



Roj: **SAP GC 106/2017 - ECLI: ES:APGC:2017:106**

Id Cendoj: **35016370042017100056**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **4**

Fecha: **17/02/2017**

Nº de Recurso: **412/2016**

Nº de Resolución: **101/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ELENA CORRAL LOSADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: AGU

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 00

Fax.: 928 42 97 74

Email: s04audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000412/2016

NIG: 3501741120150004312

Resolución: Sentencia 000101/2017

Proc. origen: Juicio verbal (Desahucio precario - 250.1.2) Nº proc. origen: 0000490/2015-00

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 6 de Puerto del Rosario

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelado Antonieta Natalia Martel Martel Maria Desiree Galvan Suarez

Apelante Luis Andrés Paulino Alamo Martell Víctor Manuel Mesa Cabrera

**SENTENCIA**

Rollo nº: 412/2016

Asunto: Juicio Verbal de desahucio en precario 490/2015

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Puerto del Rosario.

Il'tmos. Sres.-

PRESIDENTE: Don Juan José Cobo Plana.

MAGISTRADOS: Doña María Elena Corral Losada (Ponente).

Dña. Margarita Hidalgo Bilbao.

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a 6-Febrero-2017.



VISTAS por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Puerto del Rosario en los autos referenciados (Juicio Ordinario nº 490/2015) seguidos a instancia de Dña. Antonieta, parte apelada, representada en esta alzada por la Procuradora Doña Desireé Galván Suarez y asistida por la Letrada Doña Natalia Martel Martel, contra D. Luis Andrés parte apelante, representada en esta alzada por el Procurador D. Victor Manuel Mesa Cabrera y defendida por el Letrado D. Paulino Alamo Martel, siendo ponente la Sra. Magistrada Dña. María Elena Corral Losada, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Puerto del Rosario se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece:

«QUE ESTIMANDO la demanda interpuesta a instancia de D<sup>a</sup> Antonieta, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Guayarmina Nereida Ruíz Suárez, contra D. Luis Andrés, DEBO:

DECLARAR haber lugar al desahucio del demandado de la vivienda sita en la AVENIDA000 NUM000, Puertito de la Cruz, Punta de Jandía.

CONDENAR al demandado a estar y pasar por esta declaración, y a dejar libre y expedita la finca a disposición de la comunidad hereditaria a la que pertenece, bajo apercibimiento de lanzamiento, en caso de no hacerlo en el término legal; con imposición de costas a la parte demandada. »

SEGUNDO.- La referida sentencia, de fecha 14 de Enero de 2016, se recurrió en apelación por la parte demandada, interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitado en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló día y hora para discusión, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar resolución, dada la acumulación de asuntos pendientes en esta Sección, a cargo de la Magistrada Ponente.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la parte demandada contra la sentencia que estimó la acción de desahucio en precario de la finca propiedad del demandante alegando en resumen: falta de legitimación activa de Dña. Antonieta en cuanto alega actuar en calidad de tutora de su madre Dña. Remedios y en beneficio de la comunidad hereditaria de los bienes quedados al fallecimiento de D. Genaro, alegando que la tutora no había obtenido la autorización judicial exigida por la ley para "evitar con ello un libre albedrío del tutor que pueda llevar a su tutelado a una situación de ruina económica y todo ello bajo la supervisión del/a Juzgador/a o del Ministerio Fiscal", invocando el artículo 271,6 del Código Civil que exige la autorización judicial para formular la demanda rectora de juicio de desahucio en precario entre coherederos, salvo en casos de urgencia o de escasa cuantía (entendiendo la parte demandada que la demanda no es de escasa cuantía ni se han alegado razones de urgencia y que por ello debió solicitarse autorización judicial para interponer la demanda). Entiende en consecuencia que no actuó la demandante en representación de su madre.

Entiende además que la demandante no actúa en beneficio de la comunidad hereditaria de los bienes quedados al fallecimiento de D. Genaro porque en el otorgamiento de apoderamiento apud acta no se hace constar tal expresión ni manifestación. Entiende además que la demandante debió haber acreditado que la mayoría de los hermanos se oponen a la ocupación del inmueble por el demandado (teniendo como tenía el fallecido causante 11 hijos), en cuanto sólo tres de los hermanos comparecieron en el juicio para declarar que se oponían a que el demandado continuara en la posesión del inmueble, sin que se deba olvidar que la madre de las partes litigantes, o la incapacitada Dña. Remedios tiene el pleno dominio de una mitad indivisa más su cuota viudal usufructuaria del bien inmueble.

SEGUNDO.- En relación con la pretendida necesidad de autorización judicial para la formulación de demanda por la tutora en representación del incapaz, con infracción de lo dispuesto en el art. 271,6 del CC entiende la Sala que dicha autorización judicial no es necesaria cuando de formulación de demanda de desahucio en precario entre coherederos o comuneros se trata (mucho menos cuando junto a la incapaz se demanda por la tutora también en nombre y representación propio, en cuanto como veremos basta que cualquier



coheredero o comunero interese el cese de la situación de precario o cesión u ocupación gratuita y sin precio del inmueble para que proceda la estimación del precario por causar manifiesto perjuicio la ocupación del bien común por uno solo de los coherederos). Se trata de una demanda formulada en claro beneficio del incapaz (propietaria además aquí del 50% de la vivienda y del usufructo viudal sobre el otro 50%, como reconoce el propio demandado) y que puede generar beneficios indudables para la tutelada en el caso de que se ceda a terceros por precio en contrato de arrendamiento la vivienda cuya posesión se pretende recuperar, permitiendo que obtenga el necesario beneficio del rédito de sus bienes (en cuanto precisamente por estar incapacitada difícilmente tendrá ingresos por trabajo). El solo hecho de que se trate de cesar una situación de ocupación no consentida y gratuita de un inmueble ya justifica las razones de urgencia que han de considerarse para admitir a trámite la demanda sin necesidad de autorización judicial en cuanto el tiempo que la tramitación de la autorización judicial puede precisa mantendrá esa posesión injustificada mucho más tiempo, dada la lentitud inveterada de la Administración de Justicia.

Otra cosa será la responsabilidad en que pueda incurrir la tutora respecto a los perjuicios que puedan causarse al patrimonio de la incapaz por el ejercicio de esa acción sin autorización judicial cuando se aprecie negligencia en su ejercicio -que sólo podrá alegar la incapaz o sus herederos, no el demandado en este juicio-, perjuicios que por otra parte en el presente proceso sólo podrían haber llegado a alcanzar al importe de las costas que pudieran imponerse a la incapaz en caso de pérdida del proceso, por lo que lo relevante en este proceso a los efectos de valorar la "escasa cuantía" no es tanto la cuantía de la demanda como el valor a que pudieran ascender las costas que se pudieran imponer a la demandante incapaz en caso de desestimación de la demanda, que no se consideran por la Sala de elevada cuantía y mucho menos en proporción al beneficio que se podría obtener por el tutelado por la recuperación de la posesión y la incorporación futura al patrimonio del mismo de los frutos civiles que pueda producir. Y sin que para la Sala pueda identificarse "escasa cuantía" con los procesos para los que no se requiere la intervención de abogado y procurador, ya que dicho concepto jurídico indeterminado habrá de apreciarse en relación con las concretas circunstancias concurrentes en cada caso concreto y no con normas procesales abstractas de carácter general.

En parecido sentido lo entendió la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 10 de octubre de 2016 dictada en un juicio de la misma naturaleza y con similares partes litigantes:

"Recurso cuya desestimación procede al encontrarnos ante la excepción referida del carácter urgente en la interposición de la demanda en ejercicio de una acción de desahucio por precario que encaja perfectamente dentro de los asuntos previstos en el artículo 271.6 del Código Civil, toda vez que si la razón de ser de la limitación legal de la facultad de disposición del tutor no es otra que la de evitar actos que puedan poner en peligro la estabilidad patrimonial del tutelado o que deban calificarse como de administración extraordinaria y por tanto fuera de las facultades de administración que el artículo 270 del Código Civil reconoce al tutor; en el presente supuesto, lo que está tratando el tutor con el desalojo interesado de quienes carecen de título que legitime el uso y disfrute de la vivienda, como acto de mera administración, es evitar y suprimir gastos inútiles que no redundan en provecho de sus padres y sí perjudican, gravan y deterioran su patrimonio diariamente, así como obtener un mayor beneficio o rendimiento en la venta del inmueble, ya autorizada, con el que poder hacer frente a los alimentos de los tutelados. Quedando avalada la necesidad de la prontitud de la postulación procesal resolutoria en buena administración del patrimonio de los tutelados."

Pero es que además ha de tomarse en consideración que la norma invocada por la parte demandada es una norma que en modo alguno pretende proteger sus intereses sino los de la tutelada, en cuanto no pueda ser perjudicada por una sentencia dictada en una demanda interpuesta por su tutora sin tal autorización (e indudablemente si siendo exigible la autorización lo fuera, ello podría dar, según las circunstancias que concurren, lugar a la responsabilidad de la tutora).

Ello comporta a entender de la Sala que si por la razón que fuere se admitió a trámite la demanda interpuesta en representación de la tutelada sin exigir la previa autorización judicial, y tramitado el procedimiento (incluso aunque se hubiere invocado como en este caso por la parte demandada la falta de autorización judicial) la sentencia que procediere dictar en cuanto al fondo del asunto fuera plenamente favorable a los intereses de la tutelada, como sucedió en el presente supuesto, entender exigible esa autorización -que por el contenido de la sentencia ya carece por completo de sentido- en el momento del dictado de la sentencia perjudicaría manifiestamente los intereses del tutelado en lugar de evitarle perjuicios (en el presente supuesto se estima la demanda y se imponen las costas a la parte demandada), por lo que resultaría claramente contrario a la norma invocada y a su espíritu y finalidad el proceder a desestimar la demanda por esa razón procesal (prevista por la ley para proteger el interés del incapaz, no del demandado en precario que posee sin precio el inmueble) cuando al resolver sobre el fondo manifiestamente, como se expone, no se causaría perjuicio alguno a la incapaz sino por el contrario beneficio. En ese supuesto, desestimar la demanda sólo por la falta de autorización judicial previa es lo que causaría un gravísimo perjuicio al incapaz (aunque no fuere más que el tiempo de



demora en la recuperación de la posesión, que se incrementaría doblemente: por la necesidad de tramitar el expediente de autorización judicial y por la necesidad de volver a tramitar íntegramente el procedimiento de desahucio en precario, que produciría un manifiesto enriquecimiento injusto del ocupante sin título con correlativo empobrecimiento de, precisamente, la tutelada).

Todo ello obliga a la completa desestimación de la excepción procesal alegada, cuyo fundamento y razón de aplicación no se aprecia concurra en el presente supuesto.

TERCERO.- También debe desestimarse la alegación hecha por el demandado sobre que la demandante deba probar que la mayoría de sus hermanos (o de los partícipes en el bien) se encuentran conformes con la ocupación sin precio que del inmueble viene haciendo el demandado. En nuestra sentencia dictada en el rollo de apelación 461/2015 dictada el 3 de mayo de 2016 se da cumplida respuesta a la argumentación hecha en el presente recurso, por lo que su transcripción basta para motivar dicha desestimación. Decíamos en aquella sentencia que:

" La viabilidad del desahucio por precario entre coherederos, sobre un bien que forma parte de la herencia sin dividir, ha sido confirmada por la Jurisprudencia.

"[E]stando 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. Es decir, la jurisprudencia, que reitera la presente sentencia admite la viabilidad de la acción de precario entre coherederos, frente al coheredero y en favor de la comunidad hereditaria, que disfruta exclusivamente por concesión graciosa del causante [...] 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.", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 2014, Sentencia: 74/2014, Recurso: 39/2012.

"[S]i bien la recurrente plantea una suerte de oposición a la doctrina de la Sala sobre la legitimación activa de los comuneros para plantear una acción de desahucio por precario contra otro de ellos por entender que estarían actuando en su propio nombre y no en el de la comunidad, sin embargo dicha oposición no se aprecia en el presente caso en el que la Audiencia Provincial resuelve de acuerdo con la doctrina de esta Sala . según la cual « [e]l art. 394 CC dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho. En consonancia con ello, esta Sala ha admitido la facultad legal de cada coheredero de servirse de las cosas comunes ., pero ha precisado que la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce o uso de los demás, es ilegítima.", Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 30 de septiembre de 2015, Recurso: 934/2014.

También es cierto que el Alto Tribunal ha matizado que "la jurisprudencia invocada . solo alcanza a declarar la viabilidad del desahucio por precario instado por los coherederos mayoritarios frente al minoritario, cuando la herencia permanece indivisa, declarando que en el período de indivisión que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, y en este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria y, en el caso que nos ocupa, ni consta que los demandantes actuaran en beneficio de la comunidad hereditaria ni que la decisión de hacerlo alcanzase a la mayoría de la titularidad del bien", Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 15 de julio de 2015, Recurso: 1245/2014.

En ese matiz se apoya la alegación primera del recurso, cuando sostiene que la falta de prueba de la existencia de oposición del resto de los herederos y la idéntica cuota del actor y las demandadas sitúa el supuesto enjuiciado fuera del precario que se insta. Es decir, pretende imponer a la parte actora la carga de demostrar que existe una voluntad mayoritaria de los partícipes de la herencia para que cese la posesión exclusiva de un coheredero. Igualmente alega que alguno de los coherederos está conforme con que siga la posesión exclusiva de las apelantes, debido a sus dificultades económicas.

Entendemos que debe reiterarse la doctrina establecida por el Tribunal Supremo: "En el período de indivisión que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, y en este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria ( SSTs de 25 de junio de 1995). La partición tiene carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para



obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados ( STS de 4 de mayo de 2005 )", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 16 de Septiembre del 2010, Recurso: 972/2006.

En el estado de indivisión de la herencia, ningún coheredero puede reclamar para sí la posesión exclusiva de un bien hereditario. Por esa razón, el copropietario que insta el precario lo debe hacer en nombre de la Comunidad, en tanto que lo que está pidiendo no es la posesión exclusiva del inmueble para el demandante, sino su uso por todos los copropietarios. Para esto no necesita del acuerdo de la mayoría de los partícipes, porque establece el

Artículo 394. Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho.

Por esa misma razón, los demandados no pueden alegar la existencia de un acuerdo mayoritario de coherederos que autorice a uno de ellos el uso exclusivo de un bien de la herencia, con exclusión de otro coheredero. En primer lugar, porque es una afirmación de los apelantes carente de prueba.

Tampoco puede el precarista exigir la existencia de un acuerdo mayoritario de los coherederos en orden al cese de su posesión exclusiva, puesto que cualquier coheredero puede reclamar para la comunidad hereditaria la posesión del inmueble.

Hay que rechazar, en conclusión, que la sentencia vulnere las normas de distribución de la carga de la prueba. "La carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, el tribunal atribuye los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9-5-2013, nº 241/2013, rec. 485/2012."

Basta pues que sólo uno de los coherederos o condueños (incluso sólo la demandante tutora, de haber interpuesto sólo en su nombre la demanda) formule la demanda de desahucio en precario para que proceda su estimación, incluso aunque estuvieren conformes en la ocupación sin precio de la vivienda por uno de ellos todos los demás comuneros. E incluso de haberse aceptado la tesis del demandado (que no se acepta), indudablemente bastaría el ejercicio de la acción sólo por uno de los condueños probando la ocupación sin título ni precio, siendo carga de la prueba del demandado, no del actor, acreditar que concurriría el acuerdo mayoritario de efectuar una cesión del uso a favor del demandado ( -y una cesión no gratuita, ya que de serlo causaría perjuicio a los partícipes que no consientan-, con la mayoría real exigida por la ley, que en este caso en modo alguno concurriría puesto que precisaría el consentimiento de la tutora de la incapaz, precisamente la aquí demandante).

Todo ello obliga a la total desestimación del recurso de apelación.

TERCERO.- La desestimación del recurso de apelación comporta la imposición de las costas de la alzada a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 398 en relación con el art. 394 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

## FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Luis Andrés contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Puerto del Rosario con fecha 14 de enero de 2016, en autos de juicio verbal de desahucio en precario nº 490/2015, que confirmamos, con imposición al recurrente de las costas causadas en la alzada.

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, siendo Ponente la Ilma. Sra. Dña. María Elena Corral Losada, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.