

Id Cendoj: 28079110012010100576  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 972/2006  
Nº de Resolución: 547/2010  
Procedimiento: Casación  
Ponente: ROMAN GARCIA VARELA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x DESAHUCIO x
- x PRECARIO (COMODATO) x
- x COMUNIDAD HEREDITARIA x
- x DERECHOS SOBRE LA HERENCIA INDIVISA x
- x POSESIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS x

**Resumen:**

Desahucio por precario entre coherederos. Recurso por interés casacional basado en doctrina menor contradictoria.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Septiembre de dos mil diez.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por don Cipriano y doña Casilda , representados ante esta Sala por Procuradora doña Pilar Moline López, contra la sentencia dictada, con fecha 14 de febrero de 2006, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el rollo de apelación nº 773/05 dimanante de autos de juicio verbal seguidos con el nº 83/04 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1º.- El Procurador don José Antonio de la Cueva Lang Lenton, en nombre y representación doña María Teresa , doña Salvadora , doña Encarnacion y doña Gregoria , promovió demanda de juicio verbal sobre desahucio en precario, turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, contra don Cipriano y, su esposa, doña Casilda , en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: "Que teniendo por presentada esta demanda de juicio verbal, la admita, trasladándola a los demandados, citando a las partes para la celebración de vista, celebrando ésta y dictando sentencia, estimando la demanda, condenando a los demandados al desaloje del inmueble ocupado en el plazo de un mes, codenándolos en costas".

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, la misma, en el acto de la vista, interesó la desestimación de la demanda y la interposición de costas a la actora, haciendo las alegaciones que constan en grabación y aportando la documental que igualmente consta y, solicitando el recibimiento a prueba.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, en fecha 24 de mayo de 2004 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "Que desestimando la demanda de desahucio por precario interpuesta por el Procurador don José Antonio de la Cueva Lang Lenton en nombre y representación de doña María Teresa , doña Salvadora , doña Encarnacion y doña Gregoria , contra don Cipriano y doña Casilda , debo absolver a los demandados con todos los pronunciamientos favorables y con imposición de costas a la parte actora".

4º.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, en fecha 14 de febrero de 2006 , cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por doña María Teresa , Salvadora , Encarnacion y Gregoria , contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2004, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria , y revocamos el fallo recurrido y en su lugar, con estimación de la demanda declaramos haber lugar al desahucio pretendido con los pronunciamientos inherentes a tal declaración sin costas de la alzada".

**SEGUNDO.-** 1º.- La representación procesal de don Cipriano y doña Casilda presentó el día 19 de abril de 2006 escrito de interposición del recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 14 de febrero de 2006, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria , en el rollo de apelación nº 773/05 dimanante de autos de juicio verbal seguidos con el nº 83/04 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria.

2º.- **Motivo del recurso de casación** . Al amparo en el *artículo 477.2, ordinal 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* : cita como preceptos legales infringidos los *artículos 250.1.2º de la LEC y 1068 del Código Civil*; con base en la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, citando, como sentencias que mantienen un criterio idéntico a la recurrida las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Tenerife (Sección 1ª) de fechas 26 de febrero de 2001 y de 19 de febrero de 2001 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife (Sección 4ª) de fecha 3 de junio de 2002 . Por otro lado, cita como sentencias que mantienen un criterio contrario a la recurrida las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4ª) de fechas 25 de noviembre de 1999 y 20 de noviembre de 2001 y la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª) de fecha 27 de julio de 1998, y, terminó suplicando a la Sala: " (...) Dikte sentencia en la que, con estimación del recurso de casación interpuesto por esta parte, case y anule la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 de febrero de 2006 , en el rollo de apelación nº 773/2005 dimanante de autos de juicio verbal 83/2004, confirmando en su lugar la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria el 24 de mayo de 2004 y que desestimó la demanda interpuesta por la Sra. María Teresa , Sra. Salvadora y Sras. Gregoria Encarnacion contra mi mandante, con expresa imposición de costas a la adversa si se opusiere".

3º.- Mediante Providencia de 21 de abril de 2006 se tuvo por interpuesto el recurso acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamientos de las partes ante esta Sala, apareciendo notificada dicha resolución a los Procuradores de los litigantes el día 25 de abril de 2006.

4º.- La Procuradora doña Pilar Moline López, en nombre y representación de don Cipriano y doña Casilda presentó escrito ante esta Sala con fecha 12 de mayo de 2006 , personándose en calidad de parte recurrente.

5º.- Por Providencia de fecha 23 de septiembre de 2008 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso, a las partes personadas.

6º.- Mediante escrito presentado el día 10 de octubre de 2008, la parte recurrente muestra su oposición a la causa de inadmisión puesta de manifiesto, entendiendo que el recurso interpuesto cumple todos los requisitos exigidos en la LEC 2000.

7º.- La Sala dictó auto de fecha 18 de noviembre de 2008 cuya parte dispositiva dice literalmente: "**1º) NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de D. Cipriano Y Dª Casilda contra la Sentencia dictada, con fecha 14 de febrero de 2006, por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 773/05 dimanante de los autos de juicio verbal nº 83/04 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, **por lo que respecta A LA INFRACCIÓN DEL ART. 250.1.2 DE LA LEC. 2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal D. Cipriano Y Dª Casilda contra la Sentencia dictada, con fecha 14 de febrero de 2006, por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 773/05 dimanante de los autos de juicio verbal nº 83/04 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria **por lo que respecta A LA INFRACCIÓN DEL ART. 1068 DEL CC. 3º)** Y queden los presentes autos pendientes de señalamiento del día y hora para para la votación y fallo del recurso de casación interpuesto".

**TERCERO.-** La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 10 de marzo de 2010 .

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 10 de marzo de 2010 se acordó suspender el señalamiento, y, someter el contenido del recurso al conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose para ello el día 20 de julio de 2010 , en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Doña María Teresa , doña Salvadora , doña Encarnacion y doña Gregoria , esgrimieron acción de desahucio por precario contra don Cipriano y su esposa doña Casilda , con apoyo en el hecho de que entre don Cipriano y las actoras existe una comunidad hereditaria, y, en los bienes del caudal relicto, se encuentra una casa terrera señalada con el número NUM000 de la CARRETERA000 , donde unos meses antes de la interposición de la demanda objeto del presente procedimiento, se fue a vivir el litigante pasivo con su esposa, también demandada, y sus hijos.

El Juzgado rechazó íntegramente la demanda; y acogió, en primer lugar, la falta de legitimación activa de las actoras doña Encarnacion y doña Gregoria por ser nudas propietarias y no ostentar la posesión del inmueble, y, en cuanto al fondo, por considerarlo una cuestión compleja, que, en su caso, debió ser dirimida en el procedimiento plenario correspondiente; añadía que, *"en el caso ahora debatido esta Juzgadora, haciendo suyos los criterios que se contiene en la contestación de la demanda, no se puede por menos desestimar la misma, ya que de la prueba practicada ha resultado acreditado que ambas partes litigantes, esto es, las actoras y el demandado don Cipriano comparten respecto de los mismos causantes la cualidad de coherederos"* ; y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, la cual estimó las pretensiones del escrito inicial, al entender que el problema a resolver se centraba en la determinación de si, invocada la condición de heredero, sin constar la existencia de la correspondiente partición y adjudicación de los bienes, se autoriza o consolida una posesión de hecho inconstituida por los demás coherederos sin pagar renta alguna, y, en el presente caso, se ha acreditado que al demandado don Cipriano sólo le corresponde la nuda propiedad, junto con dos de sus hermanas actoras de la mitad del inmueble litigioso, de la que es usufructuaria su madre, siendo que la plena propiedad de la otra mitad corresponde a doña María Teresa , por lo que el demandado es, según se indica en la resolución, un coheredero minoritario, al que ni tan siquiera le pertenece un derecho de usufructo, por lo que el título que alega no ampara, a los efectos del juicio, la posesión que pretende, de modo que, en definitiva, ha declarado la decisión de haber lugar al desahucio.

La parte demandada ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, con cobertura en el *artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , y esta Sala, mediante auto de 18 de noviembre de 2008 , lo ha admitido.

**SEGUNDO.-** El único motivo del recurso acusa la infracción del *artículo 1068 del Código Civil* y se sustenta en la presencia de interés casacional, puesta de manifiesto en las diferentes posiciones seguidas sobre este particular por las Audiencias Provinciales, e indica, entre las que se encuentran, como decisiones mantenedoras de un criterio idéntico al de la sentencia recurrida, las dictadas por la Audiencia Provincial de Tenerife (Sección 1ª) de fechas 19 y 26 de febrero de 2001, y la de 13 de junio de la misma Audiencia Provincial (Sección 4ª), en las que, se establece que si bien la viabilidad del precario entre coherederos, es discutida, se sostiene que debe ser, al no encontrarse ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio de tal derecho, exceso que, determinado por la utilización en exclusiva de un bien concreto, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer la cosa en cuestión por parte de los coherederos, aunque no tenga derecho a poseer en exclusiva, no por ello se le debe negar su derecho a poseer, lo que supone que ostenta título legitimador de su posesión incompatible con el éxito de una acción de desahucio por precario.

Frente a la aducida posesión se encuentra otro criterio, según el cual mientras aparece la herencia en proindivisión, los coherederos no pueden ostentar la condición de precaristas frente a los demás coherederos o legatarios, pues en tanto no se lleve a cabo la liquidación de la sociedad legal de gananciales, en su caso, y la partición de la herencia, el coheredero es -frente a los demás- coposeedor de los bienes que integran dicha herencia, sin que ninguno de los partícipes en la comunidad hereditaria tenga la posesión real de finca alguna integrante de la misma mientras subsista esta situación de subdivisión (SSAP Las Palmas, Sección 4ª, de 20 de noviembre de 2001 y 25 de noviembre de 1999; Las Palmas, Sección 3ª, de 27 de noviembre de 1998; Sevilla, Sección 6ª, de 27 de noviembre de 2008; Asturias, Sección 6ª, de 21 de diciembre de 2009 ).

El motivo se desestima.

El artículo 1068 del Código Civil establece que "la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que la 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 4 2008).

Desde la perspectiva de las SSAP de Tenerife antes mencionadas, las SSTS de 8 de mayo de 2008 / R. C.11/2001) y 26 de febrero (Sección 1ª), 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.

**TERCERO.-** Como consecuencia de lo hasta aquí razonado, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la desestimación del recurso de casación por interés casacional, para resolver sobre el caso y declarar lo que corresponda, todo ello con imposición de las costas causadas a la parte recurrente (*artículo 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*).

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).

Esta Sala acepta la argumentación de la sentencia de apelación indicada en los párrafos precedentes, como también los criterios doctrinales antes expuestos.

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

## **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Cipriano y doña Casilda contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en fecha de 14 de febrero de 2006, en el rollo de apelación número 773/2005, dimanante de los autos de juicio verbal número 83/04 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Las Palmas de Gran Canaria.

Además, acordamos:

1º.- La ratificación de la sentencia recurrida.

5º.- Condenamos a don Cipriano y a doña Casilda al abono de las costas causadas en este recurso.

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. Juan Antonio Xiol Ríos; Roman García Varela; Xavier O'Callaghan Muñoz; Jesus Corbal Fernandez; Francisco Marin Castan; Jose Ramon

Ferrandiz Gabriel; Jose Antonio Seijas Quintana; Antonio Salas Carceller; Encarnacion Roca Trias; Rafael Gimeno-Bayon Cobos. 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.