

Audiencia Provincial

AP de Madrid (Sección 9ª) Sentencia num. 176/2013 de 16 abril

PREARIO: ACCION DE DESAHUCIO: improcedencia: comunidad hereditaria: falta de acreditación de ser el actor el adjudicatario de la vivienda en las operaciones particionales de la herencia.

...

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO...

SEGUNDO .- Conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo constituye la esencia del precario el uso o disfrute de la cosa ajena, sin pagar renta o merced alguna, ni otra razón o título que legitime la posesión que la mera condescendencia o liberalidad del poseedor real (Sentencias de 2 de junio y 17 de noviembre de 1 , 961 y 6 de Abril de 1.962), confundiéndose el precario con la mera posesión tolerada (Sentencia de 2 de Junio de 1.982), pues 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 (Sentencia de 31 de enero de 1.995 , recogiendo las de 13 de febrero de 1.958 y 30 de octubre de 1.986 .

Puede ser promovido el juicio de desahucio por precario por los que tengan la posesión real de la finca a título de dueños, de usufructuarios o de cualquier otro que les dé derecho a disfrutarla y sus causahabientes, frente a quien si titulo, ni pagar merced disfrute de ella, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe. Debiendo el actor acreditar su titulo de dominio o cualquier otro derecho real que le permita la posesión de la cosa, ya sea en concepto de dueño, usufructuario o cualquier otro título que le dé derecho a poseer el bien, y la posesión sin título por parte del demandado o demandados.

Sobre la viabilidad de la acción de desahucio en precario entre coherederos, dada la divergencia en esta materia la STS de fecha 128 de febrero de 2013 recoge la doctrina legal

"Esta sala, ha tenido ocasión de examinar la cuestión jurídica expuesta por el recurrente en sentencias más recientes de las que indica en su recurso, como lo es la sentencia de 16 de septiembre de 2010 ; en esta resolución, tras analizar detenidamente las diferentes soluciones ofrecidas por las audiencias provinciales, se alcanza a declarar **la viabilidad del desahucio por precario instado por los coherederos mayoritarios frente al minoritario, cuando la herencia permanece indivisa**; en concreto declara la sentencia citada en su fundamento de derecho segundo, tras analizar las diferentes posturas de las audiencias provinciales: El [artículo 1068 del Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) establece que "la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados"; la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en prodivisión, ya que, efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana ([artículo 392 del Código Civil](#)), (SSTS de 20 de octubre de 1992 , 25 de abril de 1994 , 6 de marzo de 1999 , 28 de junio de 2001 y 25 de junio de 2008). Las SSTS de 8 de mayo de 2008 (R.C.11/2001) y 26 de febrero de 2008 , han declarado que "si algún heredero, hace uso exclusivo de algún bien, al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista siendo viable la acción ejercitada, más esa concepción en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeer como lógica emanación del derecho de propiedad, no encontrándonos, ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer en cuestión por parte de los coherederos".

Tercero

TERCERO

.- Por la representación procesal de D^o Leoncio se alega la existencia de un error en la valoración de la prueba, al entender que se infringe el [artículo 1068 del Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#), en la medida que de las pruebas practicadas se deduce que la vivienda objeto del litigio, que era propiedad de D^a Aida , se adjudicó en virtud de la correspondiente partición al padre del apelante, del cual es único heredero, por lo que al haber sido adjudicado en virtud de la división de la herencia dicha vivienda la padre del actor, el demandado carece de título alguno que legitime su posesión.

A fin de resolver el recurso de apelación debe partirse de los hechos que han quedado acreditados en los autos, debiendo partirse que el artículo 217 de la ley de enjuiciamiento civil , impone a la parte actora la carga de la prueba de los hechos en que basa su pretensión, debiendo acreditar tanto su título de dominio, como el uso en precario por los demandados del inmueble, debiendo entenderse que la sentencia ahora apelada ha procedido a una

correcta valoración de la prueba practicada.

Del examen de los autos consta, folio 18 de los autos, y folio 83, que tanto el actor, como el demandado tienen su residencia o al menos tienen la disponibilidad de la vivienda sita en Madrid CALLE000 , NUM000 , NUM001 NUM002 , también consta en los autos, folio 13 que en el juzgado de primera instancia n ° 53 de Madrid se dictó auto de fecha 10 de febrero de 2009 , en virtud del cual se aprobaban las operaciones divisorias de la herencia de D^a Aida realizadas por el contador D. Juan Carlos , pero sin que se recogiera en el citado auto, ni cual eran esas operaciones particionales, ni tampoco se ha aportado a los autos el cuaderno particional, constando también en los autos que no se ha procedido a la protocolización del cuaderno particional.

Teniendo en cuenta la doctrina legal recogida en el fundamento de derecho anterior, que permite el ejercicio de la acción de desahucio por precario entre coherederos, cuando solo uno de ellos está ocupando determinados bienes de la herencia, y que de acuerdo con el artículo 1068 del c. civil establece "la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados", no habiéndose aportado a los autos el cuaderno particional, en base al cual se procedió a la aprobación de las operaciones divisorias de la herencia, sin que tampoco se pueda deducir del auto aprobando dichas operaciones que la vivienda le fuera adjudicada al actor y apelante, cuando consta en los autos que la vivienda se viene ocupando, o al menos tienen la disponibilidad de su uso ambas partes, por lo que en tanto no se acrediten de forma completa y precisa la ejecución de las operaciones particionales de los bienes de la herencia de D^a Aida , dado que no se ha acreditado que el actor fuera el adjudicatario, al menos exclusivo de la vivienda, por lo que al no estar el demandado y apelado en la posesión exclusiva de la vivienda debe llegarse a la misma conclusión que la sentencia de primera instancia,

Cuarto

CUARTO

De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la ley de enjuiciamiento civil las costas de esta alzada han de imponerse a la parte apelante.

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

F A L L A M O S:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Leoncio , contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrada Juez del juzgado de primera instancia n ° 51 de Madrid el 26 de abril de 2012 . Todo ello con imposición de las costas de esta alzada al referido apelante y con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la [Disposición Adicional Decimoquinta](#) de la [\(RCL 1985,](#)

[1578 y 2635](#)) Ley Orgánica del Poder Judicial ...