

22.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2010

Acción de desahucio por precario, ejercitada por los coherederos, frente a un coheredero ocupante exclusivo de una finca de la herencia

Comentario a cargo de:

JESÚS GÓMEZ TABOADA

Notario

Profesor de Derecho Civil (Universidad Internacional de Cataluña)

SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2010

Ponente: Excmo. Sr. Don Román García Varela

Asunto: El problema planteado consiste en determinar si los coherederos, vigente la comunidad hereditaria (y, antes, por tanto de la partición: art. 1068 CC), pueden desalojar, por la vía del desahucio por precario (art. 250.1.2º LEC), al –también– coheredero que ha tomado posesión exclusiva de un inmueble que forma parte de la herencia. El TS, después de reconocer facultades posesorias a todos los coherederos (demandantes y demandado), hace hincapié en las atribuciones derivadas del título sucesorio y concluye que el desahucio debe ser admitido y ejecutado, pues el coheredero ocupante incurre en un manifiesto abuso de derecho.

Comentario de la Sentencia de 16 de septiembre de 2010

Acción de desahucio por precario, ejercitada por los coherederos, frente a un coheredero ocupante exclusivo de una finca de la herencia

JESÚS GÓMEZ TABOADA

Notario

Profesor de Derecho Civil

Universidad Internacional de Cataluña

Resumen de los hechos

Cuatro coherederas presentaron demanda de desahucio por precario frente a otro coheredero, que ocupaba en exclusiva –junto con su esposa, también demandada– una vivienda integrante del patrimonio hereditario. A las cuatro coherederas demandantes les correspondía, según el título sucesorio, los siguientes derechos: a una, la plena propiedad de la mitad; a otra, el usufructo de la mitad; y a cada una de las otras dos, la nuda propiedad de una sexta parte. Al demandado, por su parte, se le atribuía la restante sexta parte de la nuda propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria desestimó la demanda, apoyándose en dos argumentos. El primero, de índole procesal, esgrimía que el juicio de desahucio por precario no es cauce hábil para dar solución a la reclamación planteada por los demandantes, pues se trata de una cuestión compleja que debe ser ventilada en el juicio declarativo correspondiente. El segundo, de fondo: el demandado, como coheredero, tiene derecho a poseer los bienes hereditarios; como también lo tienen las coherederas demandantes; pero ésta condición de coposeedoras no les autoriza para lanzar a su coheredero de la vivienda ocupada.

Esta sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial (en adelante, AP), la cual dictó sentencia, en fecha 14 de febrero de 2006, en la que estimaba el recurso de las demandantes. En su resolución, la Audiencia afirma que el juicio de desahucio, tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, es vía adecuada para dar respuesta a la demanda planteada, pues admite el análisis del fondo en términos mucho más amplios que los establecidos por la antigua Ley procesal; y, además, considera que, en efecto, el coheredero ocupante debe ser lanzado de la vivienda que ocupa por carecer de dere-

cho suficiente para ello. El demandado puede, no obstante, aducir cierto derecho a poseer en virtud de su título sucesorio, como coheredero que es; pero ello no le habilita para la ocupación que pretende (y materializa), pues ésta es exclusiva y, además, se apoya en un derecho (la nuda propiedad, recordemos) que no autoriza tal posesión. La Audiencia concluye señalando que el ocupante está incurriendo en abuso de derecho.

La sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, el cual, en la sentencia que a continuación comentamos, acogió los argumentos de la AP, considerando procedente el desahucio del ocupante.

COMENTARIO

Sumario: **1. Planteamiento del problema: ¿puede un coheredero ser desahuciado como precarista por los demás?** 1.1. Aproximación: el coheredero, el precario y el juicio de desahucio. 1.2. Soluciones aportadas por las Audiencias Provinciales. 1.2.1 *Tesis contraria a la admisión del desahucio: el coheredero no es un precarista.* 1.2.2. *Tesis favorable a admitir el desahucio por precario del coheredero.* **2. La acción de desahucio por precario: breve referencia.** 2.1. La acción según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: cambios respecto a la anterior. 2.2. Legitimación. 2.2.1. *Legitimación activa: “dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la finca”.* 2.2.2. *Legitimación pasiva: concepto de precario.* **3. La comunidad hereditaria: situación previa, naturaleza y facultades posesorias de los coherederos.** 3.1. Puntualización: situaciones en las que puede encontrarse la herencia. 3.1.1. *Antes de la aceptación: la herencia yacente. La acción de desahucio como eventual aceptación tácita.* 3.1.2. *La herencia aceptada: la comunidad hereditaria.* 3.1.3. *La herencia partida y adjudicada.* 3.2. La naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria: el híbrido romano-germánico. 3.3. La eventual atribución a los coherederos de la facultad de poseer. 3.3.1. *Principal problema: la posesión del demandado.* 3.3.2. *Los múltiples argumentos favorables al ius possidendi del coheredero.* **4. Solución flexible o de equidad: en rigor, según el TS, el coheredero no es precarista, pero se admite contra él el desahucio.** 4.1. Recapitulación: la paradójica cualidad de coheredero, que legitima para poseer los bienes hereditarios y –a la vez– padecer el desahucio por precario. 4.2. El coheredero goza del *ius possidendi*, pero no de manera omnimoda. 4.3. Los límites del *ius possidendi*: su determinación. 4.3.1. *El título sucesorio.* 4.3.2. *La partición de la herencia no necesariamente zanja el problema.* 4.3.3. *El abuso de derecho como solución.* 4.3.4. *El efecto bumerán del abuso de derecho.* 4.3.5. *En realidad no hay abuso de derecho.* **Bibliografía.**

1. Planteamiento del problema: ¿puede un coheredero ser desahuciado como precarista por los demás?

1.1. Aproximación: el coheredero, el precario y el juicio de desahucio.

La sentencia del TS de 16-09-2010 trata de dar respuesta a un problema que se plantea con frecuencia: la ocupación, por parte de alguno de los coherederos, de un inmueble incluido en el patrimonio hereditario. Cuando esta ocupación, en

precario o no –enseguida veremos si puede ser considerada con este carácter–, es rechazada por lo demás coherederos, plantea el problema de si puede ser erradicada a través del desahucio por precario. Debemos advertir que la otra vía, ya definitiva, para solucionar el caso, sería la partición de la herencia, que, como sabemos (art. 1068 CC) pone fin a la comunidad hereditaria y que podrá hacerse por vía extrajudicial –convencional, arbitral, por contador partidor...– o contenciosa, a través del procedimiento de división de la herencia (arts.782 a 805 de la LEC). Pero el problema aquí planteado consiste en determinar si podrá enervarse esa posesión por una vía previa a la partición. Es decir, *si el coheredero ocupante, vigente la comunidad hereditaria, puede ser tenido como precarista; y, en consecuencia, pueda el juicio de desahucio por precario ser hábil para su expulsión*. Cuestión que no es baladí, pues su admisión aceleraría (mucho) el lanzamiento del ocupante.

1.2. Soluciones aportadas por las Audiencias Provinciales.

Las dos líneas jurisprudenciales que se han dibujado las podemos resumir de la siguiente manera:

1.2.1. Tesis contraria a la admisión del desahucio: el coheredero no es un precarista

Este criterio ha gozado de gran predicamento en la Jurisprudencia de las Audiencias. Así, además de las relacionadas en el texto de la sentencia que comentamos –SSAP de Las Palmas (4^a), de 20-11-2001 y de 25-11-1999; Las Palmas (3^a) de 27-11-1998; Sevilla (6^a), de 27-11-2008; Asturias (6^a), de 21-12-2009 (RJ 463/2009)– encontramos otras como la de Las Palmas (4^a) de 19-10-2007. Las notas comunes de estas resoluciones pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Cuestionan la legitimación activa de los coherederos ejercitantes de la acción. Ellos son, como el demandado, integrantes de la comunidad hereditaria, y están, en tal sentido, en pie de igualdad. No se les puede atribuir, por tanto, un plus de legitimidad para expulsar al coheredero del inmueble. Este argumento, en algunos casos, se ha completado con la idea de que el derecho que se confiere al demandante (o demandantes) en el título sucesorio no incluye la facultad de poseer (por ejemplo, la nuda propiedad).

b) Respecto a la legitimación pasiva, se aduce que el coheredero integrante de una comunidad hereditaria goza del derecho a poseer, siquiera en abstracto, los bienes y derechos hereditarios; de manera que aquel que ocupa un inmueble de la herencia no está sino materializando esta facultad posesoria. Frente a él, en consecuencia, no puede ejercitarse la acción de desahucio, pues implicaría una restricción injustificada de su derecho a poseer. Los otros coherederos, eso sí, podrán pretender coposeerlo con el ocupante, pero nunca privarle de su posesión.

c) De acuerdo con lo anterior, cierran el paso al juicio de desahucio, e invitan a los coherederos que a resolver sus problemas “*ínterin esté indivisa la herencia, mediante las normas que rigen la sucesión mortis causa, entre las que se encuentran aquéllas que disciplinan la división del caudal hereditario*” (F.J. 3º de la mencionada SAP de Asturias, de 21-12-2009).

1.2.2. Tesis favorable a admitir el desahucio por precario del coheredero

Esta teoría –mantenida por las SSTS de 13-11-1895, 24-05-1908 y 24-06-1921 y por las de las de la AP de Tenerife (1ª) de 19-02-2001 y 26-02-2001, mencionadas citadas por la STS que comentamos– sostiene que ningún coheredero, antes de la partición, puede poseer en exclusiva los bienes integrantes de la herencia. Su posesión sería, pues, al menos parcialmente, en precario. Por lo que, mientras la comunidad hereditaria subsista, el resto de los coherederos podrán enervar esa posesión a través del juicio de desahucio. El derecho a poseer, en sentido estricto, sólo existirá una vez que, a través de la partición, se hayan adjudicado (art. 1068 CC) bienes concretos, o partes indivisas de ellos; pues, en este último caso, la comunidad hereditaria habrá dado paso a la comunidad ordinaria sobre el objeto de que se trate y, en consecuencia, cada comunero sí gozará de la facultad posesoria (arts. 394, 445 y 450 del CC). Según esta línea jurisprudencial:

a) Los herederos gozan de legitimación activa para poner fin a la posesión precaria de su coheredero, pues son, en su conjunto, los titulares del patrimonio hereditario no partido (arts. 659 y 661 CC) y los autorizados para defender los bienes en interés de la comunidad. Y

b) El ocupante, como tal, está pasivamente legitimado en la acción mencionada pues detenta el inmueble, al menos en parte, por mera tolerancia de los titulares (el conjunto de los coherederos).

También en esta tesis se observan matices, como el que ofrece la sentencia de la AP de Las Palmas 14-02-2006, objeto del recurso, que reconoce el derecho a poseer del demandado –al fin y al cabo es heredero–, pero aclarando que su posesión exclusiva implica un abuso de derecho. Lo cual implica tener en consideración, por tanto, el derecho atribuido al ocupante por el título sucesorio (testamento o declaración de herederos: art. 658 CC).

2. La acción de desahucio por precario: breve referencia.

Por lo pronto, el TS considera el juicio de desahucio apto para entrar en el fondo del asunto (es decir, si el heredero es o no precarista). Por eso, dentro del mismo procedimiento, en el Auto de 18-11-2008, resolvió “*no admitir el*

recurso de casación...por lo que respecta a la infracción del art. 250.1.2º de la LEC". Esta decisión no implicaba, *per se*, dar la razón a los demandantes; sino considerar que la vía procesal por ellos elegida era adecuada para sustanciar el caso.

Vamos a referirnos sucintamente a la misma.

2.1. La acción según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: cambios respecto a la anterior

La acción de desahucio por precario está prevista, en nuestro Ordenamiento Jurídico, en el art. 250.1.2º de la LEC, según el cual, "*Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas...que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.*"

La vigente Ley ha ensanchado las cuestiones que pueden dilucidarse en este juicio. De hecho, la recurrida SAP de Las Palmas ya señala que "*tras la entrada en vigor de la LEC, el juicio de desahucio por precario ha pasado a ser un proceso plenario, sin limitación de debate ni medios probatorios, con la lógica consecuencia de que no es de aplicación la doctrina jurisprudencial sentada en la vigencia de la anterior normativa procesal civil sobre la remisión al juicio ordinario cuando surgiera una cuestión compleja...*" (F.J.3º). No está de más la puntualización –que aconseja olvidar el antiguo art. 1565, con gran parte de su lastre– pues la sentencia del Juzgado de instancia no entraba en el fondo del asunto y lo enviaba al juicio declarativo. Este criterio de la Audiencia coincide con el del TS, cuya Sentencia (entre otras) de 11-11-2010 subraya (F.J.2º) que el actual juicio verbal evita que "*la complejidad de la materia litigiosa...remita a las partes al juicio declarativo correspondiente*"; pues, en efecto, tener que acudir a este proceso les impediría "*constatar a través de un juicio apto para ello lo que constituye el fundamento de la situación de precario*". En definitiva, según el TS, el juicio de desahucio por precario es hábil para resolver la cuestión planteada: determinar si el coheredero ocupante de la finca *ostenta título para la posesión* que impida el éxito de la acción de desahucio; o, al contrario, *es un mero precarista* contra el cual procede el lanzamiento.

No parece haber duda de que la admisión de esta vía judicial es acertada. Y ya no sólo por una consideración general de economía procesal (art.24.2 CE), sino por la propia política legislativa que inspira la LEC, cuya Exposición de Motivos explica que se ha optado por "*no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad*"; pues, continúa, "*parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad*".

2.2. Legitimación

2.2.1. Legitimación activa: “dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la finca”

De acuerdo con el artículo 250.1.2º de la LEC, pueden ejercitar esta acción “*el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca*”. La norma se manifiesta, pues, con una gran amplitud, toda vez que el último inciso confiere legitimación a *cualquiera con derecho a poseer*. No se limita, por tanto, a los titulares de derechos reales (además del usufructuario, el usuario –art.524 CC–, habitacionista –art.524 CC–, superficiario y demás cuya titularidad lleve aneja la facultad de poseer); sino que se extiende a los titulares de derechos de crédito (art.1088 CC) que impliquen posesión de un objeto, como el arrendatario (art. 1543 CC) o el comodatario (art. 1740 CC).

En lo que a nosotros nos interesa, la cualidad de coheredero integrante de la comunidad hereditaria confiere, según la STS (que cita otra Sentencia de 8-05-2008) este “*derecho a coposeer*”, el cual considera “*lógica emanación del derecho de propiedad*” (Fundamento Jurídico 2º). Utiliza aquí el Tribunal un argumento traslativo, desplazando una facultad del propietario (“*derecho de gozar*”: art. 348 del CC) al heredero. Argumento discutible, en tanto en cuanto *el heredero no es siempre propietario*; y, aún siéndolo, puede estar privado de la posesión (caso, por ejemplo, de estar gravado con un usufructo: art. 467 CC). A nuestro juicio, las facultades posesorias del heredero deben buscarse en su calidad de tal. A ello nos referimos más adelante.

Más explícita –en esto y en todo lo demás– es la sentencia de la Audiencia recurrida, que basa la legitimación activa en la posesión y en el interés de la comunidad, pues: a) “*es criterio del Tribunal Supremo, desde antiguo, que los coherederos ostentan la posesión real ex artículo 440 del Código Civil...*” (F.J.2º); según el cual, “*La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia*” –se trata, como sabemos, una de las manifestaciones de la llamada posesión civilísima, así denominada por implicar una posesión no material o física, sino jurídica o *ficta*–; y b) las actoras –coherederas– “*actúan en beneficio de la comunidad hereditaria*” (F.J. 2º). Afirmación en la que subyace la idea, importada de la comunidad ordinaria, de que “*son admisibles como válidos y eficaces los actos particulares de los comuneros, si no consta el asentimiento de los demás, cuando la actuación de aquéllos redunde en claro provecho de los demás...*” (STS de 8-05-2008 –F.J. 5º–, que cita las de 14-12-1973 y 13-11-2001).

En definitiva: la STS da por supuesta la legitimación activa de las coherederas para ejercitar la acción prevista en el art. 250.1.2º de la LEC. Y es que, en realidad, podemos considerar exento de debate este punto. *El problema surge cuando esta acción de dirige frente a otro coheredero*, pues esta circunstancia puede

truncar el éxito del desahucio. Porque, como manifestó, *obiter dicta*, la SAP de Las Palmas (4^a) de 19-10-07, después de negar la viabilidad del desahucio entre coherederos, “*La acción de recuperación posesoria del bien hereditario (aún no partido) sí la podrían ejercitar los herederos (o cualquiera de ellos en beneficio de la comunidad) frente a terceros*” (F.J. 2^o)

2.2.2. Legitimación pasiva: concepto de precario

La acción se dirige contra aquel al que la finca ha sido “*cedida en precario*”. En nuestro Código Civil, el precario es una figura que está acogida de refilón en el art. 1750, que autoriza al comodante –es decir, al que ha cedido, en préstamo, el uso de una finca– a “*reclamarla a su voluntad*” en aquellos casos en los que “*no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra*”. Sin embargo, este concepto, nos recuerda CASTÁN, ha sido notablemente ampliado, incluyendo como casos de precario todos aquéllos en que una persona “*posee alguna cosa sin derecho para ello*”. En realidad, se trataría “*simplemente de una situación posesoria de puro hecho o incluso ilegítima, para privar de la cual se utiliza el juicio de desahucio*” [CASTÁN TOBEÑAS, J. (1986) p.449]. Y, de hecho, tanto los autores como la Jurisprudencia subrayan este elemento: el denominador común de todos estos supuestos estaría constituido por una posesión sin derecho (meramente tolerada o consentida, sin título y “*sin pagar renta o merced alguna*” –antiguo artículo 1565 de la LEC–) que sirve de fundamento para el ejercicio de la acción de desahucio. Pues bien: dentro de estas situaciones de origen “*plúrimo, pues puede deberse a causas bien diversas*” [PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I., (2005) p.971] podría encontrarse la posesión de un coheredero dentro de la comunidad hereditaria. Así lo piensa el TS en la sentencia que comentamos, pero sólo a los efectos de considerar viable el juicio de desahucio contra él. Porque, ojo, *no se le niega el derecho a poseer* (o, más propiamente, a *coposeer*), pero sí a “*hacer uso exclusivo de algún bien*” cuando no tiene “*título que ampare su posesión*” (exclusiva).

En realidad, difícilmente se le podría negar al demandado el derecho a poseer cuando tiene la misma condición (coheredero) que las demandantes y a éstas se le ha reconocido la legitimación activa apoyándose, precisamente, en el “*derecho a poseer*” que les corresponde.

Lo cierto es que el asunto presenta aristas bien contradictorias, pues las facultades posesorias que tiene el heredero –en las que más adelante nos detendremos– se traducen en las siguientes consecuencias: a) el demandante, *por ser coheredero*, tiene legitimación activa; y b) el demandado, *si es coheredero*, puede enervar la acción. De manera que la misma calidad (heredero) que legitima para ejercicio de la acción, permite desactivarla. Es, al fin y al cabo, la idea que inspiró, entre otras, la SAP de Asturias (6^a) de 21-12-2009, antes citada, la cual negó la viabilidad del desahucio alegando que el demandado (coheredero) “*no*

sólo tiene título, sino que éste es similar o de igual categoría o calidad que el que ostentan quienes intentan desahuciarlo” (F.J.2º).

3. La comunidad hereditaria: situación previa, naturaleza y facultades posesorias de los coherederos

3.1. Puntualización: situaciones en las que puede encontrarse la herencia

Aunque existan varios llamados, la comunidad hereditaria no se produce *ipso iure* por el fallecimiento del causante, sino que es indispensable la aceptación de la herencia para adquirir la cualidad de heredero; sin perjuicio, eso sí, de los efectos retroactivos de tal aceptación al momento de la muerte (artículos 990 y 440 del CC). Cuando los coherederos aceptantes parten los bienes, nos encontramos ya ante la herencia dividida. Pues bien: en este *iter* que va desde la muerte (art.33 CC) a la partición (art. 1068 CC) podemos distinguir varias situaciones en las que se encuentra la herencia.

A nuestros efectos, es importante, dado que el caso al que, en principio, atiende la STS de 16-09-2010 es el de comunidad hereditaria (2ª fase). Veremos, pues, si las consideraciones que se hacen al respecto son también aplicables a los otros dos estados (herencia yacente y herencia dividida).

3.1.1. Antes de la aceptación: la herencia yacente. La acción de desahucio como eventual aceptación tácita

No perdamos la perspectiva: antes de la aceptación de la herencia *no hay comunidad hereditaria*. Como sabemos, “*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*” (art.657 CC), hecho que abre el proceso sucesorio, el cual se regirá por el título correspondiente (art. 658 CC): testamento, o, subsidiariamente, la Ley, concretada en la declaración de herederos *ab intestato*. (En algunos Derechos forales españoles se admite también el contrato sucesorio, que el CC, por regla general, impide –art. 1271–. Lo cual no es óbice para que una sucesión sometida al Derecho común pueda regirse por un título sucesorio contractual, en tanto en cuanto, “*los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez*” –art. 9.8.CC–). Pero no olvidemos que *el llamamiento (ius delationis) hecha por el título sucesorio no convierte al llamado en heredero*. Para ello es indispensable la aceptación, acto enteramente voluntario y libre (art.988 CC), pues nadie está obligado a enriquecerse contra su voluntad: de ahí, también, la necesidad de aceptación de las donaciones (arts. 618, 623 y 629 del CC); y, menos, a responder de las deudas de otro (sólo de las propias: art. 1911 CC). Pues bien: mientras esta aceptación no se verifique, el patrimonio del causante se configura como herencia yacente. Lo cual no impide que pueda y deba ser ad-

ministrada y que los bienes, derechos y obligaciones no extinguidos por la muerte (artr.659 CC) continúen su vida jurídico-económica. Por eso el art. 999 CC permite realizar “*actos de mera conservación o administración provisional*” sin que ello implique la aceptación de la herencia si con tales actos “*no se ha tomado el título o la cualidad de heredero*”. La acción de desahucio parece encajar, en principio, dentro de estos actos de administración o conservación; por lo que podrá entablarse por (o dirigirse contra) algún llamado *antes* de que la herencia haya sido aceptada.

Con todo, esta afirmación no es unánimemente compartida, pues también se sostiene que el ejercicio de la acción de desahucio implicaría una aceptación tácita de la herencia (art. 999.4 CC), de manera que, mediante esa acción, la herencia yacente daría paso a la comunidad hereditaria –uno de cuyos presupuestos es, recordemos, la aceptación–. No habrá problemas de interpretación si quien ejercita la acción o el demandado alega su condición de heredero para justificar su legitimación activa o su derecho a poseer: en ese caso estaría tomando “*la cualidad de heredero*” y, por tanto, aceptando el llamamiento. Pero, aún no tomando la cualidad de heredero, la STS de 14-03-1978 consideró como aceptación tácita “*el ejercicio de acciones relativas a los bienes relictos, pues la simple demanda comporta la asunción de la cualidad de heredero –en cuanto que es acto de titularidad o señorío– y la consiguiente adquisición de la posesión real a efectos del desahucio*”

Parte de la doctrina se inclina, sin embargo, por la no consideración automática de tales actos como supuestos de aceptación tácita, siempre que la finalidad de los mismos sea reportar un beneficio objetivo a la herencia [MEZQUITA DEL CACHO, J.L. y MEZQUITA GARCÍA GRANERO, E., (2005) p.439]. Acoge esta idea el Derecho catalán (más pródigo que el CC en la regulación de la herencia yacente), pues admite de manera explícita “*la toma de posesión de los bienes y el ejercicio de acciones posesorias*” por parte de los llamados, “*siempre y cuando no tomen la cualidad de herederos*” (art. 411-9 del Código Civil de Cataluña), pues si tomasen esta cualidad se presumiría aceptada la herencia y cesaría la *hereditas iacens*. Con arreglo a este criterio, el desahucio no debe considerarse *per se* como una acción derivada de la cualidad de heredero, de manera que su ejercicio no presupondrá necesariamente la aceptación.

En definitiva: el ejercicio de la acción de desahucio implicará la aceptación tácita de la herencia si se alega el título de heredero, sea por la parte demandante, la demandada o ambas (caso, éste último, la STS que comentamos). Si no se toma la cualidad de heredero, la acción podrá suponer o no la aceptación; pero aun cuando se considere que no comporta tal aceptación, debemos concluir que los llamados están legitimados activamente para dirigirse contra el ocupante, incluso si éste alega la cualidad de heredero; *por lo que las consideraciones relativas a la fase de comunidad hereditaria son esencialmente aplicables a las de la herencia yacente*. O, lo que es lo mismo: a nuestro juicio, la acción de desahucio que admite la STS sería igualmente viable aunque los llamados a la herencia

que la ejercitan lo hicieran *como acto de mera conservación* frente al heredero que ocupa la vivienda.

3.1.2. La herencia aceptada: la comunidad hereditaria

Esta sería la segunda situación –por orden cronológico, tras el fallecimiento del causante– en que puede encontrarse la herencia: ha sido aceptado el llamamiento (*ius delatio nis*) ínsito en el título sucesorio, por todos o varios de los herederos, los cuales integran la llamada comunidad hereditaria. Es el caso a que responde la STS que analizamos, dando por supuesta la aceptación. De hecho, la sentencia recurrida (SAP de Las Palmas de 14-02-2006) afirma que es “*reconocida la cualidad de coheredero del demandado*” y de los demandantes, lo cual presupone que la herencia ha sido aceptada; por lo que lo realmente debatido es si dicha cualidad de heredero confiere legitimación activa a las demandantes y, además, “*conlleva la facultad de poseer en exclusiva el inmueble, cual pretende*” el demandado (F.J.3°).

Sí debemos puntualizar, como apunte práctico, que en aquellos casos en los que se acepta la herencia por vía notarial (art. 999.2 CC), la partición suele hacerse en la misma escritura de aceptación, por lo que de manera simultánea se ha creado la comunidad hereditaria (con la aceptación) y se ha extinguido la misma (con la partición). Por lo que la mayor parte de los supuestos de comunidad hereditaria se crean mediante la aceptación en documento privado (art. 999.2) o de manera tácita (art. 999.3), a través de actos como, por ejemplo, el pago del impuesto de sucesiones (entre otras, STS 12-02-1956).

Enseguida nos referiremos a la naturaleza jurídica de esta comunidad.

3.1.3. La herencia partida y adjudicada

La tercera fase de la herencia viene determinada por la partición, cuyo principal efecto es poner fin a la comunidad hereditaria, pues “*confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*” (art. 1068 CC). Aquí ya no es posible que se plantee el problema en los términos a que se refiere la sentencia del TS, pues los coherederos ya no son tales, sino titulares únicos de lo que les ha correspondido. Por eso la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, haciendo hincapié en la legitimación pasiva, insiste en que lo que se plantea es si la condición de heredero *antes* de la “*partición y adjudicación de bienes, autoriza o consolida una posesión de hecho primeramente tolerada y ahora in-consentida por los demás herederos, sin pagar renta ni merced alguna*” (F.J. 3°).

Ahora bien: la partición de la herencia no impide que las adjudicaciones que se realicen a favor de los herederos sean en proindiviso sobre determinados bienes y derechos de la herencia. La división, en efecto, no tiene por qué ser forzosamente material, “sino que puede ser total o parcialmente jurídica...transformando la comunidad hereditaria originada tras la aceptación en

comunidades individuales sobre los bienes que integran la herencia” [RIERA ÁLVAREZ, J.A (2005), p. 610]. Tales comunidades ordinarias no se registrarán ya por las reglas de comunidad hereditaria, sino por los artículos 392 a 406 del CC, relativos a la comunidad de bienes (configurada, en nuestro Derecho, como una comunidad romana). Pues bien: como luego tendremos ocasión de ver, las consideraciones hechas respecto al desahucio entre coherederos podrán también ser de aplicación a la comunidad ordinaria.

3.2. *La naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria: el híbrido romano-germánico*

Aludir a la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria tiene aquí una finalidad muy concreta: indagar acerca de si esa situación jurídica, esencialmente transitoria, autoriza a los coherederos a poseer los bienes hereditarios.

Como dice A. VAQUER, en este punto, “la doctrina española ha mantenido la más variada gama de opiniones, desde la defensa de la aplicación de los tipos puros de comunidad germánica o romana, hasta la formulación de las inevitables teorías intermedias”. Entre estas últimas se mueve la dominante: una combinación de ambas figuras que concibe la comunidad hereditaria “como una comunidad romana sobre el íntegro patrimonio hereditario; es decir, configuración de las cuotas de los coherederos sobre el patrimonio hereditario considerado en su globalidad, sin que estas cuotas encuentren reflejo en los diferentes bienes que integran aquel patrimonio”. Esta falta de fraccionamiento entre los bienes que integran la herencia se manifiesta, ante todo, en que la división de la herencia se articula sobre la base de la *actio familiae erciscundae* y no sobre el ejercicio de tantas acciones *communi dividundo* como elementos patrimoniales existen [VAQUER ALOY, A., (1992), pp. 76 y 79-80].

Hay, pues, una inclinación clara hacia la consideración global de todo el patrimonio hereditario, lo que le confiere, sin duda, una cohesión mucho más sólida que la de considerar tantas comunidades como bienes integran la herencia. Ello es acorde, al fin y al cabo, con la última *ratio* de la comunidad hereditaria: la protección de los acreedores: “antes pagar que heredar”. Por eso, “*Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos*” (art. 1082 CC; y, en términos casi iguales, art. 782.4 de la LEC). Así pues, la herencia ha de ser liquidada antes de ser distribuida entre los herederos y “esta liquidación supone *prima facie* pagar las deudas y cumplir las obligaciones que el causante tenía contraídas” por lo que “no parece lógico que los herederos puedan disponer individualmente de un bien o parte indivisa del mismo antes de fijar el activo y pasivo hereditario y satisfacer las deudas” [RIERA ÁLVAREZ, J.A (2005), p. 618].

Lo cierto es que esta idea (indisponibilidad de cuotas sobre bienes determinados) encontró pronto acomodo en la Jurisprudencia, para tranquilidad

de juristas como SEBASTIÁN PARÉS, quien a principios del siglo pasado se mostraba muy preocupado por posibilidad de que un coheredero dispusiese o hipotecase su participación sobre los bienes concretos de la herencia; por eso aplaudió las SSTs de 4-04-1905 y 26-01-1906, las cuales “*inspirándose, sin duda, en la solución del Derecho alemán*” afirman que el heredero, antes de la partición, “*carece de verdadero título de dominio y, por consiguiente, no puede enajenar ni gravar bienes concretos y determinados a cuya universalidad le da derecho el testamento o la ley*” [PARÉS, S., (2008), p. 801]. De manera que esta participación de cada heredero en la comunidad, “*no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y no un derecho en concreto sobre bienes determinados, en tanto no se lleve a efecto la partición*” (RDGRN DE 22-05-2009, F.J. 2º)

Esta es la tesis que ha sido acogida reiteradamente por la Jurisprudencia (SSTs de, 14-10-1991, 23-09-1993, 31-01-1994, 25-09-1995, 17-02-2000 y 30-12-2000). De ahí que la sentencia de 30-05-2008, afirme que en ningún caso estas facultades dispositivas existen sobre “*bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia*”, salvo que medie el “*consentimiento de todos los demás*” (F.J. 3º). Como es obvio, esta conclusión es sólo aplicable mientras al heredero “*no se le adjudique en la partición*” el bien concreto; pues, verificada ésta última, el objeto es del adjudicatario (art. 1068 CC) y, en consecuencia, *ya no existe comunidad hereditaria*. Eso sí, la misma Sentencia recuerda que antes de la partición “*cualquiera de los herederos puede enajenar su cuota hereditaria*”, hipótesis que prevén los art. 1531 CC y 1067 CC (éste último para atribuir el retracto a los coherederos si alguno de ellos vende “*antes de la partición*” su derecho a un extraño) y cuya ejecución requeriría documento público (art. 1280.4º CC) si lo exige la otra parte contratante (art.1.279 CC)

3.3. La eventual atribución a los coherederos de la facultad de poseer.

3.3.1. Principal problema: la posesión del demandado

Ya hemos indicado cuál es la tesis hoy mayoritaria, y que claramente acoge el TS en la sentencia de 19-09-2010 que comentamos: la comunidad hereditaria envuelve una combinación de elementos romanos (existencia de cuotas) y germánicos (la cuota es sobre la totalidad de la herencia) no pudiendo el heredero disponer de bienes concretos ni de cuotas sobre los mismos. Ahora bien: admitida esta afirmación, el problema se traslada a determinar si el coheredero puede poseer los bienes concretos de la herencia. Es decir, si su “*derecho hereditario en abstracto*” sobre todos y cada uno de los bienes de la herencia, le habilita para poseerlos.

No es algo de fácil aprehensión. Aquí la posesión, siempre tan escurridiza, se vuelve a mostrar como “el juguete que el hada del Derecho dejó en la cuna de la doctrina”, según la célebre ironía de IHERING.

La existencia de las facultades posesorias la proclaman sin ambages ni dudas los adscritos a la tesis que niega el desahucio por precario frente a un coheredero: lo rechazan, precisamente, porque el título hereditario habilita para poseer y, en consecuencia, no es el heredero un precarista que posee el inmueble sin título ni derecho alguno. Por eso, de manera nítida y tajante, la sentencia de la Audiencia Provincial (6ª) de Asturias de 21-12-2009 señala que “*el demandado en ningún caso puede poseer en precario... porque su posesión deriva de la misma que tenían los causantes, transmitida... por virtud de su título sucesorio...*” (F.J. 2º). Esta idea, extensible a todo coheredero, se completa con un reproche a los recurrentes, pues, según la AP, “*pretender que un heredero sea precarista con relación a los bienes de la herencia y respecto de los restantes coherederos es algo que repugna por completo la idea de precario, cualquiera que fuere el contenido jurídico de tal figura*” (FJ 3º); por lo que, en definitiva, “*no es posible desahuciar a un heredero por la simple voluntad de los restantes*”.

El rechazo del desahucio no implica, sin embargo, como antes adelantábamos, abocar el asunto a un callejón sin salida. Los interesados, eso sí, deberán “*instar la división judicial de la herencia*” (SAP de Asturias citada, F.J.2º). Es decir, acudir al procedimiento que para la partición prevén los arts 782 a 805 de la LEC.

3.3.2. Los múltiples argumentos favorables al *ius possidendi* del coheredero

Lo cierto es que en nuestro Derecho encontramos una serie de argumentos que apoyan la idea de que el heredero integrante de la comunidad hereditaria puede poseer los bienes de la misma; y que, por tanto, no podría dirigirse contar él la acción de desahucio.

a) *La liquidación del estado posesorio.* El art. 1064 del CC establece que “*Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia*”. Se trata de una norma que recuerda –pues trata de lo mismo– la liquidación del estado posesorio (arts 451 a 458 del CC). La conclusión es que *si hay liquidación del estado posesorio es que ha habido posesión y que ésta es reconocida como tal.*

b) *Analogía con la comunidad ordinaria.* Sabemos que la comunidad hereditaria no es idéntica a la ordinaria; pero ello no obsta para que puedan reconocerse muchas similitudes. No olvidemos que –sólo a título de ejemplo– en caso de enajenación de la cuota (arts. 399 y 1531 del CC) tanto los comuneros (art. 1522 CC) como los coherederos (art. 1067 CC) cuentan con el derecho de retracto; que uno y otro podrá pedir, en cualquier momento, la cesación de la comunidad (arts. 400 y 1051 del CC), siendo esta facultad imprescriptible en ambos casos (art. 1965 CC); y que, además, el CC establece una norma de remisión (de la división de la comunidad de bienes a la partición de la herencia) en el art. 406.

Todo ello justifica la aplicación analógica. No procederá, desde luego, allí donde no exista “*identidad de razón*” (art.4.1 CC) entre ambas comunidades. Volvamos, pues, a la *ratio legis* de la comunidad hereditaria: la protección de los acreedores de la herencia. Su defensa impide reconocer al coheredero facultades dispositivas sobre bienes concretos. La garantía que para los titulares de créditos –y, en su caso, legatarios de cantidad, por ejemplo– supone la indisponibilidad de las cuotas sobre bienes concretos justifica la inaplicación del art. 399 CC (que atribuye facultades dispositivas) a la comunidad hereditaria. Sin embargo, no está claro el perjuicio que puede representar para los acreedores la posesión por parte de alguno de los herederos. Muy al contrario, es posible que esta posesión fortalezca esta garantía, por la conservación que puede implicar de los bienes. Idea, ésta última, que planea en la SAP de Asturias de 21-12-2009, la cual, tras negar el desahucio del coheredero ocupante, destaca que el mismo “*mantiene la explotación y rendimientos económicos de los bienes que detenta*”, sin recibir, a cambio “*contrapartida conocida alguna*”. (F.J.3º)

La analogía, en este punto, entre la comunidad ordinaria y la hereditaria nos lleva a considerar aplicable a ésta última el 394 del CC, según el cual “*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 eso la STS de 8-05-2008, afirma (F.J.5º) que “*esta Sala ha admitido la facultad legal del cada coheredero de servirse de las cosas comunes (S. de 28-11-2007)...*”. La identificación de estas facultades con las posesorias no presenta el más mínimo problema para ROCA SASTRE, para quien “claro está que si la administración y el uso compete a todos los comuneros (arts. 398 y 394), asiste también a los mismos en derecho a poseer los bienes de la herencia” [ROCA SASTRE, R.M. (1951), p. 14]. De acuerdo con ello, serían también de aplicación las normas del Código que se refieren a la coposesión (arts 445 y 450).

Como argumento de Derecho comparado, la legislación catalana establece una remisión explícita en este punto, pues el art. 463.3 del Código Civil de Cataluña señala que “*Los coherederos pueden usar los bienes de la comunidad y apropiarse sus frutos y rendimientos de acuerdo con lo establecido por el artículo 552-6*”, cuyo apartado primero afirma que “*Cada cotitular puede hacer uso del objeto de la comunidad...*”. (La comunidad hereditaria en el Derecho catalán, desde el Código de Sucesiones de 1991, presenta, tras acoger las tesis de ROCA SASTRE, una similitud esencial con la del Derecho común [VAQUER ALOY, A. (1992), p. 78])

c) *Protección interdictal*. El TS ha reconocido facultades posesorias a los herederos en materias colindantes con el desahucio. Así, la Sentencia de 21-10-2008 afirma que el interdicto de adquirir es “*un procedimiento encaminado a proporcionar a quien tiene un título hereditario la posesión de los bienes que le corresponden en la herencia en virtud del ius possidendi que dicho título le confiere, pudiendo de este modo hacer notoria la posesión civilísima que adquiere el heredero en virtud de lo dispues-*

to en el artículo 440 del Código Civil...” (FJ. 2º). Aunque se trata de un caso de heredero único, todo apunta a que si fuesen varios, se reconocería a los coherederos dicha legitimación activa. Pero, al mismo tiempo, si el que posee los bienes hereditarios es un coheredero, esta condición complicará, sin duda, el ejercicio del interdicto contra él, pues goza de título para poseer.

d) *Posibilidad de usucapión*. Hay un razonamiento adicional que nos puede servir de piedra de toque: la usucapión. ¿Puede el coheredero usucapir las cosas que integran la herencia?

Como sabemos, la usucapión, que es uno de los modos de adquirir la propiedad en el Derecho español (art. 609.3 CC), tiene como requisito, además del justo título y de la buena fe, la exigencia de “poseer las cosas...por el tiempo determinado en la ley” (art. 1940 CC). Pero –importante– no toda posesión es hábil para usucapir, pues no se admiten (“no aprovechan”) “los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño” (art. 1942 CC). Criterio confirmado por el art. 444 CC, según el cual “Los actos meramente tolerados...no afectan a la posesión”. Estos actos tolerados o consentidos por el dueño (o por un mejor poseedor, como un usufructuario) encajan de lleno, como hemos visto, en la figura del precario. De lo que se deduce que *un precarista jamás puede usucapir*; pues su tenencia no es hábil para ello.

Pues bien: el coheredero, según reiterado criterio del TS, puede adquirir los bienes hereditarios por usucapión. Así, la STS de 4-04-1960 señala que el art. 440 del CC no es aplicable a los restantes coherederos en el caso de que uno de ellos posea “en nombre propio los bienes de la herencia”; de manera que si esta posesión es “consentida por los demás herederos durante el lapso de tiempo de treinta años, origina la prescripción” (adquisitiva). Y añade que, en este caso, sí que prescribe la acción para pedir la partición de la herencia, pues la imprescriptibilidad (art. 1965 CC) “sólo es aplicable cuando los herederos han poseído de consuno o en nombre de la herencia, mas no si algún heredero los ha tenido (los bienes hereditarios) en nombre propio, como dueño exclusivo de ellos, durante el tiempo y con los demás requisitos exigidos para adquirirlos por prescripción”

En esta misma línea, el 463-2.3 del Código Civil de Cataluña admite explícitamente la usucapión sobre bienes concretos de la herencia si la posesión la han ejercido alguno o algunos de los coherederos “en concepto de titulares exclusivos”.

Conclusión: si al coheredero (integrante, pues, de una comunidad hereditaria) se le reconoce la facultad de usucapir *es porque no posee en precario*. Y si no es un precarista, difícilmente podrá dirigirse contra el la acción de desahucio.

La contundencia de estos argumentos seguramente no pasó desapercibida al TS al dictar la sentencia que comentamos. Por eso no deja de reconocer al coheredero demandado facultades posesorias. Pero, como enseguida veremos, *ello no le libra de padecer el desahucio*.

4. Solución flexible o de equidad: en rigor, según el TS, el coheredero no es precarista, pero se admite contra él el desahucio

4.1. Recapitulación: la paradójica cualidad de coheredero, que legitima para poseer los bienes hereditarios y – a la vez– padecer el desahucio por precario

De lo que hemos expuesto hasta ahora podemos concluir lo siguiente:

- a) Los problemas de admisibilidad del desahucio entre coherederos no vienen por el flanco de la legitimación activa (el coheredero es poseedor y puede ejercitarla), sino por el de la legitimación pasiva (¿puede el coheredero poseedor enervar la acción de desahucio dirigida contra él?).
- b) El TS, en la sentencia que comentamos, admite que el coheredero tenedor de un inmueble pueda ser desalojado mediante la acción de desahucio por precario.
- c) Sin embargo, quienes tienen legitimación activa para el ejercicio de esta acción esgrimen el mismo título que el presunto precarista: son coherederos. A los cuales se les reconoce la mencionada legitimación en su calidad de “poseedores” (art. 250.1.2º de la LEC).
- d) Hay, pues, una cierta paradoja: siendo todos ellos coherederos, algunos (los demandantes) parecen gozar de mejor condición que otro (el demandado), cuando parece sensato afirmar que “*en tanto no se lleve a cabo la...partición de la herencia, el coheredero es –frente a los demás– coposeedor de los bienes que integran dicha herencia*” (SAP de Las Palmas de 20-11-2001, F.J.2º)
- e) Para superar tal contradicción, la sentencia que analizamos reconoce explícitamente (F.J. 2º) que la admisión del desahucio “*en modo alguno puede comportar*” para el demandado “*la inexistencia del derecho a coposeer como lógica emanación del derecho de propiedad*” (ya hemos visto lo poco afortunada de esta traslación de facultades); y, para disipar dudas, concluye afirmando que el ocupante no se encuentra “*ante una posesión sin título*”.

Estas dos últimas declaraciones pueden causar perplejidad: la afirmación, por una parte, del derecho del coheredero a poseer *porque tiene título para ello*; y, por otra, la *admisión del desahucio por precario* frente a ese ocupante que (atención) posee con título.

Trataremos en el siguiente epígrafe de hacer encajar ambas piezas, de difícil compatibilidad. Al menos, *a priori*, si nos atenemos a los conceptos tradicionales de las dos figuras en juego: desahucio por precario y posesión con título.

4.2. *El coheredero goza del ius possidendi, pero no de manera omnímoda*

Llegados a este punto tenemos que preguntarnos: si, de acuerdo con la Sentencia, el demandado tiene derecho a poseer; y, por tanto, no es un precarista ¿qué es lo que fundamenta el ejercicio de la acción? La respuesta la encontramos en la propia Sentencia: el ocupante goza, en efecto, del derecho a poseer (art. 394 CC), pues es un coheredero. Pero la posesión que lleva a cabo incurre (F.J.2º) en un “exceso”, el que viene “*determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien*”, que es la vivienda por él ocupada. Este derecho a coposeer por parte del ocupante, continúa el TS, “*necesariamente comporta el implícito derecho a poseer en cuestión por parte de los coherederos*”. Es decir: no se niega al tenedor de la vivienda el derecho a poseerla; pero sí a poseerla *él solo*. Es la misma idea que palpita en la STS, antes citada, de 8-05-2008, la cual, como vimos, reconoce “*la facultad legal de cada heredero de servirse de las cosas comunes*”. Pero, a renglón seguido, nos recuerda que la Jurisprudencia del propio Tribunal (y cita sus Sentencias de 18-02-1987 y 7-05-2007) “*ha precisado que la utilización de la finca por uno sólo de los partícipes en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce o uso de los demás, es ilegítima*” (F.J. 5º). Más que *ilegítima*, estaríamos ante una utilización o posesión *ilegal*, pues transgrede el art. 394 CC –que la propia sentencia reproduce en el mismo F.J. 5º–, dado que esa tenencia exclusiva de las cosas comunes impediría a los “*copartícipes utilizarlas según su derecho*”, lo cual está prohibido por la norma citada.

Es decir –y esto es esencial en la admisión del desahucio por precario–: no nos encontramos ya ante un mero tenedor o detentador que carece de derecho a poseer la finca; no se trata de alguien “*que está allí*” sin pagar título ni merced por la ocupación, la cual se apoya en la mera tolerancia del dueño. No: el coheredero es un auténtico poseedor, pues entre las facultades que esta cualidad le confiere se encuentra el *ius possidendi*. Ahora bien: esta facultad debe ejercerse de determinada manera. El problema no es, pues, de titularidad, como en el precario tradicional (un “okupa” carece del más mínimo derecho a estar en el inmueble que habita). Antes bien, se trata de un problema de *límites*: si el coheredero (que, *per se*, goza de facultades posesorias: art. 394 CC) traspasa las fronteras de su derecho, será considerado como precarista, *al menos a los efectos de padecer el desahucio*; lo cual, no olvidemos, es la principal consecuencia del precario, la nota común que acota todas las situaciones que pueden ser calificadas de tal. Puesto que, como la doctrina se ha encargado de subrayar, en un visión muy práctica del problema, los supuestos de precario se caracterizan más por sus consecuencias (la admisión del desahucio) que por las causas de los mismos [PAZ ARES, I. (2005), p. 971, que cita a DÍEZ PICAZO y GULLÓN; y a DE ÁNGEL].

4.3. *Los límites del ius possidendi: su determinación*

Poco hemos avanzado si, tras reconocer la viabilidad de la acción de desahucio frente al coheredero que traspasa sus límites, no dibujamos, siquiera a

grandes rasgos, cuáles son esas líneas rojas cuya transgresión le coloca en la incómoda condición de precarista.

Si integramos la escueta sentencia del Tribunal Supremo, podemos extraer algunas orientaciones:

4.3.1. El título sucesorio

La comunidad hereditaria, como ya hemos avanzado, “implica una pluralidad de herederos de un mismo causante que hayan llegado a serlo; es decir, adquirido la herencia. Tiene como sujetos a todos los herederos y como objeto a la herencia indivisa” [RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (1992), p.841].

Pues bien: las facultades posesorias sobre la herencia indivisa atribuidas a cada uno de los coherederos se modularán en función de los derechos conferidos por el título sucesorio. Así se desprende, con nitidez, de la sentencia recurrida de la AP de Las Palmas de 14-02-2006, cuya doctrina acoge el TS, pues minimiza el derecho del ocupante, aduciendo (F.J.3º) que al mismo “*sólo le corresponde la nuda propiedad, junto con dos de sus hermanas actoras de la mitad del inmueble litigioso*”; es decir, una sexta parte en nudo dominio, lo cual significa que el demandado es “*un coheredero minoritario, al que ni tan siquiera le pertenece un derecho de usufructo*”. De ahí deduce la Audiencia que “*el título que alega no ampara, a los efectos del juicio, la posesión que pretende*”, por lo que declara haber lugar al desahucio.

Con arreglo a este criterio, el título sucesorio es determinante para la atribución (o no) de la facultad de poseer los bienes hereditarios antes de la partición. Y lo es en dos sentidos: cualitativo y cuantitativo.

a) Desde el punto de vista *cualitativo*, si el título sucesorio (testamento, declaración de herederos) confiere un derecho que lleve anejo el *ius possidendi*, (plena propiedad –art. 348 CC–, usufructo –art. 467 CC–, habitación –art. 524 CC–) el coheredero tendrá facultades posesorias y, en consecuencia, más opciones para enervar la acción de desahucio. Y, al contrario, si el derecho que le atribuye tal título no incluye la facultad posesoria (por ejemplo, la nuda propiedad) el demandado –como en el caso de la sentencia– difícilmente podrá enervar el desahucio (pues “*ni tan siquiera le pertenece el usufructo*”)

No estoy seguro de que sea un argumento acertado: la posesión que se atribuye a los coherederos, mientras no se ha hecho la partición (art. 1068 CC) es una posesión que hace abstracción del derecho que cada heredero tiene según el título sucesorio...Pues, ¿no gozan, por ejemplo, los herederos nudo propietarios, gravados por un usufructo universal, de la posesión civilísima del art. 440 del CC? No hay duda de que sí; y que, por ejemplo, podrán alegar esa posesión a los efectos de la usucapión y de toma de posesión de los bienes (si no hay nadie con mejor derecho, claro. La STS de 21-10-2008, antes mencionada, negó la

viabilidad del interdicto de adquirir a la heredera pues existía una situación posesoria legal a favor de un tercero).

En este punto, es crucial distinguir antes y después de la partición. Pues verificada ésta y atribuido –si es el caso– la nuda propiedad del inmueble al demandado, es obvio que no podrá poseerlo. Pero *antes* de la adjudicación concreta, no se pueden trasladar de manera automática las atribuciones del título sucesorio a los bienes integrantes de la herencia; de manera que, por ejemplo, el usufructuario universal (entre cuyas facultades figura la de arrendar: art. 480 CC) no podrá concertar válidamente contratos de alquiler antes de la partición... Porque, ¿quién le garantiza, por ejemplo, que algún legitimario no reclamará la intangibilidad cualitativa de su derecho (art. 813.2 CC) y que éste no se materializará sobre la finca que él pretende arrendar? ¿O cómo asegurarle de que ningún heredero decida proceder a la conmutación del usufructo conyugal por rentas o bienes concretos (art. 839 CC)? Son, todos ellos, supuestos de posesión claudicante que difícilmente permiten trasladar las titularidades del título sucesorio a los bienes concretos que integran la herencia.

b) Desde una perspectiva cuantitativa: ¿autoriza esa posesión –la del nudo propietario de una sexta parte de la finca– a ejercerla *en exclusiva*? Sin duda, no. No lo permite ni el sentido común ni la aplicación analógica (art. 4 CC) del art. 394 CC. Y, por eso, es más acertada la sentencia cuando, más adelante, se refiere al “*exceso*” que supone el “*uso en exclusiva de un concreto bien*” (F.J.2º). Ése es el quid de la cuestión: el exceso. Lo que no es óbice para reconocerle, también la nudo propietario de una sexta parte, el *ius possidendi*... Pero *antes* de la partición. Después de ella, no; pues la nuda propiedad sobre bienes concretos, como sabemos, no lleva aneja la facultad posesoria, la cual ha sido desmembrada a favor del usufructuario.

En definitiva: parece justo, lógico y ponderado que la nuda propiedad de una sexta parte, siquiera antes de la partición, no sea título hábil para autorizar una posesión *exclusiva* si la misma es discutida por el resto de los coherederos.

4.3.2. La partición de la herencia no necesariamente zanja el problema

El problema, en los términos planteados, puede desaparecer con la partición de la herencia. En el caso que resuelve el TS, si las adjudicaciones se verifican como un calco del título sucesorio, el coheredero tenedor del inmueble tendrá en nuda propiedad una sexta parte de la finca. Si, en esta situación, continuase poseyendo, ya no nos encontraríamos ante un exceso en el uso de su *ius possidendi*, sino ante el ejercicio de una facultad que no tiene: la posesión. Pues el nudo propietario, afectado por la desmembración del dominio, carece de la misma.

En esta situación, lo cierto es que el desahucio por precario sería admisible sin lugar a dudas, pues el ocupante –pese a ser propietario– carece de faculta-

des posesorias (que corresponden al usufructuario: art. 467 CC) y su detentación de la finca sería, en sentido estricto, como precarista.

Con todo, puede que la partición de la herencia tampoco ponga fin al contencioso posesorio planteado entre un heredero tenedor exclusivo y sus coherederos. En efecto, imaginemos que la comunidad hereditaria, tras la partición, se convierte en una comunidad ordinaria sobre uno o varios inmuebles, algo perfectamente posible y muy frecuente en las escrituras de adjudicación. Cada cotitular tiene facultades posesorias sobre su cuota (arts. 394 y 399 CC), la cual ejercerá en régimen de coposesión, la cual en los supuestos de indivisión. “*puede reconocerse en dos (o más) personalidades distintas*” (art. 445 CC). Ahora bien: si uno de los ellos inicia una posesión exclusiva de la totalidad del inmueble, ¿procederá contra él el desahucio por precario? De acuerdo con la doctrina que emana de la sentencia comentada, sí, pues el comunero habrá incurrido en un *exceso* en su posesión, transgrediendo el objeto de la misma (“*su parte*”, dice el art. 399), perjudicando a los demás condóminos (a los que impedirá utilizar la cosa común “*según su derecho*”: art. 394) y con la presunción en contra de que cada uno de los partícipes sólo posee su parte (*arg.* art. 450). Pues bien: dicho exceso podrá corregirse, precisamente, por la vía del desahucio. Por tanto, y a nuestro juicio, la tesis sostenida en la sentencia no será sólo aplicable a la situación previa a la partición de la herencia, sino que podrá aducirse también después de la misma. En este sentido, los efectos de la partición (art. 1068) atributivos de la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados apenas despliegan consecuencias: la situación de comunidad hereditaria ha dado paso a la de la comunidad ordinaria, pero el “exceso de posesión” en el que puede incurrir un comunero –antes, coheredero– puede ser rectificado por la vía del art. 250.1.2º de la LEC.

4.3.3. El abuso de derecho como solución

Ahora bien, admitido el “exceso” en la conducta del coheredero nudo propietario que se arroga la posesión exclusiva del inmueble antes de la partición, queda pendiente el cauce para corregirlo.

Y, como el TS, ni la Audiencia, pueden negar, ni lo hacen, la cualidad de poseedor al coheredero antes de la partición, acuden al expediente del abuso de derecho. Como sabemos, esta figura, acogida por el art. 7.2 del CC, típica de la teoría general del ejercicio de los derechos, presupone exactamente eso: la existencia de un derecho; de manera que para que un derecho pueda ser ejercitado de manera abusiva, es indispensable ser titular del mismo.

El recurso a la institución del abuso ratifica, pues, la tesis expuesta: el coheredero, aunque su título sucesorio le atribuya la nuda propiedad, goza de la facultad de poseer. En este sentido, la sentencia no deja de reconocer acierto a la tesis jurisprudencial opuesta, la que negaba el desahucio por precario, apoyándose en el derecho a poseer del coheredero. Pero, claro, esta línea argumental

encalla cuando se produce semejante desproporción entre las atribuciones del título sucesorio (nuda propiedad de un sexto) y la tenencia del poseedor (exclusiva). Ateniéndose a una Jurisprudencia de conceptos, tal línea jurisprudencial negaba el desahucio: un tenedor, decían, con derecho a poseer –como lo es coheredero– *no es precarista, de manera que no puede ser desahuciado*.

La respuesta ofrecida por el TS –siguiendo la tesis, mejor desarrollada, de la Audiencia– es aguda, ingeniosa y resolutive. Todo apunta a que ambas sentencias son de aquéllas en las que el juzgador, invirtiendo el orden prefijado, toma primero la decisión final (el fallo); para, a continuación, acometer la labor de fundamentarla. Al tribunal le repudiaba la idea de que un coheredero con un derecho tan frágil según el título sucesorio (nuda propiedad de un sexto) se arrogase la posesión exclusiva de la finca. Se decide, pues, admitir su expulsión, por uso desproporcionado (el “*exceso*”, tantas veces mencionado). Lo que ocurre es que el cauce elegido por los coherederos, la acción de desahucio por precario, no permite encajar fácilmente el supuesto, pues el *coheredero tiene derecho a poseer*. Solución: el demandado está ejercitando el derecho de manera abusiva. De manera que, aún no siendo un precarista en sentido estricto, la acción puede dirigirse contra él. Corrijo: quizá no era un precarista hasta esta sentencia; ahora lo es. Pues, ahondando en la idea antes expuesta (el precario es una figura “*plúrima*” cuya esencia son sus efectos: la acción de desahucio), hoy ya podemos considerar la coheredero como eventual legitimado pasivo para esta acción.

No obstante, el asunto dista de estar resuelto.

4.3.4. El efecto bumerán del abuso de derecho.

Aún cuando pueda suscribirse en esencia la argumentación del TS, la solución a la que se llega no deja de presentar ciertas dudas. En primer lugar, si hemos convenido que el demandado coheredero goza del derecho a poseer, la acción de desahucio dirigida contra él le *impedirá la posesión en exclusiva, pero no su coposesión* con los demás herederos. Aquí habrá que estar a las circunstancias del caso concreto.

Así, podrá admitirse el lanzamiento del coheredero ocupante en un supuesto como el que dio lugar a la sentencia comentada: al demandado, de acuerdo con el título sucesorio, “*ni siquiera le corresponde el derecho de usufructo*” (SAP de Las Palmas de 14-02-2006, F.J.2°).

Pero no parece que éste sea el criterio en casos en los que el título sucesorio confiera similar o el mismo derecho a varios coherederos (hipótesis habitual en la sucesión intestada). Por eso, la ya citada sentencia de la propia AP de Las Palmas de 19-10-2007 (y, en la misma línea, la de 20-11-2001) señala que “*el juicio de desahucio, como procedimiento tendente a la recuperación posesoria, no puede prosperar cuando lo que se pretende es la entrega de la posesión del inmueble a los restantes*

coherederos” si con ello se quiere conseguir –atención– la “*exclusión del demandado (cuyo lanzamiento es instado)*” (F.J.2º). En estos casos, en criterio que comparto, se rechaza el desahucio por carecer “*los actores de posesión exclusiva sobre el bien hereditario ni ostentar individualmente*” –ojo a la atribución del título sucesorio– “*mejor derecho a poseer*”. Esta idea es acertadísima: ante derechos similares, si admitimos el desahucio frente a un coheredero por posesión exclusiva, debemos convenir que los demandantes no podrán pretender, a su vez, poseerlo de la misma manera, con exclusión del demandado. En realidad, bajo este argumento palpita también el abuso de derecho. Pero, ahora, por parte de los actores.

Conducta abusiva que, con mayor contundencia, reprocha a los demandantes la SAP de Asturias de 21-12-2009, varias veces citada. En ella –que resuelve un caso en que todos los coherederos son titulares de idéntico derecho– se les niega legitimación sustantiva o *ad causam* para el desahucio. Siendo el motivo del rechazo su pretensión de “*poseer ellos con exclusión absoluta del otro coheredero, que tiene el mismo derecho a poseer que el que pregonan sus antagonistas y de igual clase*”. El argumento rezuma sentido común; y, de cara al futuro, parece sensato que los demandantes, en casos similares, utilicen el desahucio con la finalidad de despojar al coheredero de su posesión exclusiva, pero respetando la que le corresponda de acuerdo con el título sucesorio (arts. 394 y 445 del CC). Importante conclusión: el abuso de derecho puede venir tanto por la parte *demandada* (que posee en exclusiva lo que pertenece a la comunidad hereditaria) como por la *demandante* (que pretende poseer en exclusiva lo que corresponde a la misma comunidad).

En definitiva: la STS de 16-09-2010 deja para el futuro una idea clara, pero algo endeble. Clara porque, en línea de principio, se admitirá el desahucio frente al coherederos; endeble porque este desahucio dependerá del título sucesorio de los coherederos (demandantes y demandado).

4.3.5. En realidad no hay abuso de derecho

Con todo, debemos abrir una última reflexión: cuando el ocupante de un inmueble es titular de un derecho que le faculta para poseer solo parte del mismo (art. 394 CC), y, sin embargo, lo detenta de manera exclusiva, no está abusando de su derecho, sino utilizando uno que no es suyo, sino de los coherederos.

Como sabemos, la apreciación del abuso de derecho requiere, desde la mítica STS de 14-02-44 la existencia de un derecho “*objetiva y externamente legal*” atribuido a su titular, el cual, al utilizarlo, “*traspasa los límites normales*” (art.7.2 CC) de su ejercicio. Pues bien, en el caso resuelto por la STS, no hay, en mi opinión, abuso de un derecho propio, sino el *ejercicio (invasivo) de un derecho ajeno*. Más que abuso, nos encontramos ante un uso ilegal de un derecho que no corresponde al titular. No concurre, como es necesario para la apreciación del abuso de derecho, según la reciente Jurisprudencia (STS de 15-11-2010, F.J.8º,

que cita la de 18-07-2000), “*una actuación aparentemente correcta*” (no lo es cuando el ocupante exclusivo es un coheredero entre varios); ni, en rigor, una “*anormalidad en su ejercicio*” (sencillamente, ejercita un derecho ajeno); ni consta que lo haga con la “*voluntad de perjudicar*” o con “*ausencia de interés legítimo*”, porque lo que realmente está ausente es su derecho a ocupar en exclusiva el inmueble contra la voluntad de los demás.

Este razonamiento es, desde luego, también aplicable a los demandantes, de forma que si pretenden, con su acción de desahucio, una posesión exclusiva, impidiendo al demandado ejercitar el derecho que le corresponde, también incurren en un uso de un derecho ajeno, que es ilegal por implicar una invasión o, más propiamente, una usurpación. Por eso, en realidad, la utilidad más justa y adecuada al objeto del desahucio deberá ser el “*reintegro a la comunidad*” de la finca ocupada (F.J. 3º SAP de Las Palmas de 14-02-2006).

Por esta misma razón, tampoco es muy feliz la expresión del TS en la S. de 8-05-2008 considerando que “*la utilización de la finca por uno sólo de los partícipes en la comunidad hereditaria excluyendo el goce o uso de los demás es ilegítimo*” (F.J. 5º). Como ya anticipábamos, más que *ilegítimo* es *ilegal*, pues vulnera frontalmente el art. 394 del CC.

5. Bibliografía

- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil común y foral*, tomo IV, volumen 2º, Ed. Reus, Madrid 1986, tomo 4.
- MEZQUITA DEL CACHO, J.L. y MEZQUITA GARCÍA GRANERO, E. “La aceptación”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 2º, Consejo General del Notariado, Madrid, 2005, pp 409 y ss.
- PARÉS, S., “¿Puede un coheredero enajenar o gravar bienes de la herencia antes de practicarse la división?”, *La Notaría*, 1º de octubre de 1909, en *150 años de la revista La Notaría*, Barcelona, 2008, pp. 795 y ss.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I., “El contrato de préstamo”, en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. 2º, Consejo General del Notariado. Madrid 2005, pp. 890 y ss.
- RIERA ÁLVAREZ, J.A., “La partición de la herencia y la colación”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 2º, Madrid, Consejo General del Notariado, pp 601 y ss.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de Sucesiones. Común y foral*. Dykinson. Madrid, 1992.
- ROCA SASTRE, R.M. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas en ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, tomo V, vol. 2º. Ed. Bosch, Barcelona 1951.
- VAQUER ALOY, A., *La comunitat hereditària i las obligacions del causant*, Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1992.