

Roj: STS 6651/2013
Id Cendoj: 28079110012013100792
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 970/2011
Nº de Resolución: 501/2013
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Julio de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 653/2010 por la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio verbal núm. 2092/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 36, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Jesús Aguilar España en nombre y representación de doña Cristina y doña Graciela, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Jesús Aguilar España en calidad de recurrente y el procurador don Ángel Francisco Codosero Rodríguez en nombre y representación de doña Noemi en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Jesús Aguilar España, en nombre y representación de doña Cristina y doña Graciela interpuso demanda de juicio verbal de desahucio por precario, contra doña Noemi y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "...decretando el DESAHUCIO de la demandada y las personas que con ella permanezcan en la vivienda, sita en la CALLE000, NUM000, NUM001, NUM002, NUM003 de Madrid, apercibiéndole de lanzamiento, y con expresa condena en costas".

2.- La procuradora doña Aránzazu Pequeño Rodríguez, en nombre y representación de doña María Paz González García, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase: "... y a la vista de los hechos relacionados, **se suspenda el presente procedimiento** en tanto no se haya resuelto la sucesión de doña Celestina, su esposo don Bernabe, a favor del causante don Eduardo, o subsidiariamente se continúe con el procedimiento, citándose a las partes a juicio verbal a fin de fijar los bienes, derechos y créditos que han de ser incluidos en el inventario, y previos los trámites pertinentes, proceda a la división, partición, y adjudicación del causal hereditario y con expresa imposición de las costas causadas en el procedimiento a doña Cristina y doña Graciela dada su acreditada mala fe".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 36 de Madrid, dictó sentencia con fecha 25 de junio de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "...Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el procurador sr. Aguilar España, en nombre y representación de doña Cristina y doña Graciela contra doña Noemi, representada por el procurador Sr. Codosero, debo declarar y declaro haber lugar al desahucio por precario. En consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada a desalojar el inmueble sito en la CALLE000 nº NUM000, NUM001, NUM002, nº NUM003, finca registral nº NUM004 inscrita en el Registro de la Propiedad nº 19 de Madrid en plazo legal, con el apercibimiento de caso de no verificarlo será desalojada a su costa. Con imposición de costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Noemi, la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 24 de enero de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña Noemi contra

la Sentencia de 25 de junio de 2010 aclarada por Auto de 15 de septiembre siguiente, revocamos dicha resolución. En su lugar y con desestimación de la demanda de doña Cristina y doña Graciela absolvemos de sus pretensiones a doña Noemi , sin hacer imposición de las costas de Primera Instancia ni de las causadas en esta Alzada".

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Cristina y doña Graciela con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Artículo 447 nº 3º apartado 2 de la LEC , por vulneración de los artículos 392 , 394 , 398 , 440 , 661 y 1068 CC .

Segundo.- Artículo 447 nº 3º apartado 2 de la LEC , por vulneración de los artículos 392 , 394 , 398 , 440 , 661 y 1068 CC .

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 29 de noviembre de 2011 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. El procurador don Ángel Francisco Codosero Rodríguez, en nombre y representación de doña Noemi presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de julio del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la protección posesoria en las situaciones de comunidad hereditaria ante la lesión o perjuicio derivado por la posesión de un bien hereditario por parte de un coheredero, con carácter exclusivo.

2. En síntesis, en el iter procesal el procedimiento se inicia por demanda de juicio verbal en ejercicio de acción de desahucio por precario, de dos hermanas frente a una tercera, todas ellas coherederas de sus padres, en relación con una vivienda que forma parte de la masa hereditaria y que es poseída por la demandada. La demanda fue contestada en el sentido de oponerse a la misma, alegando que disfrutaba de la casa desde antes del fallecimiento de sus padres y que es heredera al igual que el resto de las hermanas.

La sentencia de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, declarando haber lugar al desahucio por precario solicitado, condenando a la demandada a desalojar la vivienda, al entender que no se está ante una falta de título sino ante un posible exceso en el ejercicio de tal derecho, exceso que determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer el bien en cuestión por parte del resto de coherederos.

La sentencia de Apelación estima el recurso de la demandada, al entender que las posición doctrinal defendida por la sentencia de instancia deja sin resolver un punto del debate que es el hecho de que un coheredero tiene título, aunque sea parcial, mientras que el precario es la ausencia de título que habilite para dicha posesión. La hermana que ocupa la vivienda es también poseedora civilísima del artículo 440 CC y ostenta título idéntico a las otras dos coherederas y en tanto no se divida la herencia tiene igual que sus hermanas título derivado del causante que le legitima para el uso de acuerdo con la naturaleza del objeto. En este caso y pese a que la aplicación aritmética de cuotas es desfavorable a la demandada el resto de circunstancias valoradas determinan que no existe posición abusiva de la misma, debiendo desestimarse la demanda.

Recurso de casación.

Desahucio por precario entre coherederos de un mismo inmueble. Protección posesoria, abuso del derecho y extralimitación objetiva del derecho. Doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO.- 1. La parte demandante, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en dos motivos. En el primero de ellos se alega la infracción del artículos 392 , 394 , 398 , 440 , 661 y 1068 CC , alegando interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. En una primera posición se cita la corriente doctrinal por la que se entiende que el coheredero que posee en exclusiva un bien de la masa hereditaria, con oposición de la mayoría de la comunidad hereditaria y oponiéndose al reintegro del bien a la masa hereditaria, se coloca como precarista hasta que no se realice la división y adjudicación de la herencia, citando en este sentido las SSAP de Las Palmas (Sección 5ª) de 19 de mayo de 2006 y 27 de julio de 2009 y AP Cádiz (Sección 2ª) de 1 de

diciembre de 2009 y 31 de julio de 2006 , entre otras. Por otro lado, la corriente doctrinal que determina que **no cabe desahucio por precario entre los coherederos**, ya que en la comunidad hereditaria, cuando cada uno de los coherederos son titulares de una cuota o participación indivisa sobre la herencia como un todo, pero no sobre cada uno de los bienes y derechos que la integran. Por ese motivo el coheredero que posee un bien integrado en la masa hereditaria, sin partir, aunque no tenga derecho a poseer en exclusiva, no por ello se le tiene que negar su derecho a poseer, por lo que ostenta un título legitimador incompatible con el precario. En este sentido se citan las SSAP de Las Palmas (sección 4') de 20 de noviembre de 2001 y 25 de noviembre de

1999 , entre otras. **El segundo motivo** alega la infracción de los artículos. 392 , 394 , 398 , 440 , 661 y 1068 CC , alegando interés casacional por la oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contemplada en las SSTs de 13 de noviembre de 1895 y 17 de abril de 1958, que determinan que si cabe desahucio por precario entre coherederos, entendiendo que tienen legitimación activa para desahuciar, en favor de la comunidad, contra el coheredero que disfruta exclusivamente por concesión graciosa de la causante y ello pese a que los coherederos no tienen el dominio ni la posesión privativa sobre cosas determinadas que corresponde a la comunidad. Al mismo tiempo se citan las SSTs de 13 de junio de 1865 y 19 de junio de 1866, que declaran que no es óbice para el desahucio la pendencia de un juicio de testamentaria.

2. En el presente caso, los motivos planteados deben ser estimados.

3. Para abordar el contexto jurisprudencial y doctrinal aplicable al presente caso, hay que señalar que esta Sala, en un caso de características similares, ya se pronunció al respecto **en su sentencia de pleno de 16 de septiembre de 2010** (nº 547/2010).

En este caso, confirmando la sentencia de Apelación, y en orden a la interpretación normativa del artículo 1068 del Código Civil, **se declaró** que estando pendiente el estado de indivisión hereditaria que precede a la partición y teniendo ésta el carácter de operación complementaria que resulta indispensable para obtener el reconocimiento de la propiedad sobre bienes determinados de la herencia, no cabía admitir un uso exclusivo de un bien hereditario en favor de un determinado o particular coheredero. El resultado práctico fue la **estimación del desahucio por precario contra el coheredero poseedor y su esposa, si bien matizando que el supuesto no respondía, en rigor, a una posesión sin** ningún tipo de fundamento o **título** (possessor pro possessore), pues constaba el derecho a coposeer, **sino** mas bien **a** una situación reconducible al **abuso en el ejercicio del derecho**.

4. Por su parte la **sentencia recurrida**, ante la alegación de la doctrina jurisprudencial contradictoria, entra a valorar el contexto doctrinal sin desconocer, con cita de la anterior sentencia de 16 de septiembre de 2010, que la cuestión debatida se **resuelve** en favor de la viabilidad del juicio de precario entre coherederos. No obstante, y he aquí la cuestión de índole sustantiva, la sentencia de Apelación profundiza en el hilo argumentativo de la sentencia de pleno, esto es, en el recurso hacia el abuso del derecho y en la justificación de la coposesión del coheredero, para señalar, con carácter general, que en el contexto doctrinal de estos casos el criterio de la comparación de porcentajes de participación de la cosa común, entre el coheredero poseedor y el resto de coherederos, no resulta determinante por el solo, sino **que, en aras al abuso del derecho, debe tenerse en cuenta** otras circunstancias tales como **el origen de la posesión**, anterior o posterior al fallecimiento del causante, **la previsible rentabilidad transitoria del bien o, en su caso, la conducta obstativa** a la distribución de los bienes de la herencia. Sirviéndose de todo ello para, con carácter particular, declarar que en el presente caso no se puede calificar de abuso del derecho la posición adoptada por la coheredera demandada.

5. Al respecto, y dentro de la doctrina fijada por la sentencia de pleno de esta Sala conviene realizar las siguientes precisiones. *En primer término* , el supuesto en cuestión se encuadra metodológicamente en el ámbito de la protección posesoria de las cosas comunes de la herencia durante el periodo de indivisión de la misma (artículos 445 y 450 del Código Civil), de forma que aunque se admite la coposesión, y su tutela, ello no autoriza a ningún coheredero a que posea con carácter exclusivo un bien que pertenece pro-indiviso a la comunidad hereditaria. Lo actuado en este sentido comporta una clara extralimitación objetiva del derecho de posesión del coheredero y como tal un perjuicio o despojo injustificado para el resto de los coherederos.

En segundo término , sentado lo anterior, debe señalarse que esta ratio (razón) de la tutela dispensada debe prevalecer e informar el contexto doctrinal debatido. En efecto, en este sentido el recurso práctico hacia la viabilidad en estos supuestos del controvertido desahucio por precario no debe entorpecer la aplicación paulatina de la protección específica de la posesión ya mediante su defensa interdictal o, en su caso, por medio de la acción publiciana, pues el coheredero poseedor no tiene la posición de un mero precarista (sin título alguno, salvo la simple tolerancia).

No obstante, y desde la misma ratio que justifica la protección posesoria de los coherederos, así como desde la perspectiva metodológica expuesta, también debe de puntualizarse que los argumentos utilizados para justificar la razón práctica del desahucio tampoco pueden ser a su vez argumentados, valga la redundancia, como elementos técnicos o conceptuales del contexto debatido. En efecto, el recurso al **abuso del derecho no viene a significar, con rigor, que el coheredero poseedor incurre en dicha figura, pues sencillamente no se dan los presupuestos de la misma**, es decir, **no** es que su ejercicio del derecho vulnere la exigencia de la buena fe como estándar de conducta exigible dentro de los límites formales del uso de un derecho, objetiva o externamente legal, **sino** que directamente su posesión en exclusiva o excluyente del bien hereditario comporta una **extralimitación** de su derecho de coposesión carente, por tanto, de una necesaria cobertura formal de derecho; con lo que se viene a subrayar, en realidad, la naturaleza de perjuicio o daño injustificado que produce dicha posesión para el resto de los coherederos que forman la comunidad hereditaria.

De ahí, que señalada esta extralimitación objetiva en el ejercicio del derecho por el coheredero poseedor **no quepa**, en puridad, contrariamente a lo argumentado por la sentencia de Apelación, sujetar dicha infracción a determinados **criterios ponderadores** de la posible validez y eficacia de la posesión en exclusiva del coheredero, sean estos la comparación de las cuotas de participación, la rentabilidad derivada o el inicio de la misma con anterioridad o posterioridad al fallecimiento del causante, salvo los actos propios del resto de coherederos en orden a la tolerancia de dicha posesión.

TERCERO .- Estimación del recurso de casación y costas.

1. La estimación de los motivos formulados comporta la estimación del recurso de casación.
2. Por aplicación del artículo 398.2 LEC no procede hacer expresada imposición de costas del recurso a ninguna de las partes.
3. Por aplicación del artículo 394.1, en relación con el artículo 398 LEC, por las serias dudas de derecho que presenta el caso, no procede hacer expresa imposición de costas de Primera y Segunda Instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Cristina y doña Graciela contra la sentencia dictada, con fecha 24 de enero de 2011, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, en el rollo de apelación nº 653/2010, que casamos y anulamos, confirmando en su lugar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 36 de los de Madrid, de 25 de junio de 2010, dimanante del procedimiento de juicio verbal nº 2092/2009, salvo lo relativo al pronunciamiento de costas.

2. No se imponen especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

3. Tampoco se hace expresa imposición de costas de la Primera y Segunda Instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.