

Roj: **STS 680/2013 - ECLI:ES:TS:2013:680**Id Cendoj: **28079110012013100081**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/02/2013**Nº de Recurso: **312/2010**Nº de Resolución: **106/2012**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ROMAN GARCIA VARELA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP O 3489/2009,**
STS 680/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Febrero de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados reseñados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por don Hugo , doña Clara , don Modesto y doña Hortensia , representados ante esta Sala por la procuradora de los tribunales doña Pilar Iribarren Cavalle, contra la sentencia dictada, con fecha 21 de diciembre de 2009, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias, en el rollo de apelación nº 520/2009 dimanante de autos de juicio verbal seguidos con el nº 147/2009 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo.

Ha sido parte recurrida don Sergio , representado ante esta Sala por el procurador de los tribunales don Manuel María Alvarez-Buylla Ballesteros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1º.- La procuradora doña María Victoria Azcona de Arriba, en nombre y representación de don Hugo , doña Clara , don Modesto y doña Hortensia , promovió demanda de juicio verbal de desahucio por precario, turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo, contra don Sergio y doña Santiago , en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: « [...] se dicte sentencia, por la que estimando la demanda se declare haber lugar al desahucio por precario, de los bienes inmuebles descritos en el hecho primero de la presente demanda previniéndoles de la obligación que tienen de desalojarlos en el término que marca la ley y de no verificarlo podrán ser lanzados por la fuerza y a su costa, con todas las consecuencias legales a ello inherentes, incluidos los daños y perjuicios que se causen a los actores, todo ello con expresa imposición de las costas causadas».

2º.- El acto de la vista tuvo lugar el 18 de junio de 2009. La parte demandante se afirmó y ratificó en su demanda, solicitando el recibimiento a prueba. La demandada, al amparo del artículo 443.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , formuló la excepción procesal de inadecuación del procedimiento e interesó que no se continúe el procedimiento, a lo que la demandante se opuso, acordándose la continuación del procedimiento. Recibido el juicio a prueba y, practicadas las declaradas pertinentes, con el resultado que obra en autos, se tuvo por concluido el acto y quedaron los autos sobre la mesa de S.S.^a para resolución.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo dictó sentencia, en fecha 23 de junio de 2009 , cuya parte dispositiva dice literalmente: «Que estimando la demanda formulada por el Procurador Sra. Azcona de Arriba, en nombre y representación de Hugo , Clara , Modesto , en nombre propio y en el de la comunidad hereditaria de Benjamín y Consuelo y Hortensia frente a Sergio y Santiago , declaro haber lugar al desahucio de las fincas que se relacionan en el número primero de la demanda, advirtiéndoles de la obligación de dejarlas libres



en el término que marca la ley y apercibiéndoles de que en caso de no hacerlo podrán ser lanzados por la fuerza y a su costa con las consecuencias legales inherentes entre las que están los daños y perjuicios, así como al pago de las costas».

SEGUNDO.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia, en fecha 21 de diciembre de 2009, cuyo fallo es como sigue: *«Se estima el recurso de apelación interpuesto por el demandado don Sergio y su esposa doña Santiago, frente a la sentencia dictada en autos de juicio de desahucio por precario, que con el número 147/09 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de esta Capital, cuya sentencia se revoca íntegramente. En su lugar, debemos desestimar y desestimamos la demanda presentada por los demandantes don Hugo, doña Clara, doña Hortensia y don Modesto y doña Consuelo, a los que se imponen las costas de la primera instancia. No se hace imposición en cuanto a las del presente recurso».*

TERCERO.-1º.- La representación procesal de don Hugo, doña Clara, don Modesto y doña Hortensia, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 21 de diciembre de 2009, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias, en el rollo de apelación nº 520/2009 dimanante de autos de juicio verbal seguidos con el nº 147/2009 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo.

2º.- Motivos del recurso de casación. 1º) y 2º) al amparo del artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el primero, plantea la posibilidad de que los coherederos mayoritarios puedan ejercitar con éxito una acción de desahucio por precario; el segundo, la falta de título del heredero minoritario que le permita permanecer en la posesión de un inmueble con exclusión del resto de los coherederos, cuando la herencia aún no ha sido dividida, con vulneración de los artículos 6.4, 7, 394, 397, 398, 441, 661, 1063, 1740, 1749 y 1750 del Código Civil y, a la infracción por parte de la sentencia recurrida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las SSTs de 17 de abril de 1985, 13 de febrero de 1958, 25 de noviembre de 1961, 24 de julio de 1990, 26 de mayo de 1908, 24 de junio de 1921, 21 de julio de 1986, 24 de julio de 1992, 24 de mayo de 1998, 24 de junio de 2001, 30 de octubre de 1986, 28 de junio de 1926, 13 de enero de 1995, 29 de septiembre de 1967, 30 de marzo de 1986 y 10 de diciembre de 1971, así como a la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, que se reseña en el recurso, y, terminó suplicando a la Sala: *«[...] dicte sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos: 1º) Se estime el recurso de casación interpuesto por esta parte, casando y anulando la sentencia recurrida de fecha 21 de diciembre de 2009 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo en autos de apelación nº 520/09, y, en su lugar, se dicte otra de fondo de conformidad con la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo en el juicio verbal de desahucio en precario, nº 147/09, por la que se estimen íntegramente las pretensiones deducidas en nuestro escrito de demanda. Todo ello con imposición a la parte recurrida de las costas en segunda instancia y de este recurso».*

3º.- Mediante providencia de 3 de febrero de 2010 se acordó por la Audiencia emplazar a las partes para ante este Tribunal, por término de treinta días, apareciendo notificada dicha resolución a sus procuradores.

4º.- Se han personado en el presente rollo, la procuradora doña Pilar Iribarren Cavalle, en nombre y representación de don Hugo, doña Clara, don Modesto y doña Hortensia, en calidad de recurrente y, el procurador don Manuel María Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de don Sergio, en calidad de recurrida, oponiéndose a la admisión del recurso.

5º.- La Sala dictó auto, de fecha 30 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva dice literalmente: *«1.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación de don Hugo, doña Clara, don Modesto y doña Hortensia contra la sentencia dictada, con fecha 21 de diciembre de 2009, por la Audiencia Provincial de Asturias -Sección 6ª- en el rollo de apelación nº 520/2009 dimanante de los autos de juicio verbal 147/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo. 2.- Y dése traslado de las actuaciones a la parte recurrida para que, si fuere procedente, formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días».*

6º.- Evacuando el traslado conferido, el procurador don Manuel María Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de don Sergio, formuló oposición al recurso de casación interpuesto de contrario, mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, suplicando a la Sala: *«[...] se dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso formulado de adverso, se confirme íntegramente la sentencia recurrida, con imposición a los recurrentes de las costas causadas».*

CUARTO.- No habiendo solicitado todas las partes personadas la celebración de vista pública, ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 12 de febrero de 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Roman Garcia Varela,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Los hermanos don Hugo , doña Clara , don Modesto y doña Hortensia , actuando en su nombre y en nombre de la comunidad hereditaria de sus padres, presentaron demanda contra otro de los hermanos, don Sergio y contra su esposa, doña Santiago , por la que tras poner de manifiesto que la herencia de sus progenitores no se había dividido, solicitaban se acordara el desahucio por precario del demandado en relación con varias fincas que, formando parte de la comunidad hereditaria, estaban siendo usadas en exclusividad por los demandados, sin pagar renta o merced alguna.

El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda al valorar en esencia, que los bienes sobre los que recae la acción de desahucio configuran el grueso de la herencia de los padres de los demandantes y del demandado y que éste, junto con su esposa, esta utilizando en exclusividad las fincas, lo que resulta una postura claramente abusiva y perjudicial para la comunidad hereditaria.

La audiencia provincial estimó el recurso de apelación. Consideró que el demandado no carecía de título en la posesión de las fincas, ya que, al igual que los actores, formaba parte de la comunidad hereditaria entre la que se encontraban las fincas; valoró que el remedio para poner fin al conflicto entre las partes se encontraba en la necesidad de que se instara la división judicial de la herencia y negó que los actores tuvieran legitimación «ad causam» para instar la acción de desahucio por precario ejercitada.

La parte actora ha formalizado recurso de casación, al amparo del artículo 477.2.3. ° de la Ley de Enjuiciamiento Civil contra la sentencia de segunda instancia.

SEGUNDO.- El recurso de casación se estructura en dos motivos que están íntimamente ligados; en el motivo primero se plantea la posibilidad de que los coherederos mayoritarios puedan ejercitar con éxito una acción de desahucio por precario y en el segundo, la falta de título del heredero minoritario que le permita permanecer en la posesión de un inmueble con exclusión del resto de los coherederos, cuando la herencia aún no ha sido dividida; alude en estos motivos la parte recurrente a la vulneración de los artículos 6.4 , 7 , 394 , 397 , 398 , 441 , 661 , 1063 , 1740 , 1749 y 1750 del Código Civil y a la infracción por la sentencia recurrida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación a la cuestión de si los coherederos podrán ejercitar acción de desahucio por precario frente a otro coheredero cuando la herencia está aún sin dividir; indica la parte recurrente que, mientras que la sentencia recurrida declara que resulta imposible la estimación de una pretensión de esta naturaleza, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene su viabilidad en las sentencias de 13 de febrero de 1958 , 25 de noviembre de 1961 y 24 de julio de 1990 , entre otras. Igualmente expone la existencia de una jurisprudencia contradictoria de audiencias provinciales en relación a esta misma cuestión, sin llegar a identificar, sin embargo dos sentencias de un mismo tribunal que mantengan un criterio frente a otras dos que sostengan uno diferente en torno a la cuestión objeto de debate, no obstante, al exponer el recurrente la existencia de oposición a la jurisprudencia de la sala, resulta innecesario acreditar la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de audiencias provinciales.

TERCERO.- El motivo debe ser estimado.

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 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"* .

Esta sala tiene declarado que *"Hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario"* (SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007).



En el presente caso, no aparece acreditado en las actuaciones que se hubiera verificado la partición de los bienes hereditarios, tampoco la división de bienes, ni su adjudicación».

Continúa la sentencia antes citada 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. 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).

En el caso que se examina, el demandado está usando la finca objeto del desahucio de manera excluyente, frente al resto de los coherederos; la finca forma parte de una herencia no dividida, y la demanda pretende recuperar la finca objeto de desahucio para la comunidad hereditaria, motivo por el que concurren los presupuestos fijados por esta Sala, que permiten declarar el desahucio.

CUARTO.- Como consecuencia de lo razonado, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , debe casarse la resolución recurrida, lo que conlleva una necesaria estimación de la demanda, y exige estimar la demanda instada por la parte actora, en beneficio de la comunidad hereditaria, y acordar el desahucio por precario de las fincas que están siendo usadas por los demandados y que pertenecen a la comunidad hereditaria de los fallecidos don Benjamín y su esposa doña Consuelo .

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se imponen las costas causadas en primera instancia a la parte demandada, sin hacer especial pronunciamiento respecto a las causadas en la apelación y en el recurso de casación.

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

FALLAMOS

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Hugo , doña Clara , don Modesto y doña Hortensia contra la sentencia dictada, con fecha 21 de diciembre de 2009, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias en el rollo de apelación nº 520/2009 , cuya resolución casamos, y, en su lugar, acordamos:

1º.- Estimar la demanda formalizada por don Hugo , doña Clara , don Modesto y doña Hortensia contra don Sergio y doña Santiago y acordar, en beneficio de la comunidad hereditaria, el desahucio por precario de las fincas que están siendo usadas por los demandados y que pertenecen a la comunidad hereditaria de los fallecidos don Benjamín y su esposa doña Consuelo .

2º.- Imponer a la parte demandada las costas causadas en primera instancia, sin hacer pronunciamiento en cuanto a las ocasionadas en la apelación y en este recurso de casación.

Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

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; Francisco Javier Arroyo Fiestas; Francisco Javier Orduña Moreno; Roman Garcia Varela. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman Garcia Varela, 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.