



Roj: **SAP VA 67/2018 - ECLI: ES:APVA:2018:67**

Id Cendoj: **47186370032018100023**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **08/02/2018**

Nº de Recurso: **426/2017**

Nº de Resolución: **59/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JOSE PAÑEDA USUNARIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**VALLADOLID**

SENTENCIA: 00059/2018

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

-

Tfno.: 983.413495 Fax: 983.459564

Equipo/usuario: MMA

**N.I.G.** 47186 42 1 2016 0015112

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000426 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de VALLADOLID

**Procedimiento de origen:** JVH JUICIO VERBAL (DESAHUCIO PRECARIO) 0000978 /2016

Recurrente: Amelia

Procurador: IGNACIO VALBUENA REDONDO

Abogado: JUAN CARLOS RUBIO BARBERIA

Recurrido: Gabriela , Cipriano , Sacramento

Procurador: GLORIA MARIA CALDERON DUQUE, GLORIA MARIA CALDERON DUQUE , GLORIA MARIA CALDERON DUQUE

Abogado: JESUS VERDUGO ALONSO, JESUS VERDUGO ALONSO , JESUS VERDUGO ALONSO

**SENTENCIA num. 59/2018**

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. JOSE JAIME SANZ CID

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

D. FRANCISCO JOSE PAÑEDA USUNARIZ (PONENTE)

En VALLADOLID, a ocho de febrero de dos mil dieciocho

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de JUICIO VERBAL (DESAHUCIO PRECARIO) 0000978 /2016, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de



VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000426 /2017, en los que aparece como parte apelante, Amelia , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. IGNACIO VALBUENA REDONDO, asistido por el Abogado D. JUAN CARLOS RUBIO BARBERIA, y como parte apelada, Gabriela , Cipriano , Sacramento , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. GLORIA MARIA CALDERON DUQUE, asistido por el Abogado D. JESUS VERDUGO ALONSO, sobre desahucio precario, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. FRANCISCO JOSE PAÑEDA USUNARIZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 29 de mayo de 2017 , en el procedimiento JUICIO VERBAL (DESAHUCIO PRECARIO) N° 978/16 del que dimana este recurso. Se aceptan antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.**- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

**FALLO:** "Estimo la demanda presentada por de la procuradora Sra. Calderón Duque en representación de D. Cipriano , D<sup>a</sup> Gabriela , Y D<sup>a</sup> Sacramento , frente a D<sup>a</sup> Amelia , representada por el procurador Sr. Valbuena Redondo, y en su virtud, debo de declarar y declaro la existencia de una extralimitación por parte de la demandada en el ejercicio de su derecho como copropietaria respecto a la ocupación de la vivienda sita en Valladolid, c/ DIRECCION000 n° NUM000 - NUM001 de Valladolid, de la que es copropietaria, y en su virtud, debo de condenar y condeno a dicha demandada a que abandone y deje libre dicho inmueble en el plazo que al efecto se fije bajo apercibimiento de lanzamiento en caso contrario; todo ello con expresa imposición de costas procesales derivadas de esta instancia a la parte demandada.

Que ha sido recurrido por la parte demandada Amelia , oponiéndose la parte contraria.

**TERCERO.**- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 29 de enero de 2018, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Planteamiento de la litis: motivos del recurso de apelación interpuesto por Doña Amelia

Con carácter previo, se aclara por la parte recurrente que si bien la parte demandante ejercitó dos acciones diferenciadas (desahucio por precario y ejercicio abusivo de un derecho por la coheredera), el litigio versó sobre la primera de las acciones por expreso deseo de la actora, mientras que la sentencia resolvió por su parte sobre el abuso de derecho de la recurrente.

En segundo lugar, se insiste en que los herederos otorgaron constnimiento a la hermana para que ocupase la vivienda en litigio (doc. 12), sin que en el mismo constase limitación temporal alguna.

También se discute en el recurso el que se hubiera acreditado por la parte demandante obstaculización alguna por la apelante para la venta de la vivienda ocupada o su alquiler, o el ejercicio de cualquier otro derecho al resto de copropietarios y, por tanto, que se demuestre que ejerza algún tipo de exclusividad sobre el bien. En su opinión, el uso que la parte demandada está haciendo de la vivienda no perjudica el interés de la comunidad, ni impide a los coparticipes utilizarla según su derecho, sin que puede deducirse sin más, conforme a lo actuado, abuso de derecho alguno, especialmente - se insiste- cuando se desistió de dicha acción en beneficio de la acción de desahucio en precario.

Finalmente, aún en el caso el recuera fuera desestimado, se estima que concurren serias dudas de hecho que justificarían apartarse del principio del vencimiento objetivo en lo relativo al pronunciamiento sobre las costas procesales.

### **SEGU NDO .- Sobre el precario y el derecho de poseer de los condóminos y el abuso de derecho**

Pues bien, la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo sobre esta materia desde septiembre del año 2010 viene a reconocer la facultad de los coherederos que ostenten un mayoría de ejercitar acciones de desahucio por precario frente al coheredero minoritario cuando la herencia se encuentre indivisa, siempre que la acción se ejercite en interés de la comunidad hereditaria. Así, la STS de 28 de febrero de 2013 , con cita de otras anteriores como la de 16 de septiembre de 2010 , estableció que: "*e sta 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 proindiviso, 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".*

En este sentido, las sentencias de la AP Madrid, Sección 18ª, de 22 de Mayo de 2014 y de la AP de Salamanca de 24 de marzo de 2014 establecen que *"el artículo 394 del Código Civil permite a los comuneros el uso de la cosa común conforme a su destino sin perjudicar a los demás partícipes y sin impedir a los mismos la utilización de la cosa según su derecho, de forma que si bien no puede negarse la relación posesoria de los recurrentes con el inmueble en cuanto bien integrante de su propio dominio, su derecho recae sobre una cuota del todo y no sobre partes concretas del mismo, de manera que la mera condición de copartícipe en el proindiviso no justifica frente a los demás partícipes la posesión exclusiva de una parte concreta del concreto inmueble, con lo que su posesión sería ilegítima y por ende constitutiva de una situación de precario. Los recurrentes son propietarios de una cuota sobre todos y cada uno de los elementos integrantes del edificio, pero esa cuota no se individualiza en una vivienda concreta que les faculte su uso exclusivo y excluyente".*

En este sentido, conviene precisar cuál será la amplitud que deba otorgarse al precario, y sobre el particular la doctrina jurisprudencial ha optado decididamente por uno amplio, hasta comprender no sólo los supuestos en que se detenta la cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusivo o se manifiesta ineficaz frente al más cualificado que ostente el actor ( STS 30 de octubre de 1986 , 31 de enero de 1995 y 29 de febrero de 2000 , entre otras), de forma que la nota de ajenidad del bien poseído se diluye para centrarse el debate en el hecho de la posesión y la razón de la relación del poseedor con el bien poseído.

Por ello, a pesar de existir posturas jurisprudenciales contrarias (por ejemplo, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Granada de 13 de septiembre de 1995 , Santa Cruz de Tenerife 1 de febrero de 2001 o Madrid, Sección 9.ª, de 6 de junio de 2006 ), la tesis predominante es aquella que, partiendo del concepto amplio de precario y del respeto del principio mayoritario en la administración de los bienes comunes, considera que es posible la acción de desahucio por precario entre condueños (en este mismo sentido, sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 30 de abril de 2008 o las de La Coruña, Sección 6.ª, de 10 de marzo de 2006 , y Navarra, Sección 1.ª, 28 de febrero de 2006 ). En definitiva, como también señaló el TS en su sentencia de 29 de febrero de 2000 , la jurisprudencia ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva.

Lo anterior nos lleva a rechazar expresamente el primero de los motivos de impugnación pues la acción de desahucio por precario no difiere, en su esencia, del ejercicio abusivo de un derecho en la medida en que el fundamento del precario se encuentra en la inexistencia de título suficiente para la posesión y en los tientes abusivos que para los actores presenta el uso ilegítimo de la propiedad.

Por otra parte, entrando a valorar el derecho a poseer que se irroga la demandada y la valoración del perjuicio o abuso de derecho esgrimido por los actores, nos parece oportuno recordar que el precario no atañe exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor ( Ss. TS de 13 febrero 1958 , 30 octubre 1986 y 21 enero 1995 ). La síntesis de esta doctrina jurisprudencial indica que merece el calificativo de precario, para todos los efectos civiles, *"una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho".*



Así las cosas, la parte demandada esgrime dos circunstancias que en su opinión la legitiman para permanecer en la posesión del inmueble: el documento nº 12 consistente en una autorización del resto de copropietarios para ello sin fijación de plazo, y que su posesión ni es obstaculizadora del derecho del resto de copropietarios, ni genera perjuicio alguno.

En relación con el primero de los motivos de oposición, el análisis del citado documento nº 12 refuerza el argumento de que nos hallamos ante un verdadero precario. En concreto, al no haberse previsto plazo o uso alguno del inmueble concreto objeto de la autorización, únicamente cabe considerar el mismo como precario, y en ningún caso como un contrato de comodato ( art. 1740 CC ), pues falta la característica del plazo o uso de la cesión que definiría esta última figura. Por tanto, al hallarnos ante un precario en sentido estricto, la parte actora (que ostenta la mayoría de cuotas adjudicadas en la herencia -75%-) se encuentra perfectamente legitimada para instar la devolución del bien en cualquier momento, sin tener que esperar - a diferencia del comodato- el transcurso de plazo o uso alguno no expresamente contemplado. Podemos afirmar que la simple voluntad del titular del bien en dar por finalizado el precario es causa suficiente, sin que sea preciso alegar o demostrar nada más, para que esa decisión sea efectiva.

En segundo lugar, en cuanto a la voluntad " *del titular del bien* ", hemos de traer a colación lo dispuesto en el art. 398 CC que establece que " *la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes* ", lo que en el caso que nos ocupa supone que el acuerdo de poner fin al precario adoptado con la mayoría que representan los actores (75% de las cuotas) es más que suficiente para legitimar la acción y reivindicar la defensa del verdadero interés de la comunidad en mantener libre y expedita el bien inmueble, excluyendo cualquier tipo de uso exclusivo y en concepto de vivienda/domicilio de cualquier tercero o copropietario minoritario. En este sentido, coincidimos con el juzgador de instancia en que el uso exclusivo por uno solo de los copropietarios en concepto de vivienda supone *de facto* la exclusión del resto en la posesión del mismo y, consecuentemente, un ejercicio abusivo en base al carácter excluyente, lo que justifica el ejercicio y la estimación de la demanda en los términos que han sido planteados.

#### **TERCERO.- Costas**

En cuanto a las costas, al ser desestimado el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 en relación con el art.394.1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

Se interesa por la parte demandada apelante la apreciación de dudas de hecho por cuanto el abandono de la vivienda no fue regulado en el pacto notarial de venta, y no hay prueba de obstaculización. Sin embargo, considerando que la demandada ha abusado de su posición como copropietaria y de la autorización graciosa y de buena fe concedida por dos de sus hermanos para la utilización del inmueble hasta el punto de negarse a abandonar la misma después de ser requerida por el resto de copropietarios, una vez transcurrido un plazo más que prudencial desde la firma y obligando a los actores al ejercicio de acciones civiles para recuperar la posesión, incurriendo en gastos, no parece razonable apreciar motivo alguno para la exoneración de las costas procesales causadas en ambas instancias.

#### **FALLAMOS**

**DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por Doña Amelia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valladolid en fecha 29 de mayo de 2017 , la cual **CONFIRMAMOS** , con imposición a la parte recurrente de las costas procesales de esta alzada.

Al no estimarse el recurso no procede la devolución del depósito constituido al amparo de la Disposición Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.