



Roj: **STSJ GAL 2895/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:2895**

Id Cendoj: **15030310012018100020**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2018**

Nº de Recurso: **33/2017**

Nº de Resolución: **8/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación autonómico**

Ponente: **FERNANDO ALAÑÓN OLMEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00008/2018

T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA.-

s E N T E N C I a

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Juan Luis Pía Iglesias

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Pablo A. Sande García

Don Fernando Alañón Olmedo.

A Coruña, nueve de mayo de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados expresados en el encabezamiento, vio el recurso de Casación número 33/2017 interpuesto, en nombre y representación de don Pedro Miguel , representado por el procurador don Antonio Pardo Fabeiro, con la dirección letrada de don José Luis Fernández Pedreira, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, el 26 de julio de 2017, en el rollo número 368/17 , conociendo en segunda instancia de los autos de Juicio Verbal número 482/2016, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lalín, sobre desahucio por precario, siendo recurridos don Jose Enrique , don Abel y doña Adriana , los que no comparecieron ante esta Sala.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Alañón Olmedo.

Antecedentes de hecho

Primero .- Don Jose Enrique , don Abel y doña Adriana , aquí recurridos, interpusieron demanda de juicio verbal, con fecha de registro de 18/11/2016, ante el Juzgado Decano de Lalín, sobre desahucio por precario contra don Pedro Miguel , en la que, tras las alegaciones fácticas y de derecho correspondientes, terminó suplicando que se dicte sentencia "por la que estimando íntegramente la demanda: 1º) Se DECLARE que DON Pedro Miguel ocupa la finca rústica señalada con el número NUM000 de parcela en el plano de concentración parcelaria de la Zona de Negreiros- Margarid, sito el polígono NUM001 del Catastro de Rústica del municipio de Silleda (Pontevedra), y también la nave destinada a explotación avícola de cría de pollos que alberga, sita en el lugar de Gamil, número NUM002 , parroquia de Margarid (Silleda-Pontevedra) a las que se refiere el



Hecho Segundo de esta demanda sin título suficiente para ello y sin pagar ningún tipo de contraprestación, renta o merced y, por tanto, en precario.-2º) Se DECLARE haber lugar al desahucio de DON Pedro Miguel de dicha finca rústica y nave avícola referidas, cuya propiedad corresponde a la comunidad hereditaria indivisa e integrada por los bienes dejados a la muerte de Don Luis .-3º) Se CONDENE a la parte demandada a estar y pasar por tales declaraciones entregando la posesión, uso y disfrute de los referidos bienes inmuebles a la comunidad hereditaria, dejándolos libres y expeditos, a disposición de la actora en el plazo que marca la Ley, previniéndole de que, si así no lo hace, podrá ser lanzado por la fuerza y a su costa.-

4º) Y que además se CONDENE al demandado al pago de las costas causadas."

Admitida a trámite la demanda por Decreto de 30/12/16, acordando dar traslado de la misma a la parte demandada, señalándose para la celebración de la vista el próximo día 13/02/2017, la que tuvo lugar y en la que la parte actora se ratificó en la demanda y el demandado en su oposición. Tras la práctica de la prueba propuesta, quedaron los autos vistos para sentencia. La cual fue dictada el 13 de febrero de 2017 y cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "FALLO:Que desestimando la demanda interpuesta a instancia del Procurador Sr Luis Lalín, en nombre y representación de Jose Enrique , Abel y Adriana , defendido por el Letrado Sra. Vales Fernández, contra Pedro Miguel , representado por la procuradora Sr Nistal Riádigos y asistido del letrado Sr Fernández Pedreira debo declarar y declaro no haber lugar al desahucio por precario interesado.-Sin expresa imposición de costas."

Tercero.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. El 26 de julio de 2017 la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia con el siguiente fallo: "Acogiendo el Recurso de Apelación deducido por la representación de D. Jose Enrique , D. Abel y Dª Adriana , contra la sentencia de fecha 13 de Febrero de 2017, dada en el J. Verbal de Desahucio en Precario N° 482/16, seguido ante el J. de 1ª Instancia N°1 de Lalín (ROLLO N° 368/17) debemos revocar y revocamos la misma y, en consecuencia, dando lugar a la Estimación de la demanda por aquéllos deducida frente a D. Pedro Miguel :-

1º Declaramos que D. Pedro Miguel ocupa la finca rústica señalada con el número NUM000 de parcela en el plano de concentración parcelaria de la Zona de Negrelos- Margarid, sito en el polígono NUM001 del Catastro de Rústica del municipio de Silleda (Pontevedra), y también la nave destinada a explotación avícola de cría de pollos que alberga, sita en el lugar de Gamil, número NUM002 , parroquia de Margarid (Silleda-Pontevedra) a las que se refiere el Hecho Segundo de esta demanda sin título suficiente para ello y sin pagar ningún tipo de contraprestación, renta o merced y, por tanto, en Precario.-2º Se declara haber lugar al desahucio de D. Pedro Miguel de dicha finca rústica y nave avícola referidas.-3º Condenamos a la parte demandada a estar y pasar por tales declaraciones, entregando la posesión, uso y disfrute de los referidos bienes inmuebles a la comunidad hereditaria, dejándolos libres y expeditos, a disposición de la actora en el plazo que marca la Ley, previniéndole de que, si así no lo hace, podrá ser lanzado por la fuerza y a su costa.-Condenamos al demandado al pago de las costas causadas."

Cuarto .- Don Pedro Miguel interpuso con fecha 3 de octubre de 2017 recurso de casación para ante esta Sala, que seguidamente se analizará, el cual fue admitido a trámite por auto de 14 de diciembre de 2017, no compareciendo la parte recurrida. Por providencia de 9 de enero de 2018 se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 31 de enero 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero .- Señalan los demandantes en el antecedente primero de la demanda que su actuación lo es en beneficio de la comunidad hereditaria causada por el fallecimiento del padre de todos ellos, D. Luis , con alusión a su condición de coherederos llamados a repartirse los bienes que integran aquella; asimismo refieren que su situación es mayoritaria, tres hermanos, frente al demandado, D. Pedro Miguel , y otra hermana que no integra la parte subjetiva de la litis.

D. Luis , que falleció el 11 de septiembre de 2012, había otorgado **testamento** el 20 de septiembre de 2011. En este **testamento** instituía herederos a D. Pedro Miguel y a Dª. Frida , sin hacer especial distribución de bienes entre los mismos. Señala la demanda que el testador lega a los restantes hijos, los demandantes, su legítima. El tenor literal de la cláusula testamentaria en que se dispone tal extremo reza así: "*Lega a sus hijos Abel , Adriana y Jose Enrique , la legítima estricta, ordenando que dichas legítimas le puedan ser abonadas en metálico, aunque no lo haya en la herencia* ."

Que entre los bienes dejados por el testador se encuentra el inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad de Lalín, al Tomo NUM003 . Libro NUM004 , Folio NUM005 , Finca NUM006 que se halla en la parroquia de Magarid, municipio de Silleda. En dicha finca se encuentra construida una nave. Sostienen los demandantes que la referida nave pasa a formar parte del caudal relicto del causante de tal modo que "[...] ha de ser objeto del



correspondiente reparto y adjudicación que en la partición se estime procedente (sic)" añadiendo que mientras esa partición no tenga lugar, todos los hijos del causante pueden poseer, disfrutar o disponer del caudal. Sobre esa base y en consideración a que el demandado posee el referido inmueble ya desde el año 2011 sin título alguno que lo justifique, en precario, sin mediar ninguna renta o contraprestación por ello, es por lo que se ejercita la acción de desahucio.

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado nº 1 de esa clase de Lalín, desestima la demanda razonando que la participación en el haber hereditario de los demandantes se constriñe a un 15% de su valor; que el demandado ostenta un 42,5 % y que la hermana de todos ellos, Frida , ostenta una participación igual del 42,5%. Sobre esa base considera que, en atención a su condición de comunero, el demandado sí ostenta un título para poseer el bien litigioso; además, su participación en la herencia es notoriamente superior a la que ostentan los demandantes. Debe añadirse que la coheredera D^a. Frida manifiesta su conformidad con el uso que está haciendo su hermano del inmueble litigioso de tal modo, así se entiende, que hay una mayoría de los integrantes de la herencia que están a favor de la posesión cuestionada.

La resolución anterior fue revocada por la dictada por la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 26 de julio de 2017 . Esta resolución pasa por considerar que los actores se encuentran legitimados para el ejercicio de la acción deducida habida cuenta que su posición de coherederos es asimilable a la que ostenta un legatario de parte alícuota, legitimado éste para el ejercicio de las acciones correspondientes en defensa del patrimonio hereditario. Razona la sentencia que no puede sostenerse que el demandado ostente la mayoría en la comunidad hereditaria y que la atribución de la posesión del inmueble a su favor es cuestión que merece ser calificada como abusiva y perjudicial para la masa hereditaria.

Segundo .- Como primer motivo de un muy bien construido recurso de casación, perfectamente acomodado a la normativa aplicable, común y especial, se denuncia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de enjuiciamiento civil , sobre la base de lo consignado en el ordinal segundo del artículo 477.2, en relación con lo preceptuado en el artículo 2.2 de la Ley 5/2005, de 25 de abril , reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia, la infracción del contenido del artículo 249.1 de la Ley 2/2006 , de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

En el desarrollo del motivo se explicita que la argumentación contenida en la sentencia impugnada no se ajusta a lo preceptuado en la vigente Ley de derecho civil de Galicia pues se apoya en el derecho común y normativa previa vigente desde la Ley del Parlamento de Galicia 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia. El régimen legal asumido por la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra configura la legítima, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 806 y siguientes del Código Civil como una porción de bienes de la herencia -pars bonorum-. Sin embargo, el régimen vigente de la Ley gallega dispone que la posición del legitimario se limita a la de un mero acreedor de la herencia, carente de acción real. La consecuencia es la falta de legitimación del legitimario para el ejercicio de una acción real, como es la deducida en la litis, pues solo tiene derecho a una "pars valoris bonorum", a ejercitar acción personal en demanda de la satisfacción de su crédito frente al heredero.

TERCERO .- La primera cuestión a dilucidar para la resolución de las materias que son objeto de debate es la determinación del régimen legal aplicable. Hemos de partir de la base, tal y como se desprende de la certificación de Registro Civil (folio 43) y de la copia del **testamento** (folios 44 y 45) incorporadas a la litis, que D. Luis había nacido en Silleda y que vivía en Silleda igualmente, Lugar de Lama, parroquia de Rellas. De los datos anteriores cabe inferir su vecindad civil gallega, con aplicación del régimen jurídico que tal situación determina, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley de derecho civil de Galicia de 2006 , en relación con el artículo 3 del mismo cuerpo legal , y todo ello en conexión con lo señalado en el artículo 9.8 del Código Civil . Es por consiguiente la ley civil gallega la que rige la **sucesión** de D. Luis y, en concreto, aquella cuya génesis data del año 2006, vigente en la actualidad, habida cuenta de que el **testamento** se otorgó ya en el año 2011 y su fallecimiento tuvo lugar un año después, tal y como se ha indicado en fundamento precedente.

La consecuencia de la declaración anterior, en lo que ahora interesa, es que el sistema de legítimas que ha de regir en la ordenación de la **sucesión** de D. Luis será el contenido en los artículos 238 y siguientes de la Ley de derecho civil de Galicia de 2006 y no el contenido en los artículos 806 y siguientes del Código Civil , por la previsión expresa que se contiene en el ya citado artículo 9.8 de ese cuerpo legal.

CUARTO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 806 del Código Civil la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos. Se configura la legítima como una cuota del haber hereditario a la que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge del causante y que puede ser recibida tanto en vida de éste como una vez se haya producido la apertura de la **sucesión** por causa de su muerte. Es una limitación de la libertad de testar de forma que el testador no puede libremente disponer de la totalidad



de sus bienes en beneficio de quien tenga por conveniente; sin embargo debe atenderse al hecho de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 815 del Código Civil , esa atribución de bienes, como se anticipó, puede venir configurada en **testamento** o tener eficacia en momento anterior a la apertura de la **sucesión**, de ahí que el precepto citado legitime al legitimario para el ejercicio de la acción de complemento de legítima habida cuenta de que la atribución de ésta puede tener lugar por cualquier título. De esa afirmación se desprende otra consecuencia de gran relevancia y es que el legitimario no tiene necesariamente que percibir aquello a que tiende derecho desde su condición de heredero, no es preciso que sea instituido heredero para que surja su condición de legitimario de ahí que quepa afirmar que heredero y legitimario no son términos equivalentes y que, por consiguiente, se pueda tener la condición de legitimario sin ostentar la de heredero. En ese sentido cabe incluso, en derecho común, tal y como previene el artículo 1056 del Código Civil , que la parte correspondiente a algunos legitimarios le sea satisfecha por los herederos en metálico, al margen de cualquier atribución de bienes de la herencia (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010).

Desde un punto de vista doctrinal han sido varias las teorías que se han pronunciado sobre la naturaleza jurídica de la legítima: así se ha considerado como *pars hereditatis* , de modo que la legítima es una parte alícuota del caudal relicto a la que tiene derecho el legitimario desde su condición de heredero; *pars bonorum* , conforme a la cual se considera una parte o cuota del activo líquido o neto la herencia, con posibilidad de ser recibida por el legitimario a título de herencia o de legado o como donatario circunstancia que determina que el legitimario es cotitular de los bienes hereditarios, integra la comunidad hereditaria; *pars valoris* , que configura al legitimario como titular de un derecho de crédito, posición que se mantiene en el BGB, sistema sucesorio catalán (artículo 451.1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña , relativo a las **sucesiones**) y sistema del derecho civil de Galicia, como ahora anticipamos; finalmente la configuración de la legítima como *pars valoris bonorum* , por cuya virtud la legítima confiere al legitimario la titularidad de un valor económico sobre los bienes de la herencia, como derecho real de realización de valor. El Tribunal Supremo ha rechazado que la legítima del Código civil sea una *pars valoris bonorum* o una *pars valoris* y así, en sentencia de 8 de marzo de 1989 dice que la legítima es *pars hereditatis* o *pars bonorum*, pero no *pars valoris*, de manera que el legitimario es cotitular de todos los bienes hereditarios mientras no se practique la partición de la herencia. Según la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1997 , " *por tener dicha institución (la legítima) la consideración de "pars hereditatis" y no de "pars valoris", es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales - arts. 829 , 838 , 840 y párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil* ".

Desde la posición anterior, desde la aplicación del derecho común, puede sostenerse la tesis de la sentencia impugnada. Sin embargo, no es ese el régimen que rige en las **sucesiones** sometidas a la Ley de derecho civil de Galicia de 2006 y sorprende que ni la sentencia de instancia ni la dictada en grado de apelación tuvieran la menor alusión al mismo cuando la defensa de la demandada esgrimió esa argumentación tanto en la contestación a la demanda como en la oposición al recurso de apelación. Sus argumentos fueron completamente preteridos sin que se ofrecieran las razones para ello en ambos casos.

QUINTO .- Regula la Ley de derecho civil de Galicia de 2006 en el capítulo V del Título X las legítimas (artículos 238 a 269). El artículo 240 determina la posibilidad de que el legitimario reciba lo que le corresponda por cualquier título; el artículo 245 fija la facultad de que esa atribución haya tenido lugar por donación; el artículo 244 admite igualmente el evento de que mediante la apartación se haya procedido a la entrega del valor en que la legítima consiste pues tal valor ha de ser ponderado a la hora de fijación del caudal del causante para el cálculo de las legítimas. El artículo 246 permite a los herederos satisfacer a los legitimarios su derecho bien en metálico bien en bienes de la propia herencia. El artículo 249 rechaza expresamente que el legitimario tenga acción real, atribuyéndole exclusivamente la condición de acreedor. Esta posición presenta la peculiaridad de que como tal acreedor, a diferencia de un acreedor ordinario, está legitimado para ejercitar una acción mediante la cual se proceda a la formalización de inventario y avalúo de los bienes hereditarios a los efectos de determinar exactamente la cuantía de su derecho, tal y como previene el artículo 249.2.

Con arreglo a los preceptos anteriores, es incuestionable que el legitimario, desde esa mera condición, no tiene en modo alguno la condición de heredero (sobre la distinción conceptual de heredero y legitimario ya se pronunció la Sala, siquiera tangencialmente, en la sentencia de 24 de abril de 2012), no es cotitular de los bienes hereditarios, no forma parte de la comunidad hereditario y simplemente ostenta un derecho a percibir un valor que podrá ser materializado en bienes de la herencia o en metálico. Carece de cualquier titularidad dominical sobre los bienes hereditarios y, por consiguiente, no dispone de legitimación para el ejercicio de acciones de contenido real sobre los bienes de la herencia. Adviértase que la posibilidad de que la legítima sea satisfecha en metálico es cuestión que queda a criterio de los herederos y que en ningún momento se exige por la norma que tal determinación sea causalizada pues queda a su mera conveniencia o interés, reforzando de



esa manera la perspectiva de que el legitimario ostenta la condición de mero titular de una acción de carácter personal.

La acción de desahucio por precario tiene naturaleza real, no personal, Están legitimados para su ejercicio todos aquellos que ostenten sobre la cosa un derecho de contenido real, incluso puede admitirse los que tengan un derecho de uso y disfrute de la cosa, pero siempre y en todo caso una especial relación con la cosa objeto del desahucio, un vínculo jurídico determinante de legitimación para la recuperación posesoria. No puede obviarse que con la acción de desahucio se ejercita, en cierto modo, la reivindicación de la cosa frente a quien la posee sin título para ello, acción por consiguiente de naturaleza real cuya titularidad la ostenta quien es titular de un derecho de esa clase. Cabe preguntarse, en consecuencia, si los demandantes ostentan algún derecho sobre la finca cuya detentación por el demandado cuestionan. La respuesta es negativa, no ostentan absolutamente ningún derecho sobre la misma. No forman parte de la comunidad hereditaria de D. Luis de tal modo que son terceros ajenos a los bienes que integran ésta y por ello carecen de legitimación para el ejercicio de acciones que tengan por objeto aquellos, como la que ahora se ha planteado. Son, simplemente, acreedores del heredero en cuanto titulares de un crédito por el valor equivalente a su derecho legitimario.

La sentencia impugnada, en cuanto otorga legitimación a los legitimarios para el ejercicio de una acción real de desahucio por precario, quebranta el artículo 249.1 de la Ley de derecho civil de Galicia de 2006 por lo que debe ser casada y en su virtud es procedente la desestimación de la demanda por carecer de legitimación los actores para el ejercicio de la acción deducida.

SEXTO . - El segundo motivo del recurso de casación carece de virtualidad no solo por la estimación del primero de ellos, que hace innecesario entrar en el análisis del segundo, sino fundamentalmente porque el propio recurrente lo supedita a la desestimación del primero para el supuesto de que no se considerara aplicable la Ley de derecho civil de Galicia de 2006, lo que no ha sido el caso. Por otro lado, se apoya en la aplicación del derecho común, situación expresamente rechazada en la sentencia de tal modo que deviene incoherente e innecesario entrar en su análisis.

SÉPTIMO . - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de enjuiciamiento civil , en relación con el artículo 398 del mismo cuerpo legal , no ha lugar a la imposición de las costas del recurso de casación habida cuenta de su estimación; motivo el anterior que impide imponer las costas de la segunda instancia a ninguna de las partes litigantes. Las costas de la instancia, por haber sido desestimada la demanda al apreciar la falta de legitimación de los actores, se imponen a esa parte.

Procede la devolución del depósito constituido para formular el recurso de casación de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, de la Ley orgánica del Poder Judicial .

En atención a lo expuesto y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

- Estimar el recurso de casación formulado por la representación de don Pedro Miguel contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra con fecha de 26 de julio de 2017, en Rollo de Apelación nº 368/17 , dimanante de autos de Juicio Verbal nº 482/2016 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lalín.

- Casar la sentencia recurrida.

- Desestimar la demanda interpuesta por don Jose Enrique , don Abel y doña Adriana contra el hoy recurrente don Pedro Miguel , absolviéndole de cuantas pretensiones se han dirigido contra él en el presente procedimiento y todo ello sin imponer el pago de las costas procesales del recurso de apelación y del recurso de casación a ninguno de los litigantes y con expresa imposición de las causadas en la instancia a la parte demandante. Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes en legal forma y hágaseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno. Remítase testimonio de la presente con el rollo y los autos correspondientes a la Audiencia de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se formulará testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.