustantiva propia, la situación de precario es asimilable al comodato; y, de esta manera, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 31 de enero de 1995, ha declarado que el precario cuya figura aparece según la mayoritaria doctrina científica encuadrada en el artículo 1.750 del Código Civil y a la que alude el artículo 1.565.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor. En sentido análogo, el Alto Tribunal, en Sentencia de fecha 31 de diciembre de 1992, ha establecido que, en efecto, distingue la doctrina –y de tal distinción se ha hecho eco la Jurisprudencia– el contrato de precario que aunque diferenciado en el Derecho Romano del comodato, a causa, entre otras razones, de la indefinición del uso concedido o tolerado, en los Códigos modernos se equipara al comodato si en este no se pactó la

duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa pactada (art. 1.750 Código Civil), en cuyo caso el comodante puede reclamar la cosa a su voluntad, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario, del precario *stricto sensu* que extiende los casos de precario, fuera del ámbito contractual, a todos aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello. La concepción amplia del precario comprende, por ello, los supuestos de posesión concedida o tolerada o simplemente las situaciones posesorias de puro hecho».

Por otro lado, es criterio de nuestros tribunales que existe ocupación por precario en los supuestos en que habiéndose concertado un contrato de arrendamiento, este ha quedado sin efecto y el arrendatario permanece en la ocupación de la vivienda, o cuando los padres de uno de los contrayentes en una matrimonio ceden la vivienda para que sirva de domicilio familiar al mismo, sucediendo que posteriormente se rompe la convivencia y el uso de la vivienda se atribuye por resolución judicial al cónyuge que no es hijo de los propietarios. También en este caso la ocupación del cónyuge al que se le atribuye el uso de la vivienda familiar es calificada de precario.

Por todo lo señalado en nuestro caso, debe concluirse que la ocupación por María de la vivienda de autos, sea por cesión otorgada por acuerdo verbal o sin él, al ser una cesión sin plazo, meramente tolerada y sin pagar merced, constituye una ocupación en concepto de precario.

A continuación procede que informemos respecto de la posible **falta de legitimación activa de Ana que el relato de hechos nos plantea y si Ana actúa en interés de la Comunidad de propietarios o en interés propio al pretender usar el inmueble para sí.**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 4 de julio de 2014 declara: «A todo ello debe añadirse que, en nuestro derecho, la propiedad de un bien puede recaer en una sola persona o en varias, en cuyo caso, surge la figura de la copropiedad de bienes del artículo 392 y ss. del Código Civil, de manera que un comunero podrá, actuando en beneficio de la comunidad, resolver un contrato que estima le resulta perjudicial, al gravar el bien, y ser incumplido, mas ello lo será siempre y cuando no cuente con la oposición de los demás comuneros, como ha declarado esta Sala en sus resoluciones, entre otras de 24 de septiembre de 1996, 23 de octubre de 1998 y 29 de abril de 2003, recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo, Sala Civil, expuesta entre otras en su sentencia de 20 de diciembre de 1989, 19 de diciembre de 1964, 5 de marzo de 1982 y 14 de mayo de 1985, la cual ha resumido la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de diciembre de 1994, cuando declara:

"Como ya se dijo por esta Sala en Sentencia de 12 mayo 1994 el problema de la legitimación del condueño que actúa en juicio sin la concurrencia de los demás partícipes en la cosa común ha sido estudiado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 abril 1965, declarando que 'el contenido del condominio se traduce en determinados derechos de los comuneros en relación a la cosa común, presididos por la idea esencial de que las facultades atribuidas a cada partícipe están necesariamente subordinadas al derecho de todos los demás, por lo que el ejercicio de acciones sobre la totalidad de la cosa sobrepasa, en realidad, el derecho del copropietario, ya

que las relaciones jurídicas entre los condueños no son solidarias ni indivisibles, y por ello, así como para la alteración de la cosa común, se precisa el acuerdo unánime de todos y para su administración y disfrute rige lo decidido por la mayoría de los partícipes (arts. 397 y 398 del Código Civil), para el caso de reclamar los derechos que afecten a la esencia del condominio o para defenderlos de quienes se los disputen, deben jurídicamente regir las mismas normas, ya que el condueño no tiene *ipso iure* la representación de los demás para actuar en juicio, pero, dada la naturaleza y caracteres de la comunidad de bienes, la jurisprudencia admitió desde siempre que cualquiera de los partícipes pueden comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, tanto para ejercitarlos como para defenderlos, por lo que un condueño puede entablar la acción reivindicatoria en beneficio de todos, actuando siempre en provecho de la comunidad y no exclusivamente para sí, y para compaginar la doctrina de la cosa juzgada con la no intervención de todos los condóminos, se limita la eficacia de la sentencia dictada respecto a los que no fueron parte en el pleito al caso de que dicha sentencia les sea favorable, sin que les perjudique la contraria, pues, como declara la Sentencia de 17 de junio de 1927, 'para que el fallo obtenido por un condómino afecte a los demás, se precisa que haya resultado en interés de todos ellos', añadiendo la sentencia transcrita que 'esta doctrina legal, tan conocida que hace ociosa su cita detallada, es excepcional, porque faculta a un solo condueño para actuar, sin acuerdo o autorización de los demás, en beneficio de la comunidad, y como tal ha de ser aplicada en sentido restrictivo, hasta el punto que si alguno de los partícipes se opone a tal actuación, bien desautorizando al accionante de un modo explícito o afirmando lo contrario de lo sostenido por aquel, no puede considerársele legitimado para actuar, porque tal oposición revela que hay sobre la materia discutida criterios dispares, y hasta que estas diferencias no desaparezcan no puede conocerse con certeza cuál sea el criterio más beneficioso para la comunidad, única norma que permite actuar o defenderse sin tener la representación de los demás condueños'''».

«TERCERO.- No es necesario hacer mención, aunque sea limitada, de las numerosas sentencias del Tribunal Supremo que reiteran la doctrina a la que se ha hecho referencia en el anterior fundamento, pero es oportuno resaltar que la legitimación activa del comunero determinada del modo antes indicado se produce en cualquier clase de comunidad (Sentencia de 21 junio 1989) y, por lo tanto, no solamente en los casos de copropiedad, sino también en los casos de cotitularidad de otros derechos, y cuando se trata del ejercicio de acciones de resolución del contrato de arrendamiento por uno solo de los coarrendadores, el Tribunal Supremo aplica la doctrina sobre legitimación activa de que se trata, tanto si la acción se funda en causa prevista por el derecho común (Sentencia de 29 septiembre 1967) como si se apoya en la legislación especial de Arrendamientos Urbanos (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 mayo 1962, 19 febrero 1964 y 20 diciembre 1989), como en la de Arrendamientos Rústicos (Sentencia de 14 enero 1985), sin que exista en la legislación especial arrendaticia precepto alguno que se oponga a la doctrina examinada, ni, en particular, a las consecuencias que se derivan de la oposición de los condueños al ejercicio de la acción por alguno de ellos».

En igual sentido la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 13.^a, en su sentencia de 2 de febrero de 2003 ha declarado: «Es reiterada la doctrina jurisprudencial relativa a que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la Comunidad, para ejercerlos o para defenderlos, siempre y cuando actúe en beneficio de esta, con la consecuencia de que la sentencia dictada a su favor aprovecha a los demás, sin que les perjudique (SSTS 16 de julio de 1927, 14 de marzo de 1953, 13 de marzo de 1973, 4 de abril de 1974, 13 de febrero de 1987, 20 de diciembre de 1989, 22 de mayo de 1993, 14 de marzo de 1994, 16 de abril de 1996, 8 de julio de 1997...) y ello como excepción a la regla general de la mayoría del art. 398 CC pero no puede hacer en beneficio o interés exclusivo o propio, siendo preciso que 1.º El fundamento en el derecho material ejercitado suponga el ejercicio de la acción en provecho común. 2.º Se pretenda un resultado provechoso para la comunidad. 3.º Ausencia de interés exclusivo (STS 8 de abril de 1992) de forma que si actúa en interés suyo y no de la comunidad, carece de legitimación activa (STS 13 de febrero de 1981) aparte de los posibles efectos de la cosa juzgada sobre los demás comuneros (litisconsorcio activo). Aquella doctrina jurisprudencial sirve incluso en el ejercicio de la acción de desahucio (acto de administración mayoría del art. 398, STS 5 de marzo de 1982), pero si se pretende la resolución del arrendamiento de la que no deriva (o no se infiere) beneficio de la comunidad, faltará aquella legitimación, constando la oposición expresa o tácita, pero clara e indubitada, de los otros (SSTS 19 de febrero de 1974, 5 de marzo de 1982, 14 de mayo de 1985, 20 de diciembre de 1989...); cierto que el TS en sentencia de 12 de noviembre de 1971 excluye de la votación a efectos de mayoría (precisamente en el supuesto que contempla, contraposición de intereses entre un comunero y el resto, para prorrogarle el arrendamiento de la cosa común), al comunero que tenga un interés propio, y además no computa su parte a efectos de determinar dicha mayoría (con ello el comunero "no mayoritario" pudo decidir). Pero si no se puede llegar a un acuerdo (aquí, para la resolución del arrendamiento), o este (por ejemplo, no cobrar el alquiler, que se considera incluido en el sueldo o repartos que con periodicidad mensual o anual, se vengán efectuando) es gravemente perjudicial a los intereses de la cosa común, ha de acudir al pfr. 3.º del art. 398 (acudir al Juez para pedir que se adopten medidas sobre la administración), que incluye los supuestos en que concurre negativa a ocuparse de la administración, silencio o ausencia de los "demás" (en número suficiente para impedir la mayoría); claro es, si los "demás" (mayoría) se hubieren manifestado contra la propuesta, el recurso al Juez no ha de basarse en que no se alcanza mayoría, sino en que el acuerdo negativo de la mayoría es "gravemente perjudicial" a los interesados en la cosa común, con la carga de acreditar el "perjuicio" y su "gravedad", al condueño, en cuanto "interesado" en la cosa común».

«Es más la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 2 de noviembre de 2000 en un supuesto de desahucio por precario ejercitado por los cauces del juicio de menor cuantía, considera legítimo el ejercicio de los que representan la mayoría en la comunidad de bienes propietaria del bien ocupado, ya que sin duda la recuperación del mismo por el que nada se obtiene redundaría en beneficio de todos los comuneros, aún del opositor, que en este caso era la esposa del precarista y por tanto con un interés opositor mediatizado».

«De igual modo, el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 13 de julio de 2012 confirma la bondad del criterio antes expresado, cuando declara:

"SEGUNDO. El primer motivo formulado por infracción procesal por la demandada doña Camila denuncia la falta de legitimación de la demandante al ostentar únicamente una parte en la comunidad de bienes a la que pertenece el inmueble arrendado, denunciando que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 398 del Código Civil, así como la jurisprudencia de esta Sala sobre la legitimación de los comuneros".

"El motivo ha de ser estimado. Es cierto que esta Sala ha declarado que cualquiera de los condóminos puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad (sentencias de 15 enero 1988, 21 junio y 18 diciembre de 1989, 28 octubre y 13 diciembre 1991, 8 abril y 6 noviembre 1992 y 22 mayo 1993, 14 marzo 1994, 6 junio 1997 y 7 diciembre 1999), precisando, no obstante, que la sentencia que resulte desfavorable para esta no afecta negativamente al resto de los comuneros no litigantes, lo que limita decisivamente los efectos de la cosa juzgada. Pero el reconocimiento de tal legitimación excepcional se fundamenta en una presunción de aceptación y conformidad del resto de los comuneros que lógicamente se asienta en la previsión de una sentencia favorable a los intereses comunes, que sin embargo no puede extenderse a los supuestos en que el éxito de la acción ejercida –extinción de contrato de arrendamiento– no ha de suponer necesariamente un beneficio para la comunidad, máxime cuando, como ocurre en el caso presente, los copropietarios se han opuesto expresamente en el proceso a dicha extinción.

En consecuencia, para demandar válidamente sería necesario un previo acuerdo entre los comuneros que habilitara a alguno de ellos para actuar en juicio o, en su caso, que tal actuación reuniera a la mayor parte de los intereses de la comunidad. En caso contrario, como nadie puede ser obligado a demandar, no cabe plantear la existencia de una situación de litisconsorcio activo necesario, pero sí la de la falta de legitimación a que se refiere el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no resultar quien actúa titular 'de la relación jurídica u objeto litigioso'».

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de mayo de 2014 establece: «SEGUNDO.- La pertenencia a dos o más personas del dominio o propiedad de una cosa autoriza a cada partícipe, conforme a lo prevenido por el artículo 394 del Código Civil, a servirse de la cosa común conforme a su destino y de manera que no se perjudique el interés de la comunidad, ni se impida el derecho de los demás partícipes a utilizarlas según su derecho. Es decir, se autoriza, siempre que no se impida a los demás usarla, la posesión y el uso de la cosa común, por todos los copropietarios; uso que –como recuerda la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007– es solidario, lo que supone que no puede ser impedido solamente por exceder de la cuota, y que tal uso no será un uso sin causa –que pueda fundar una acción de enriquecimiento injustificado–, ni tampoco ilícito –que pueda fundar una acción de resarcimiento–».

«Por otra parte, así como para la realización de actos de disposición se precisa el consentimiento de todos los comuneros o copartícipes, para la administración y mejor disfrute de la cosa

común bastará el acuerdo de la mayoría, como se desprende de lo establecido por el artículo 398 del mismo Código Civil. Cuando esta mayoría no pudiera obtenerse –o el acuerdo de esta resultare gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común– deberá someterse la cuestión a la decisión judicial, como precisa el citado artículo 398 del Código Sustantivo».

«TERCERO.- Para el ejercicio judicial de las acciones correspondientes a la comunidad, tiene declarado, de modo reiterado, la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo –Sentencias de 13 de febrero de 1987, 16 de abril de 1996 o 6 de junio de 1997, entre otras–, que cualquiera de los comuneros, cotitulares, partícipes o integrantes de la comunidad tiene facultades para comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad ya para ejercitarlo, ya para defenderlo, siempre que lo haga en beneficio de los demás partícipes y no cuando, amparado en su cualidad de comunero, solicita la tutela jurídica en su provecho exclusivo».

«De este modo, como recuerda, entre otras, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006, la legitimación activa del comunero se determinará por su fundamento en el derecho material y el resultado provechoso pretendido, de manera que basta el ejercicio de una pretensión que, en caso de prosperar, redundará en provecho de la comunidad; sin que sea imprescindible la expresión en la demanda de que actúa en nombre e interés de la comunidad».

«La ST de la AP de Salamanca de 24 de marzo de 2014, siguiendo la misma línea declara: "A partir de dichos antecedentes de hecho el primer problema que debemos resolver en el presente recurso de apelación es, como hemos visto, determinar si el actor tiene o no tiene legitimación activa para presentar la acción de desahucio objeto de juicio. A cuyo respecto es preciso indicar que la jurisprudencia ha perfilado la legitimación de los coherederos a efectos del desahucio por precario, en una triple vertiente:

- a) Los coherederos de una finca indivisa tienen el carácter de poseedores reales a efectos de ejercicio y de la acción recuperatoria frente a terceros y en beneficio de la comunidad hereditaria (SS de 11 de julio de 1934 y 19 de noviembre de 1949).
- b) La comunidad hereditaria en cuanto tal ostenta legitimación para desahuciar al coheredero que ocupa abusivamente un bien con exclusión de los demás copartícipes (STS de 17 de abril de 1958).
- c) Los herederos individualmente considerados, mientras no se practique la partición y adjudicación no pueden ejercitar entre si la acción de desahucio por precario, pues ninguno de ellos puede arrogarse para sí y frente a otro la posesión real de finca alguna de la herencia (STS de 9 de febrero de 1933)"».

«La sentencia núm. 713/2007, de 27 junio, señala que la legitimación *ad causam* "consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que

determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar y exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido, según las SSTs de 31 de marzo de 1997 y 28 de diciembre de 2001"; de modo que, por su propia naturaleza y efectos, su falta puede ser apreciada de oficio (SSTs de 30 abril 2012, 13 diciembre 2006, 7 y 20 julio 2004, 20 octubre 2003, 16 mayo 2003, 10 octubre 2002 y 4 julio 2001) en cualquier momento del proceso. Así procede en el caso presente ya que la demandante carecía por sí de legitimación suficiente para instar la extinción de la relación arrendaticia que le unía a la parte demandada».

«Por consiguiente, en el presente caso, al no constar en absoluto la oposición de los demás copropietarios, uno de los cuales, el padre del actor, consta que estuvo presente en la sala donde se celebró la vista de este juicio verbal y no hizo ninguna manifestación a este respecto, sin olvidar que, como ya se ha dicho, en la sentencia que puso fin al juicio de impugnación de la filiación se hizo constar en cuanto al padre demandante que "su único interés es cortar totalmente la relación con su mujer y su hijo, y recuperar su vivienda", debemos, pues concluir que el actor sí tiene en cuanto copropietario de la vivienda objeto de juicio, legitimación para comparecer y solicitar el desahucio por precario que nos ocupa, como modo defender y beneficiar a la comunidad, en cuyo interés ha manifestado expresamente que actúa, sin que para nada conste la oposición de los demás comuneros que, no se olvide, ninguna merced o rentabilidad reciben».

Como vemos todos los criterios jurisprudenciales son coincidentes en el sentido de habilitar una clara legitimación activa a Ana para poder demandar a María aunque ella sea solo una copropietaria.

En último lugar hay que hablar de la **influencia que el testamento** que nos es mostrado por el letrado de María puede tener para las pretensiones de Ana. Pues bien, aun de dar por cierto y válido dicho testamento, debe tenerse presente que los hijos del testador tienen el carácter de legitimarios y como tales les corresponde las dos terceras partes del caudal relicto.

En todo caso y como se ha indicado, existe acuerdo entre los propietarios que representan la mayoría del porcentaje de titularidad sobre la vivienda para el ejercicio de la acción en debate, sin que conste oposición de los restantes, lo que se estima suficiente para considerar que Ana se halla legitimada activamente para entablar la acción de autos.

Por otro lado, estando en presencia de una ocupación a título de precario, el ejercicio de la acción siempre ha de beneficiar a la comunidad de bienes que titular de un bien, no solo no puede disponer de él sino que se ve privado del mismo sin percibir ninguna compensación a cambio.

Finalmente el hecho de que Ana haya manifestado su intención o deseo de ocupar la debida vivienda, no significa sin más que vaya a hacerlo sin compensar de alguna manera al resto de copropietarios, como así parece entender el letrado de María.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Código Civil, arts. 394, 398, 1.565 y 1.750.
- SAP de Madrid de 20 de mayo de 2014, SAP de Salamanca de 24 de marzo de 2014, SSAP de Cáceres de 7 de abril de 2014 y 7 de octubre de 2014, y SAP de Vizcaya de 4 de julio de 2014.