



Roj: **STS 4385/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4385**

Id Cendoj: **28079110012020100653**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2020**

Nº de Recurso: **962/2020**

Nº de Resolución: **691/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 691/2020

Fecha de sentencia: 21/12/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 962/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 962/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 691/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. **Juan María Díaz Fraile**

En Madrid, a 21 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia de 17 de septiembre de 2019, dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia



Provincial de las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 841/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de las Palmas de Gran Canaria, sobre desahucio por precario.

Es parte recurrente D.ª Leticia , representada por la procuradora D.ª Zaida López Hernández y bajo la dirección letrada de D.ª María del Pilar Santana Rodríguez.

Es parte recurrida D.ª Macarena , representada por el procurador D. José Noguera Chaparro y bajo la dirección letrada de D. Carlos Javier Ruano Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Elisa Pérez Pérez, en nombre y representación de D.ª Macarena , interpuso demanda de juicio verbal instando la acción de desahucio por precario contra D.ª Leticia , en la que solicitaba se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"I.- Declare que la demandada ocupa la vivienda sita en el piso NUM000 de la CALLE000 n.º NUM001 de esta capital, sin título alguno y sin pagar ningún tipo de contraprestación y, por tanto, en situación de precario

"II.- Declare haber lugar al desahucio por precario del demandado del inmueble descrito.

"III.- Condene al demandado a dejar libre, vacua y expedita la mencionada finca y a disposición de la parte actora, bajo apercibimiento de lanzamiento si no lo efectuara en plazo legal."

2.- La demanda fue presentada el 17 de octubre de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Las Palmas de Gran Canaria, fue registrada con el n.º 841/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Zaida López Hernández, en representación de D.ª Leticia , contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia de 28 de junio de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por el procurador Sra. Pérez Pérez en nombre y representación de Don Macarena , contra la parte demandada Doña Leticia , representada por la Sra. López Hernández, debo declarar y declaro haber lugar al desahucio por precario de la vivienda sita en la CALLE000 núm. NUM001 NUM000 de esta ciudad, condenando a la demandada a dejar la misma libre y expedita, con apercibimiento de lanzamiento, todo ello con expresa condena en costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Leticia . La representación de D.ª Macarena se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 860/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 17 de septiembre de 2019, cuyo fallo dispone:

"Que se debe desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Leticia contra la sentencia de fecha 28 de junio de 2018, confirmando dicha resolución, con expresa imposición de costas al apelante".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Zaida López Hernández, en representación de D.ª Leticia , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Motivo Primero. Encabezamiento: Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, previsto en el art. 24.1 de la Constitución Española. Consideramos respetuosamente que la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2019 incurre en error patente en la valoración de la prueba; en cuanto al ser manifiestamente ilógica la valoración de dicha prueba, no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE, situando a Dña. Leticia en una situación de total indefensión. Atendiendo a que la

infracción que se denuncia del art. 24.1 de la Constitución Española, ha sido cometida en la sentencia de 17 de septiembre de 2019 no ha sido posible intentar la subsanación de dicha infracción en la segunda instancia".

El motivo del recurso de casación fue:

"Motivo Primero: Encabezamiento. Al amparo del artículo 477.2.3 de la LEC, por infracción del artículo 394 del Código Civil al existir interés casacional en su modalidad de oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que en interpretación del art. 394 del Código Civil ha establecido que cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de julio de 2020, que admitió el recurso de casación y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D^a. Macarena se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de diciembre de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes acreditados en la instancia.

1.- El 7 de junio de 1990, el matrimonio formado por la demandante D.^a Macarena y D. Luis Angel adquirieron para su sociedad de gananciales una vivienda sita en el piso NUM000 de la CALLE000 nº NUM001 de Málaga.

2.- Tras su divorcio, la demandada, D.^a Leticia, contrajo matrimonio con D. Luis Angel, y fijaron su residencia en la citada vivienda.

3.- D. Luis Angel falleció dejando testamento otorgado ante notario el 13 de diciembre de 2013, en el que nombraba legataria de todos sus bienes a D.^a Leticia.

4.- D.^a Macarena presentó demanda en la que solicitaba sentencia en la que se declarara: (i) que la demandada ocupa la vivienda sita en el piso NUM000 de la CALLE000 nº NUM001 de esta capital, sin título alguno y sin pagar ningún tipo de contraprestación y, por tanto, en situación de precario; (ii) haber lugar al desahucio por precario de la demandada del inmueble descrito; y (iii) que se condenara a la demandada "a dejar libre, vacua y expedita la mencionada finca y a disposición de la parte actora, bajo apercibimiento de lanzamiento si no lo efectuara en plazo legal".

5.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda.

6.- La demandada recurrió la sentencia, y la Audiencia desestimó la apelación. En su sentencia razonó su decisión del siguiente modo:

(i) en el caso de la litis no estamos ante el típico supuesto de desahucio entre coherederos, pues lo que acaece es que un comunero, la demandante, que ostenta el 50% del condominio del bien inmueble, ejercita una acción de desahucio por precario contra la legataria del usufructo del otro 50%, que hace un uso exclusivo y excluyente del mismo;

(ii) sin embargo, la doctrina jurisprudencial sobre el precario entre coherederos o entre comuneros es perfectamente aplicable al caso; según esta doctrina, estando pendiente el estado de indivisión hereditaria que precede a la partición y teniendo ésta el carácter de operación complementaria que resulta indispensable para obtener el reconocimiento de la propiedad sobre bienes determinados de la herencia, no cabe admitir un uso exclusivo de un bien hereditario en favor de un determinado coheredero;

(iii) la jurisprudencia admite la viabilidad de la acción de precario entre coherederos, frente al coheredero que disfruta exclusivamente por concesión graciosa del causante, y en favor de la comunidad hereditaria;

(iv) la recurrente niega la legitimación activa de la demandante para plantear una acción de desahucio por precario por entender que estarían actuando en su propio nombre y no en el de la comunidad; argumento que se rechaza porque, según reiterada jurisprudencia, no se da la falta de legitimación cuando, aunque no se haya



hecho constar en la demanda de una manera expresa que se actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma, se plantea una pretensión que, de prosperar, redundará en provecho de la comunidad;

(v) en este caso, la demandante en todo momento ha hecho constar su condición de copropietaria del 50% de la vivienda, perteneciendo el resto a la comunidad de herederos de su ex esposo D. Luis Angel ; y

(vi) aunque es cierto que en el suplico de la demanda la actora no declara expresamente actuar en beneficio de la comunidad hereditaria, también lo es que la sentencia de instancia en su fallo al estimar íntegramente la demanda de desahucio por precario se limita, única y exclusivamente a condenar a la demandada "a dejar la misma libre y expedita, con apercibimiento de lanzamiento", sin autorizar a la actora a ocupar ella misma de forma exclusiva la vivienda, y con ello se beneficia a la comunidad de coherederos a la espera del resultado de la adjudicación hereditaria.

7.- La demandada ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido, y un recurso de casación, articulado en un único motivo, que ha sido admitido.

SEGUNDO. - *Recurso de casación. Formulación del motivo.*

1.- *Planteamiento.* El motivo denuncia la infracción del art. 394 CC y la jurisprudencia contenida en las sentencias de 16 de septiembre de 2010 y de 28 de febrero de 2013. La vulneración se habría producido porque si bien cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, esta posibilidad exige que no actúe en beneficio exclusivo, y en este caso la demandante habría actuado en su exclusivo interés y provecho.

2.- En su desarrollo argumenta que: (i) la demandante no forma parte de la comunidad hereditaria de D. Luis Angel , al haberse divorciado del mismo y no haber sido instituida heredera en su testamento; a diferencia de la demandada a la que el causante legó el usufructo de toda su herencia; (ii) la Audiencia ha infringido la jurisprudencia en relación al desahucio por precario entre coherederos en el período de indivisión que precede a la partición hereditaria, jurisprudencia que es plenamente aplicable al supuesto de desahucio por precario en comunidad postganancial no liquidada como la de la litis; (iii) en el período de indivisión que precede a la partición hereditaria (aplicable también al período que antecede a la liquidación de la comunidad postganancial), ningún heredero o comunero puede, frente a otro que haga uso exclusivo del bien común, reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria (o postganancial); si actuara en su propio nombre, carecería de legitimación activa; (iv) la sentencia recurrida reconoce que en el suplico de la demanda la actora no declara expresamente actuar en beneficio de la comunidad hereditaria (algo que, además, sería imposible pues la demandante no es heredera), pero como el fallo de la sentencia de instancia, al estimar íntegramente la demanda, se limita exclusivamente a condenar a la demandada a dejar la misma libre y expedita con apercibimiento de lanzamiento, la Audiencia desestima el recurso de apelación; (v) el razonamiento de la Audiencia, al de calificar el fallo de la sentencia de instancia como beneficioso para la comunidad de coherederos, de la que no forma parte la actora y a la que no pertenece, en su integridad, la vivienda litigiosa, en lugar de partir de la pretensión de desahucio que, por sí y para sí, formuló D.^a Macarena en su demanda, vulnera la jurisprudencia en la que la legitimación se vincula con la pretensión que se deduce en la demanda; y (vi) la sentencia de 1 de febrero de 2007 aclaró que lo determinante respecto de la legitimación para reclamar en favor de una comunidad no es la naturaleza de ésta, sino que conste que se demanda en beneficio de todos los comuneros o coherederos, y no en el exclusivo y propio nombre; en el mismo sentido se pronunció la sentencia de 13 de diciembre de 2006 en un supuesto de comunidad postganancial.

TERCERO. - *Decisión de la sala. La legitimación para ejercitar una acción de desahucio por precario en las comunidades postgananciales frente a un cotitular que detenta la posesión de forma exclusiva. Desestimación.*

El recurso se desestima por las razones que exponemos a continuación.

1.- Antes de entrar en el desarrollo de la fundamentación de nuestra decisión, resulta conveniente precisar el supuesto de hecho al que se refiere la controversia. La vivienda litigiosa pertenecía, con carácter ganancial, al matrimonio formado por Dña. Macarena y D. Luis Angel , matrimonio que fue disuelto por divorcio, sin que conste haberse practicado la liquidación de la sociedad de gananciales. D. Luis Angel contrajo matrimonio, en segundas nupcias con D.^a Leticia (aquí demandada y recurrente), a quien legó el usufructo de toda su herencia. En consecuencia, disuelta la sociedad de gananciales tras el divorcio de los cónyuges y habiendo fallecido D. Luis Angel sin haberse liquidado la misma, la vivienda pertenece a la comunidad postganancial constituida por la demandante y la comunidad de herederos del fallecido D. Luis Angel , de la que no forma parte aquella, y sí la demandada, en su condición de legataria del usufructo de toda la herencia.

Por tanto, lo que aquí se debate es una acción de desahucio por precario instada por la primera esposa de D. Luis Angel contra la segunda respecto de la vivienda que corresponde a la comunidad postganancial



formada por aquella y la comunidad hereditaria de éste, a la que pertenece la segunda esposa como legataria del referido usufructo, y que tiene la posesión exclusiva de la vivienda.

2.- La institución jurídica del precario no aparece específicamente regulada en nuestro ordenamiento, si bien la mayoría de la doctrina lo encuadra en el art. 1750 CC. No obstante, ha sido desarrollado por una abundante jurisprudencia, que ha definido el precario como "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" (sentencias 110/2013, 28 de febrero; 557/2013, 19 de septiembre; 545/2014, de 1 de octubre, y 134/2017, de 28 de febrero). Existe el precario: (i) cuando hay una situación de tolerancia sin título; (ii) cuando sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente, (iii) o incluso la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario (SSTS de 3 de diciembre de 1.958 y 30 de octubre de 1.986, entre otras).

Por tanto, no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente (en el sentido que a la institución del precario le atribuyó el Digesto), 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 (sentencias de 13 de febrero de 1.958, 30 de octubre de 1.986 y 6 de noviembre de 2008). Entre estos títulos que puede alegar el demandante se incluyen los de carácter meramente personal. Por ello el arrendatario está legitimado frente al poseedor sin título (sentencia de 31 de enero de 1995).

3.- El art. 250.1 nº 2 LEC ha establecido el juicio verbal como cauce para ejercitar la acción de desahucio por precario:

"Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: [...] 2º Las 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".

Los presupuestos de este tipo de proceso son: (i) el título que ostenta el demandante, (ii) la identificación del bien poseído en precario y (iii) la insuficiencia o carencia de título del demandado.

La prueba de la existencia de un título habilitante que ampare la posesión o el pago de renta o merced corresponden a los demandados al tratarse de hechos positivos frente a la pretensión de desahucio articulada en la demanda.

4.- La LEC introdujo la novedad de suprimir el carácter de procedimiento sumario del desahucio por precario, pues la sentencia que le pone término tiene plenos efectos de cosa juzgada, ya que no está incluida en el apartado segundo del art. 447 LEC, conforme al cual:

"no producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias".

La exposición de motivos de la ley explica así esta novedad:

"en cuanto al carácter sumario, en sentido técnico-jurídico, de los procesos, la Ley dispone que carezcan de fuerza de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a aquéllos en que se pretenda una rápida tutela de la posesión o tenencia, las que decidan sobre peticiones de cese de actividades ilícitas en materia de propiedad intelectual o industrial, las que provean a una inmediata protección frente obras nuevas o ruinosas, así como las que resuelvan sobre el desahucio o recuperación de fincas por falta de pago de la renta o alquiler o sobre la efectividad de los derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación. La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad [...]".

En consecuencia, en este procedimiento podrán enjuiciarse las relaciones jurídicas que puedan alegarse como justificación de la posesión cuya recuperación se pretenda y la existencia de una situación posesoria que revista las características propias del precario, sin las limitaciones propias de un procedimiento sumario en cuanto a los medios de ataque y defensa (no se limitan los medios de prueba, a diferencia de los desahucios por impago de rentas), al tratarse de un procedimiento que, si bien limitado a ese objeto, tiene carácter plenario.



5.- Las situaciones de precario en el caso de bienes en comunidad. En cuanto a las situaciones de precario en las comunidades de bienes y, en particular, en las comunidades hereditarias, la jurisprudencia de esta sala ha admitido la facultad legal de cada coheredero de servirse de las cosas comunes, pero ha precisado que la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, que excluya el uso de los demás, es ilegítimo.

En las sentencias de 8 de mayo de 2008 y 26 de febrero de 2008, esta sala declaró 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 el mismo sentido en la sentencia de 29 de julio de 2013 declaramos:

"el supuesto en cuestión se encuadra metodológicamente en el ámbito de la protección posesoria de las cosas comunes de la herencia durante el período de indivisión de la misma (artículos 445 y 450 del Código Civil), de forma que, aunque se admite la coposesion, y su tutela, ello no autoriza a ningún coheredero a que posea con carácter exclusivo un bien que pertenece pro-indiviso a la comunidad hereditaria. Lo actuado en este sentido comporta una clara extralimitación objetiva del derecho de posesión del coheredero y como tal un perjuicio o despojo injustificado para el resto de los coherederos [...] su posesión en exclusiva o excluyente del bien hereditario comporta una extralimitación de su derecho de coposesión carente, por tanto, de una necesaria cobertura formal de derecho [...]".

Esta misma doctrina jurisprudencial se reiteró en la sentencia 74/2014, de 14 de febrero.

6.- En consecuencia, resulta llano que la jurisprudencia admite la viabilidad de la acción de precario a favor de la comunidad hereditaria y frente al coheredero que disfruta de la cosa en exclusiva, aunque fuere por concesión graciosa del causante. Como afirmó la sentencia de 16 de septiembre de 2010, explicando el fundamento de este criterio, "estando pendiente el estado de indivisión hereditaria que precede a la partición y teniendo ésta el carácter de operación complementaria que resulta indispensable para obtener el reconocimiento de la propiedad sobre bienes determinados de la herencia, no cabía admitir un uso exclusivo de un bien hereditario en favor de un determinado o particular coheredero".

7.- A lo anterior se añade en el caso del presente pleito el hecho de que la vivienda litigiosa que forma parte del caudal hereditario tiene carácter ganancial. Por ello resulta necesario proceder a la previa liquidación de la sociedad de gananciales (devenida en comunidad postganancial tras su disolución por divorcio) para determinar el caudal hereditario.

Disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges, o sus herederos, individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes gananciales, sino que la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo. Únicamente cuando concluyan las operaciones encaminadas a su liquidación, aquella cuota sobre aquella masa patrimonial, será sustituida por las titularidades singulares y concretas que a cada uno de los ex cónyuges o sus herederos se adjudique en la liquidación. Por tanto, con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales (incluidas las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos), pues solo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible (sentencia 196/2020, de 26 de mayo).

8.- Una vez reconocida la viabilidad del precario entre coherederos o comuneros, queda por analizar si la legitimación activa para el ejercicio de la acción puede reconocerse en uno solo de los coherederos/ comuneros, y si dicha actuación ha de ser expresamente realizada en nombre y provecho de la comunidad.

Resulta pacífico, sin embargo, y no controvertido en la litis, que las mismas soluciones propias de las comunidades hereditarias, son también aplicables al caso de las comunidades postgananciales. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta sala. Como afirmamos en la sentencia 700/2015, de 9 de diciembre (citada por la misma recurrente), reiterando otras anteriores:

"Como declaraba la STS de 7 noviembre de 1997, la comunidad que surge en el periodo de comunidad postganancial es equiparable a la hereditaria, y lo mismo recoge la sentencia de 10 de junio 2010, Re. 1202/2006, citada por la de 12 de noviembre 2015, Re. 1074/2013, que mantiene que, una vez disuelta la comunidad de gananciales, pero aún no liquidada, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria (STS de 11 de mayo de 2000)".



9.- La legitimación activa para el ejercicio de la acción de precario entre coherederos. La partición tiene carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados (art. 1068 CC, y sentencia de 4 de mayo de 2005).

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 (sentencias de 25 de junio de 1995 y 547/2010, de 16 de septiembre).

10.- Esta regla de actuación en beneficio de la comunidad no es exclusiva de la comunidad hereditaria (comunidad de tipo germánico), sino que rige también en el ámbito de la comunidad ordinaria de bienes de los arts. 392 y siguientes del Código Civil y en el de la propiedad horizontal. En cuanto a la comunidad ordinaria, es doctrina reiterada de esta sala, en interpretación del art. 394 CC, la de que cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor (sentencias, entre otras, de 6 de junio de 1997, 3 de marzo de 1998 y 7 de diciembre de 1999 y 1275/2006, de 13 de diciembre).

Y en cuanto a la propiedad horizontal, la sentencia de 30 de octubre de 2014, con cita de numerosas sentencias anteriores, y reiterada por la 321/2016, de 18 de mayo, resume la doctrina jurisprudencial, en estos términos:

"Cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio y ejercitar acciones que competan a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la misma (sentencias, por todas, 10 de junio de 1981, 5 de febrero de 1983, 18 de diciembre de 1985, 17 de abril de 1990, 8 de abril de 1992 y 6 de junio de 1997). La sentencia núm. 46/1995, de 31 enero, afirma que "es doctrina reiterada de esta Sala la de que cualquier condómino está legitimado para ejercitar acciones, no tan sólo de aquella parte del espacio comprensivo de su piso o local sobre los que ostenta un derecho singular y exclusivo, sino también en defensa del interés que le corresponde sobre los elementos comunes (SS. 10 junio 1981, 3 febrero 1983, 27 abril y 23 noviembre 1984 y 12 febrero 1986), así como que no se da falta de legitimación cuando, aunque no se haya hecho constar en la demanda de una manera expresa que se actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma, se plantea una pretensión que, de prosperar, ha de redundar en provecho de la comunidad (S. 8 junio 1992)".

11.- La recurrente niega la legitimación activa de la demandante, en síntesis, por dos razones: (i) por falta del requisito de actuar en beneficio o provecho de la comunidad; alega para ello los términos literales en que se formuló el suplico de la demanda en la que no se citaba la comunidad postganancial; y (ii) porque la demandante no forma parte de la comunidad hereditaria, por lo que no puede actuar en provecho de la misma. Analizaremos separadamente ambas razones.

12.- En primer, lugar en cuanto a la actuación en provecho de la comunidad, no puede confirmarse la objeción de la recurrente. Es doctrina jurisprudencial constante de esta sala que la circunstancia de no haber hecho constar en la demanda que el actor actúe en beneficio de la comunidad no es razón para negarle la legitimación (sentencias de 19 de mayo de 1984; 30 de mayo de 1986; 13 de febrero, 21 de septiembre, 26 de noviembre y 7 de diciembre de 1987; 15 de enero de 1988; 17 de abril de 1990 y otras).

No se da la falta de legitimación en el actor cuando, aunque no se haya hecho constar en la demanda, de una manera expresa, que se actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma, se trata de una pretensión que de prosperar redundará en provecho de la comunidad.

Como dijimos en la sentencia de 8 de abril de 1992, la legitimación activa del comunero, en cualquier clase de comunidad, viene determinada por su fundamento en el derecho material ejercitado (acción en provecho común) y por el resultado provechoso pretendido, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor.

En el mismo sentido se pronunció la sentencia de 24 de junio de 2004:

"ciertamente no puede cuestionarse la posibilidad de que cualquier comunero litigue en nombre de la comunidad de la que forma parte. También se admite tal actuación en interés de todos pese a que éste no se haya indicado expresamente en la demanda, más para que esta legitimación silenciada pero implícita sea reconocida resulta imprescindible que la pretensión deducida sólo en nombre del actor haya necesariamente de redundar en beneficio de la Comunidad a la que el mismo pertenece".

13.- Reiteramos esta jurisprudencia nuevamente en las sentencias de 13 de diciembre y de 21 de diciembre de 2006: "sin que sea imprescindible la expresión en la demanda de que actúa en nombre e interés de la comunidad de manera que basta el ejercicio de una pretensión que, en caso de prosperar, redundara en provecho de la comunidad y siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor".



En definitiva, ejercitar la acción de desahucio frente a un coheredero o comunero en provecho exclusivo del actor, pretendiendo su uso exclusivo y excluyente, contravendría el fundamento de la acción, pues incurriría en la misma posesión exclusiva.

14.- Es cierto que en el suplico de la demanda la actora no declaraba de forma expresa actuar en beneficio de la comunidad, y que la Audiencia incurre en el error de mencionar la comunidad hereditaria, a la que no pertenece la demandante, en lugar de la comunidad postganancial, a la que sí pertenece. Pero este hecho no desvirtúa la razón de fondo en que apoya su *ratio decidendi*, al aplicar correctamente la jurisprudencia que hemos reseñado conforme a la cual lo relevante no es que en la demanda se diga expresamente que se actúa en nombre e interés de la comunidad, sino que el fundamento material de la acción, en caso de prosperar, redunde en beneficio y provecho de la comunidad a la que pertenece la demandante y la demandada, esto es la comunidad postganancial, a la que aquella pertenece directamente y ésta a través de su participación en la comunidad hereditaria de uno de los cónyuges, adquirentes de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales, una vez disuelta y no liquidada.

El error de la Audiencia al referirse a la comunidad hereditaria en lugar de a la comunidad postganancial resulta irrelevante, pues, como ya señalamos y acepta la propia recurrente, el régimen jurídico de una y otra, a estos efectos, es equivalente (sentencia 700/2015, de 9 de diciembre).

15.- Por lo demás, el fallo de la sentencia de primera instancia, que confirma la Audiencia, hace una interpretación correcta de nuestra jurisprudencia cuando limita su declaración a condenar a la demandada a dejar la vivienda "libre y expedita, con apercibimiento de lanzamiento", sin autorizar a la actora a ocupar ella misma de forma exclusiva la vivienda, pues, como antes dijimos, la acción de desahucio frente a un coheredero o comunero en provecho exclusivo del actor, pretendiendo su uso exclusivo y excluyente, contravendría el fundamento de la acción, pues incurriría en la misma posesión exclusiva. La recurrente ha puesto de manifiesto desde el inicio del procedimiento su condición de cotitular de la vivienda, como bien perteneciente a una sociedad de gananciales no liquidada, y, como se ha señalado en la instancia, no ha reclamado la posesión de la vivienda únicamente a su favor y con exclusión de los demás interesados en la reiterada comunidad postganancial.

16.- Cosa distinta es que el fallo de la sentencia deba entenderse sin perjuicio del régimen propio de la coposesión y su tutela durante el periodo de indivisión de la herencia y hasta la liquidación de la comunidad postganancial. Como declaramos en las sentencias de 8 de mayo de 2008 y 26 de febrero de 2008, 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. Pero esa conclusión "en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeder [...], 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".

CUARTO. - Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación, que ha sido desestimado, deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Leticia contra la sentencia de 17 de septiembre de 2019, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de apelación núm. 860/2018.

2.º- Condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.