



Roj: **SAP TF 364/2019 - ECLI: ES:APTF:2019:364**

Id Cendoj: **38038370032019100084**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **3**

Fecha: **27/02/2019**

Nº de Recurso: **192/2018**

Nº de Resolución: **84/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MONICA GARCIA DE YZAGUIRRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 94 07

Fax.: 922 34 94 06

Email: s03audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000192/2018

NIG: 3802641120140000906

Resolución: Sentencia 000084/2019

Proc. origen: Juicio verbal (Desahucio precario - 250.1.2) Nº proc. origen: 0000122/2014-00

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 3 de La Orotava

Apelado: Carlos Daniel ; Procurador: Maria De Los Angeles Martin Felipe

Apelante: Jesús María ; Procurador: Maria Isabel Navarro Gomez

Apelante: Jesús Carlos ; Procurador: Maria Isabel Navarro Gomez

Apelante: Clemencia ; Procurador: Maria Isabel Navarro Gomez

**SENTENCIA**

Illtmas. Sras.

Presidente:

D<sup>a</sup>. Macarena González Delgado

Magistradas:

D<sup>a</sup>. María del Carmen Padilla Márquez

D<sup>a</sup> Mónica García de Yzaguirre (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a veintisiete de febrero de 2019.

VISTO, ante AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN TERCERA, el recurso de apelación admitido a la parte demandante, en los reseñados autos de Juicio Verbal 122/2014, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de La Orotava, de fecha 5 de octubre de 2017 , seguido el recurso a



instancia de D. Jesús María , D. Jesús Carlos y Dña. Clemencia , representados por la Procuradora Dña. María Isabel Navarro Gómez y dirigidos por el Letrado D. José Luis Navarro Díaz, contra Dña. Carlos Daniel , representada por la Procuradora Dña. María de los Ángeles Martín Felipe y asistida del Letrado D. Javier González Cruz.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada dice: "Desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Doña María Isabel Navarro Gómez, en nombre y representación de Jesús María , Jesús Carlos y Clemencia , frente a Carlos Daniel , quedando la misma absuelta.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que esta Sentencia no es firme y que contra la misma cabe recurso de apelación en un plazo de veinte días contados desde la notificación de la presente resolución, mediante un escrito que deberá reunir los requisitos previstos legalmente, debiendo ser resuelto el mismo por la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Todo ello con expresa imposición de costas a los actores.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo."

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia prueba, se señaló para estudio votación y fallo para el día 20 de febrero de 2019.

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia la Iltra Sra. Dña. Mónica García de Yzaguirre, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la representación de la parte demandante frente a la sentencia dictada en la primera instancia que desestimó la demanda inicial por considerar, en primer lugar, que la misma infringe la legislación aplicable al caso sobre partición de herencia, legados de cosa determinada y desahucio por precario, así como la jurisprudencia de los Tribunales y doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado en esta materia, especialmente en relación a la procedencia del desahucio entre los coherederos, partición de herencia y legados de cosa determinada, alegando como infringidos los artículos 1.068 y 885 del Código Civil . Y, en segundo lugar, por entender que las pruebas han sido valoradas de forma errónea, al calificar como pruebas documentos que, a juicio de esta representación, no podían tener dicha consideración.

Como antecedentes necesario relata la parte que los actores son tres de los cuatro hijos nacidos del primer matrimonio del causante Don Balbino , matrimonio propietario de una vivienda sita en la CALLE000 NUM000 , piso NUM001 , vvda NUM002 , EDIFICIO000 , de La Orotava, y de una plaza de garaje. Fallecida la madre de los actores el 7 de noviembre de 1994, otorgan escritura de partición de herencia en la cual, la mitad de la vivienda y de la plaza de garaje, que pertenecían a la causante, se adjudica en usufructo al cónyuge supérstite, y en nuda propiedad a tres de los hijos ( Ezequias , Jesús María y Clemencia ), dos de los cuales son hoy apelantes.

Con posterioridad el viudo contrae nuevas nupcias con la hoy demandada, con quien no tuvo hijos. El 17 de octubre de 2011 fallece Don Balbino , de tal manera que se extingue el usufructo vitalicio que éste ostentaba sobre la mitad de la vivienda y de la plaza de garaje. En el testamento dejado por el causante deja a su esposa, la demandada, el usufructo vitalicio de su mitad de la vivienda, y a sus cuatro hijos (los tres actores y Ezequias que no litiga) la nuda propiedad de la misma.

Por lo tanto, respecto de la mitad de la vivienda, esta pertenece en propiedad plena y proindiviso ordinario a Jesús María , Ezequias y Clemencia ; y respecto de la otra mitad de la vivienda, que era del causante, la herencia está sin dividir, y sin entregar el legado, pero, según el testamento, corresponde la nuda propiedad a los hijos del causante, Jesús María , Ezequias , Jesús Carlos y Clemencia , y el usufructo a la demandada.

Pone de relieve la apelante que la sentencia recurrida considera que la demandada, viuda de Don Balbino , no se encuentra en situación de precario porque tiene título para la ocupación de la vivienda y dicho título es el testamento de Don Balbino , que le legaba el usufructo vitalicio de su mitad indivisa, conclusión con la que discrepa esta parte.

Cita la representación de los recurrentes la STS de 28 de febrero de 2012 , que admite el ejercicio de una acción de desahucio por precario en el caso de que un coheredero venga disfrutando en exclusiva de una finca perteneciente a una herencia indivisa sin pagar renta y sin título arrendaticio, cuanto todavía no se ha



producido la partición. Cita igualmente la STS de 8 de mayo y de 26 de febrero de 2008 , y la STS de 29 de julio de 2013 . También estima infringido el artículo 1068 del Código Civil .

En la alegación quinta del recurso, además, frente a la consideración que hace la sentencia de que la demandada no tiene la condición de heredera sino de legataria de cosa determinada y específica, y que, por tanto, tiene derecho a disfrutar desde el mismo momento en que fallece el testador, argumenta la parte apelante que si es legataria de cosa específica se infringe el artículo 885 del Código Civil que establece que el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando este se halle autorizado a darla. Al entender de esta parte se exige un acto formal de entrega del legado que no ha tenido lugar en este caso. Cita en su apoyo numerosas sentencias del Tribunal Supremo como las SSTS de 21 de abril de 2003 , de 25 de mayo de 1992 , entre otras.

En la alegación sexta habla la parte recurrente de la cuestión de que la demandada ha ocupado de forma absolutamente ilegal la vivienda objeto del pleito, disfrutando ya no solo de su usufructo vitalicio, sino también de los derechos de uso de los herederos. Habla la parte de la entrega de un legado sin conocer previamente la legítima de los herederos forzosos, y de que la entrega del legado se supedita a la previa liquidación de la herencia, con el fin de determinar si quedan bienes suficientes para aplicar a su pago.

En la alegación séptima impugna la parte apelante el valor probatorio de la documentación aportada por la parte demandada en la vista, considerando que el documento 5 que ni siquiera debió ser utilizado como prueba para fundamentar una sentencia al no poder tener esa consideración. Además todos los documentos que presenta están a nombre del causante y no de la demandada, y añade que por su parte no discute que ella viva en dicho domicilio, al contrario, precisamente se presenta la demanda de desahucio por precario porque ella vive ahí, por lo tanto lo que afirma la representación de los recurrentes que discute es derecho de la demandada a vivir ahí, pero no el hecho de que viva en el que fue domicilio familiar.

Para el caso de que los documentos se consideren como prueba, entiende que la interpretación que le da el juzgador de instancia es equivocada puesto que lo único que se demuestra es la buena fe de sus mandantes que intentaron llegar a un acuerdo con la demandada, que la demandada no paga renta ni quiere pagarla, que no se ha alcanzado un acuerdo que permita a la demandada residir en la vivienda y, por tanto, carece de título para ello, y, como consecuencia de lo anterior, que se encuentra en situación de precario.

Termina suplicando a la Sala que, con estimación del recurso de apelación se revoque la sentencia de instancia dictando otra por la que con estimación de la demanda realice la declaración interesada en el suplico inicial dando lugar al desahucio de la demandada de la vivienda y de la plaza de garaje, condenando a la misma al desalojo, y al pago de las costas judiciales.

La representación de la parte apelada se opone al recurso de apelación, interesa su desestimación y la confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos, añadiendo que su mandante ostenta título, pues tiene el usufructo vitalicio en virtud de legado específico ordenado en testamento. Reitera esta parte la mala fe de los actores y que la apelada no tiene la condición de coheredera.

SEGUNDO.- Se aceptan los hechos y fundamentos recogidos por la sentencia de instancia, compartiendo la Sala tanto la valoración de la prueba como los razonamientos jurídicos de la resolución apelada que, en consecuencia, debe confirmarse.

En particular, ninguna de las Sentencias que cita la parte del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de ejercitar en beneficio de la comunidad hereditaria la acción de desahucio por precario frente a un coheredero que ocupa en exclusiva un bien hereditario, resulta de aplicación a la presente litis, puesto que la demandada no es coheredera. A ello se añade que uno de los actores, Don Jesús Carlos , que es únicamente nudo propietario, junto con sus otros tres hermanos, de la porción que a la demandada le corresponde en usufructo, carece de cualquier legitimación para litigar frente a la demandada sobre la posesión de la vivienda, ya que no tiene título posesorio. Y Don Jesús María y Doña Clemencia , que sí tienen como copropietarios en proindiviso derecho a poseer, litigan exclusivamente por sí, y no como integrantes y en beneficio del proindiviso que recae sobre la mitad de la finca, y que ostentan junto con el hermano no litigante Don Ezequias , que no es parte en estos autos, de tal manera que representan exclusivamente dos sextos de la propiedad en pleno dominio, frente a la demandada que es legataria del usufructo de la mitad, proporción muy superior en cuanto al derecho a poseer de la que tienen los demandantes.

A ello se añade que tanto el causante, como sus hijos, como la viuda, tienen **nacionalidad** británica, como resulta de los documentos públicos aportados (poder para pleitos, escritura de partición de la herencia de la madre de los actores, testamento del causante, y el certificado de matrimonio del causante y la demandada en Dover el 13 de junio de 1996), también el matrimonio entre Don Balbino y Doña Carlos Daniel se celebra en el Reino Unido, y a ello se añade que el último testamento del causante se otorga conforme a su Ley personal,



como se establece claramente en la cláusula segunda, razón por la cual no entiende esta Sala por qué la parte recurrente hace referencia a las legítimas cuando dicha institución es propia del Código Civil español, a priori no aplicable a la sucesión de autos ( artículo 9.8 del Código Civil ).

Y así, el Código Civil, y particularmente el contenido del artículo 885 sobre la entrega del legado, deriva del principio conforme al cual en el título de legatario no se opera una sucesión plena ni tampoco se produce la adquisición de la posesión civilísima en favor de los legatarios. Para que se produzca la sucesión plena es precisa la entrega del legado y la toma de posesión del mismo. Tal afirmación es consecuencia del contenido de los artículos 440.1 y 661 del Código Civil por cuanto la posesión de los bienes hereditarios se trasmite a los herederos. La posesión civilísima, por consiguiente, no pertenece a los legatarios sino a los herederos de conformidad con el citado artículo 440.

La justificación de que el legatario no pueda tomar por sí la cosa legada tiene su origen en la naturaleza de la legítima pues pudiera llegar el heredero a verse perjudicado en su legítima sin su consentimiento; por otra parte y desde el artículo 440 ya citado es evidente que permitir que el legatario tome posesión de las cosas legadas sin contar con el consentimiento del heredero contravendría el principio conforme al cual nadie puede tomar posesión de por su propia autoridad privando de la posesión que otro ostenta, al margen del definitivo derecho a poseer; por otro lado, habida cuenta de la naturaleza de algunos legados -p. ej. un legado de cosa genérica- es evidente que se precisa la necesaria actuación del heredero. Para el caso de que el legado no se entregue al legatario, puede éste ejercitar las acciones correspondientes, así una acción personal ex testamento y por ser propietario incluso la acción reivindicatoria. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1963 dice que aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea facultado para la entrega, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado. Ahora bien, podemos encontrar excepciones a la regla general y así tendremos que no cabrá la entrega por el heredero cuando no haya legitimarios y así lo autorice el testador ( sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1987 ), cuando toda la herencia se distribuya en legados, cuando se trate de un prelegado, cuando se trate de la constitución a favor del legatario de la hipoteca testamentaria del artículo 248.2 de la RH pues en este caso el legado no es susceptible de posesión, cuando el heredero es instituido como legatario de cosa cierta y determinada, cuando le legado es en pago de legítima, cuando el legatario es usufructuario universal de la herencia, ex artículo 508 del Código Civil o cuando se está ante un legado de parte alícuota pues en este caso la condición se integra por la previa liquidación y, finalmente, cuando el legatario ya tenga la posesión de la cosa legada. En este último caso es innecesaria la entrega salvo que el legatario carezca del consentimiento del heredero pues en ese supuesto la posesión sería viciosa y nada obsta a que ese consentimiento pueda ser tácito, cuando se ha respetado y tolerado la posesión del legatario sin plantear objeción alguna durante un considerable lapso temporal.

Por lo tanto, se observa que, en primer lugar, es dudosa la aplicabilidad del Código Civil, y, en segundo lugar, que, de aplicarse nuestro ordenamiento jurídico civil en materia sucesoria, en el presente caso, la legataria ya se encontraba en posesión de la cosa en el momento del fallecimiento del causante, puesto que la vivienda en la que reside era el domicilio conyugal y familiar, en el cual han residido los cónyuges -el fallecido Don Balbino y la expresada Doña Carlos Daniel - desde que contrajeron matrimonio en 1996, y es por lo tanto el domicilio de la demandada apelada desde hace más de veinte años, lo que excluye toda actuación ilícita de la apelada respecto a la ocupación de la vivienda. No en vano consta como domicilio del otorgante Don Balbino el sito en esta vivienda, de la CALLE000 NUM000 , en la propia escritura de partición de la herencia de su primera esposa que otorgó con sus hijos Don Ezequias , Don Jesús María y Doña Clemencia , que actuaron representados por Don Silvio , en fecha posterior a su segundo matrimonio, en el año 1998.

Nuestro Código Civil ha previsto la solución de un supuesto análogo al presente, pero no idéntico, en el artículo 840 , en relación al usufructo del cónyuge viudo como heredero forzoso, cuando concurre con hijos sólo del causante, permitiendo que éste pueda exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.

Si se aplica el Derecho español al presente supuesto, desde luego no cabría a una parte de los herederos, a través del ejercicio de la acción de desahucio por precario, privar completamente del legado al cónyuge viudo, que no olvidemos es de uso y disfrute, sin articular la compensación, cuando precisamente como herederos estarían obligados en cumplimiento del testamento a dar la efectiva posesión al legatario de su legado, como carga impuesta.

En definitiva, no cabe en el caso presente el ejercicio de la acción de desahucio por precario, al no estar en el caso del artículo 250.1.2 de la LEC , puesto que la demandada tiene título, y el alcance del mismo, así como los derechos que pudieran ostentar los actores, no pueden ser debatidos en el presente procedimiento sumario, de



cognición limitada, debiendo reconducir a las partes para resolver la controversia al procedimiento ordinario que corresponda, desestimándose en su integridad el recurso presentado.

TERCERO.- Al desestimarse el recurso de apelación, procede hacer expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada por su sustanciación, conforme establece el artículo 398.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, decretándose la pérdida del depósito constituido, de acuerdo con lo que establece la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

## FALLAMOS

?

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Jesús María, D. Jesús Carlos y Dña. Clemencia, contra la sentencia de fecha 5 de octubre de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de La Orotava, en autos de Juicio Verbal 122/2014, CONFIRMAMOS la expresada resolución, condenamos a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada y decretamos la pérdida del depósito que se hubiere constituido.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán a Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Iltmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Iltma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.