

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 20 DE ENERO DE 2014 (1744/2014)**

**Desahucio por precario entre coherederos.  
Legitimación de la legataria del usufructo universal  
de la herencia y copropietaria del inmueble  
sobre el que se ejercita la acción**

Comentario a cargo de:  
Ignacio Gomá Lanzón  
Notario

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 20 DE ENERO DE 2014**

**ID. CENDOJ:** 28079119912014100005

**PONENTE:** *DON FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO.*

**Asunto:** El presente caso plantea, como cuestión doctrinal, si la esposa del causante, instituida legataria del usufructo universal de la herencia, tiene legitimación para el ejercicio de la acción de desahucio por precario frente a los instituidos herederos, hijos del causante, o si, por el contrario, dicha legitimación solo le ampara para actuar en beneficio de la comunidad hereditaria, mientras la herencia permanezca total o parcialmente en estado de indivisión.

**Sumario:** 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación. 5. Doctrina del tribunal supremo: 5.1. La cuestión planteada no es la “tradicional polémica con ocasión del desahucio entre coherederos. 5.2. La autonomía del derecho hereditario y el ejercicio de la acción. 5.3. ¿La solución vale para todos los supuestos?. 5.4. Conclusión. 6. Bibliografía utilizada.

## **1. Resumen de los hechos**

El causante fallece bajo testamento abierto en el que lega a su esposa, a elección de ésta, o el usufructo universal, con relevación de inventario y fianza y facultad para tomar posesión por sí misma de este legado, o el tercio libre de su herencia, sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria. La esposa del causante otorga una escritura de aceptación y adjudicación parcial de herencia en la que opta por el usufructo vitalicio universal y toma posesión de él sin inventario, de acuerdo con lo dispuesto en el testamento, y notifica por burofax y acta notarial su decisión al hijo y heredero. A continuación, ejerce la acción de desahucio por precario frente a éste, en relación a un inmueble, ganancial del testador y la demandante, que está ocupando.

## **2. Soluciones dadas en primera instancia**

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Tras considerar probado que la sociedad de gananciales no había sido liquidada y que la herencia no había sido objeto de partición, valoró que la titularidad del bien objeto del litigio pertenecía a todos los herederos sin distribución de cuotas. Añadió que la demandante no actuaba en beneficio de la comunidad, sino en el propio. Finalmente razonó que la incomparecencia de la demandante al acto de la vista, cuando su interrogatorio había sido previamente solicitado, permitía tener por reconocidos ciertos hechos, más en concreto que la voluntad del esposo de la actora era que el demandado permaneciera en la vivienda y que la reclamación efectuada por la actora tenía como objetivo evitar la partición de la herencia.

## **3. Soluciones dadas en apelacion**

Formulado recurso de apelación por la actora, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictó sentencia de 2 de diciembre de 2010 en la que estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia de Primera Instancia y estimó íntegramente la demanda interpuesta.

La Audiencia Provincial consideró que la finca objeto del litigio formaba parte de la sociedad de gananciales constituida entre ella y su difunto esposo y que además aquélla era usufructuaria de su herencia en virtud del legado otorgado en testamento, que fue objeto de aceptación y adjudicación parcial, mediante escritura otorgada unilateralmente por ella y notificada al hijo heredero; por ello, lo decisivo en este caso no es la legitimación de un heredero contra otro, pues quien acciona es el cónyuge viudo respecto a un bien ganancial y como usufructuaria universal de la herencia. Señaló que tales circunstan-

cias justificaban, sobradamente, la legitimación de la actora para el ejercicio de la pretensión.

Junto a tales hechos, indicó que la posesión del demandado no se hallaba amparada por un comodato, ni por ningún título, por lo que calificaba dicha posesión de precario debiéndose estimar la demanda. También es improcedente la aplicación de las consecuencias del art. 304 de la LEC, pues esta norma no obliga a sancionar a los que no comparecen al interrogatorio con la consecuencia de tenerlos por confesos de los hechos y menos cuando esta incomparecencia está, como era el caso, justificada.

#### **4. Los motivos de casación**

Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal del heredero con un único motivo, basado en el artículo 1068 y los artículos 440, 820.3 °, 868, 885 y 887 CC y por la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales.

Como sentencias que mantienen el criterio sustentado por la parte recurrente cita, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 19 de junio de 2006, así como las sentencias de dicha Audiencia Provincial, Sección 11ª, de 31 de marzo de 2003, 7 de febrero de 2005 y 30 de junio de 2008. Frente a esta posición o criterio se cita, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, de 19 de mayo de 2006 y 27 de julio de 2009.

#### **5. Doctrina del Tribunal Supremo**

##### *5.1. La cuestión planteada no es la “tradicional polémica con ocasión del desahucio entre coherederos”*

La sentencia desestima el recurso porque considera que los argumentos planteados, los propios del desahucio entre coherederos, no se corresponden con el caso planteado en el que quien ejercita la acción no es exactamente un coheredero o varios contra otro que posee indebidamente antes de la partición sino la cotitular del patrimonio ganancial pendiente de liquidación y usufructuaria de la totalidad de la herencia, también pendiente de partición.

No obstante, y aun siendo así, por razones que se comprenderán más adelante y que tienen que ver con la imposibilidad de generalizar la doctrina que se contiene en esta sentencia, consideramos importante hacer alguna

referencia a esa que el propio Tribunal Supremo llama “tradicional polémica con ocasión del desahucio entre coherederos” y que no considera aplicable al caso.

Lo primero que conviene resaltar, para centrar la cuestión discutida, es que se está en estos supuestos debatiendo básicamente una cuestión procesal y no propiamente –aunque tenga mucho que ver– sobre la cuestión de Derecho civil de si uno de los herederos tiene o no la facultad de poseer algún bien de la herencia indivisa, generalmente la vivienda del causante en la que permanece uno de los hijos que, frecuentemente, vivía ya con alguno de los progenitores fallecidos. No obstante conviene señalar que el Código civil da algunas normas al respecto: ninguno de los coherederos puede, sin título que lo justifique, servirse de las cosas comunes de manera que perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas conforme a su derecho, correspondiendo las facultades de uso y disfrute a todos los herederos que, si se trata de alteraciones o en general actos de disposición, actuarán por unanimidad y si es un acto de administración o de mejor disfrute actuarán por mayoría, como así resulta de los artículos 394, 397 y 398 del Código civil relativos a la comunidad de bienes pero aplicables a la comunidad hereditaria (cfr. STS de 24 de julio de 1988), pudiendo cada heredero accionar individualmente en beneficio de la comunidad (art. 394 Cc) o herencia (STS 18 de diciembre de 1933). Pero estas son las reglas aplicables a la comunidad en general; ahora bien, los coherederos ¿pueden poseer bienes concretos que formen parte de la herencia? Gómez Taboada trata la cuestión (pg. 830) y encuentra argumentos favorables a ello (art. 1064 Cc, que habla de la liquidación del estado posesorio; la analogía con la comunidad hereditaria; la protección interdictal o la posibilidad de usucapir).

Es en este punto donde comienza la cuestión que nos interesa, la procesal, que podríamos formular preguntándonos si ciertos coherederos pueden ejercitar la acción de desahucio por precario que, en la actualidad, se concede a quien tiene “derecho a poseer” la finca (art. 250.1.2º LEC) contra otro coheredero, que puede entenderse que también tiene ese “derecho a poseer”. El problema se centra, pues, en determinar: 1) La legitimación pasiva: si en estos casos puede entenderse que el copartícipe que no tiene una participación mayoritaria en la herencia y usa la cosa para sí es realmente un precarista, es decir, si su posesión puede ser considerada una posesión sin título o si por el contrario tiene un título aunque sea parcial y limitado, atendida su condición de coheredero y, al menos, de coposeedor; y 2) La legitimación activa: si, en su caso, esa acción la debe ejercer la comunidad en su beneficio y por mayoría, o si puede ejercerla individualmente un coheredero, en beneficio de la comunidad.

La cuestión tiene interés porque se han producido en los últimos tiempos cambios legislativos en materia de desahucio que han fundamentado pro-

nunciamentos contradictorios de las Audiencias, como resume pormenorizadamente González Valverde. En efecto, en el procedimiento previo a la ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil, la acción se concedía al dueño o titular del derecho a disfrutar de la finca a expensas de que la relación jurídica con el precarista se limitase a la derivada del contrato de arrendamiento o precario, pero quedaba excluida cuando la relación entre las partes implicase cuestiones controvertidas diferentes que desbordaban este cauce procesal sumario. La alegación de “cuestión compleja” implicaba la inadecuación del procedimiento. La nueva LEC permite en cambio en su art. 250.1.2º verificar sin restricciones alegaciones y proponer pruebas, eliminando su carácter sumario y acogiendo el de plenario, lo que permite al juzgador entrar en esas “cuestiones complejas” relacionadas con la situación posesoria y permitiendo así una sentencia efectiva.

No obstante, ello no significa que hayan desaparecido las limitaciones propias del objeto del proceso, por lo que no procederá resolver cuestiones como la resolución del título invocado o el desahucio por causas distintas del precario. Es más, esta nueva regulación ha hecho que aparezcan nuevas discrepancias –previsiblemente es a ellas a las que se refiere el recurso– materializadas en sentencias de diverso signo en las audiencias, que podemos resumir así:

— Las que acogen un concepto amplio de precario, en el que se incluyen todos los propios del texto normativo de la LEC de 1881 y, por tanto, comprendiendo los supuestos en los que había una relación previa entre las partes o se detenta un bien por tolerancia o concesión graciosa, pero también todos aquellos en los que el demandado tiene la posesión de mero hecho sin pagar merced y sin ningún título.

— Las que acogen un sentido más estricto en los que en el concepto de “cedida en precario” del art. 250 LEC es el típico romano e incluye solamente el caso de existencia de una relación previa, pero no cuando no la hay, porque ello impide la reconvencción del demandado si pretende alegar otro título o la improcedencia de reconducir a esta acción otras como la reivindicatoria o declarativa de dominio.

En particular, en relación al ejercicio de tal acción entre coherederos, y como resume la STS 16 de septiembre de 2010, la jurisprudencia menor había mantenido dos posiciones que no son totalmente homogéneas o encajables en la distinción que acabamos de señalar, pero guardan cierto paralelismo:

— las sentencias que consideraban viable la acción porque: en cuanto a la legitimación activa, el resto de los coherederos son en su conjunto titulares del patrimonio hereditario no partido y pueden defender los intereses de la comunidad; en cuanto a la pasiva, aunque el coheredero no carece de título,

éste no ampara la posesión exclusiva, lo que implicaba un ejercicio abusivo de su derecho.

— las sentencias que excluyen el desahucio porque: en cuanto a la legitimación activa, la indeterminación provisional de titularidades entre los coherederos en tanto no se produzca la partición hace que estén todos en pie de igualdad; en cuanto a la pasiva: el coheredero que posee un bien integrado en la masa hereditaria, sin partir, aunque no tenga derecho a poseer en exclusiva, no por ello se le tiene que negar su derecho a poseer, por lo que ostenta un título legitimador incompatible con el precario.

El Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de septiembre de 2010, 28 de febrero de 2013 y de 29 de julio de 2013 se inclina por admitir la viabilidad del ejercicio de la acción, buscando una solución flexible que combine el reconocimiento que el coheredero puede tener derecho a poseer con el reconocimiento del derecho de los demás coherederos a recuperar la posesión. No obstante, exige determinadas condiciones:

— Que los bienes estén en indivisión (aunque si efectuada la partición las adjudicaciones son en proindiviso el problema será el mismo).

— Que haya una posesión exclusiva y excluyente por parte del coheredero que expulsa a los otros del uso y aprovechamiento, y que constituya una extralimitación de su derecho.

— Que la acción la ejerciten quienes representan una participación mayoritaria en la herencia y lo hagan no para sí sino en beneficio de la comunidad hereditaria.

En definitiva, el Tribunal Supremo considera posible el ejercicio de la acción de desahucio por precario por la existencia de una ruptura no justificada de los límites de la coposesión (un abuso o extralimitación), que causa un perjuicio a la comunidad, por la que el proceso se otorga como beneficio a ésta o a quien actúa en interés de esta –la mayoría de los coherederos– y no al que pretende ejercitarla aisladamente, que debe usar otro cauce procesal, que no será el del desahucio.

## 5.2. *La autonomía del derecho hereditario y el ejercicio de la acción*

Pues bien, la sentencia no considera aplicable esta doctrina al caso contemplado por ella porque la viuda que ejerce la acción tiene, en suma, todos los títulos para el uso y disfrute de todos los bienes que se comprendan en la herencia, antes o después de la partición, dado que la adjudicación concreta de bienes a una u otra mitad de gananciales, en la liquidación de la sociedad conyugal, o a uno u otro heredero concreto, en la partición de herencia, no

alterará su derecho al uso y disfrute vitalicio de todos los bienes de la herencia ya sea por título de propiedad o por título de usufructo.

Se rechaza, por tanto, la alegación de la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias, por no ser el caso, pero también porque esta cuestión ya ha sido desarrollada por sentencias del propio Tribunal Supremo, en general, como hemos visto, favorable al ejercicio de la acción bajo ciertos supuestos.

Para justificar su decisión, pero de una manera un tanto críptica, la sentencia destaca la autonomía del derecho de la viuda: “*En efecto, desde la perspectiva analítica enunciada debe resaltarse que de la situación de indivisión, propia de la comunidad hereditaria, no se infiere una fundamentación o razón lógico-jurídica suficiente en orden a explicar la posible correlación o juego de los derechos hereditarios en liza cuando, precisamente, dicha concurrencia de derechos, en sí misma considerada, escape del fenómeno abstractivo de la indivisión por venir alguno de los derechos en liza ya plenamente determinado o concretado*”. Se refiere, entendemos, a que el derecho de la viuda está perfectamente individualizado mediante el legado ya plenamente delimitado y concretado en el curso del fenómeno sucesorio, con independencia de su posible concurrencia con los demás derechos hereditarios tras la partición, máxime cuando en este caso ha sido, además, objeto de autoentrega en una escritura de aceptación y adjudicación parcial.

La sentencia se extiende a propósito de ello en su propia doctrina reciente relativa al *ius delationis* en la que refuerza su autonomía y proyección, como en la *Sentencia de 20 de julio de 2012* (la renuncia traslativa, a tenor del artículo 1000.1 del Código Civil, comporta una implícita aceptación ex lege de la herencia y, por tanto, del *ius delationis*, que no se transmite al haberse ya ejercitado); o la *sentencia de 30 de octubre de 2012* (el fideicomisario trae directamente causa adquisitiva del fideicomitente o testador); o la de *11 de septiembre de 201* (el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis*).

Sin embargo, no acaba de establecerse en ese razonamiento una conexión causal clara entre la supuesta autonomía del *ius delationis* argumentada por el Tribunal Supremo y el ejercicio de la acción de desahucio. Desde nuestro punto de vista, lo que ocurre es que los supuestos de hecho sobre los que se plantea el desahucio entre coherederos y el desahucio por la viuda usufructuaria no son en absoluto los mismos. En efecto:

— No existe en el presente caso un heredero que pudiera alegar el justo título de ser heredero para poseer, aunque sea extralimitándose, uno de los bienes de la herencia: el heredero precarista no tiene la facultad posesoria propia de todo heredero junto con los demás, porque es un heredero en nuda propiedad, habiendo atribuido el testador el usufructo, y a través de él la facultad posesoria, a su cónyuge, titular también de la mitad ganancial.

— El objeto de derecho está ya plenamente delimitado y aunque no se ha hecho la partición y no existe de momento proindivisión sobre cada uno de los bienes relictos sino sobre la totalidad del patrimonio, no cabe duda de que la facultad posesoria corresponderá en exclusiva al cónyuge viudo, ya por vía de propiedad, ya por vía de usufructo, ya por ambas.

— La proporción que pudiera ostentar en la comunidad todavía indivisa sobre el bien no es que sea mayoritaria, es que es total, al menos en lo que a la facultad de uso y disfrute se refiere.

Es más, el argumento de la “autonomía y proyección” del *ius delationis* de que habla el Tribunal Supremo no es, quizá, el argumento más relevante, sino que más bien la clave se sitúa en la contraposición heredero-legatario en relación al fenómeno adquisitivo de los bienes de la herencia y, más concretamente, de su posesión.

En efecto, es doctrina mayoritaria la que afirma que mientras la herencia sólo se adquiere con la aceptación, el legado se adquiere automáticamente sin necesidad de la aceptación, aunque sin perjuicio del derecho a repudiar, transmitiendo su derecho desde la muerte del testador (art. 881 Cc). Es más, en el caso de las cosas específicas y determinadas, propias del testador, conforme al art. 882 del Cc, el legatario “adquiere su propiedad”, si bien, como señala la resolución DGRN de 19 de septiembre de 2002 tal adquisición está condicionada a que no perjudique a los acreedores (cfr. art. 887 Cc) ni a las legítimas (art. 817 Cc), por lo que tal expresión debe traducirse por “se entiende adquirida”, una vez cumplidos esas comprobaciones previas. Y ello marca ya una diferencia respecto del heredero, cuya adquisición, una vez aceptada la herencia se retrotrae al momento del fallecimiento del testador, sin las limitaciones indicadas.

Pero se entienda o no adquirida la propiedad, en el caso de los legados lo que es claro que no se adquiere automáticamente es la posesión, que es clave en materia de desahucio: el legatario no tiene la posesión civilísima de que disfrutaban los herederos conforme al art. 440 del Código civil, por lo que no se entiende que, como éstos, haya poseído, en virtud del fenómeno de la sucesión universal, desde el momento del fallecimiento del testador sin necesidad de los requisitos del *corpus* y del *animus* propios de la adquisición de la posesión. Por el contrario, el legatario, adquirente a título singular, precisa la entrega que realizará el heredero, albacea o contador partidor, o el propio legatario, según los casos. Esa regla tiene lógica porque, antes de la entrega, debe valorarse si el legado es inoficioso, violando la intangibilidad cualitativa o cualitativa de la legítima, o hay deudas que deban satisfacerse.

Ahora bien, el legatario puede tomar posesión por sí mismo de la cosa legada en algunos casos: a) Cuando toda la herencia se ha distribuido en legados; b) Cuando sea un prelegado a favor del heredero único; y c) Cuando

el testador le ha autorizado para ello (si bien con la matización que luego se hará).

Este último caso es que el que nos incumbe: el testador lega a su esposa, a elección de ésta, o el usufructo universal, con relevación de inventario y fianza y facultad para tomar posesión por sí misma de este legado, o el tercio libre de su herencia sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria. La esposa del causante otorga una escritura de aceptación y adjudicación parcial de herencia en la que opta por el usufructo vitalicio universal y toma posesión de él sin inventario.

La conclusión es, pues, que es correcto el fallo y la viuda puede ejercer la acción de desahucio pero no por la autonomía del derecho hereditario sino porque la actora es titular de la mitad del patrimonio ganancial y usufructuaria, con posesión adquirida del bien por auto entrega, de la otra mitad y, por tanto, única poseedora de todos los bienes gananciales.

### 5.3. *¿La solución vale para todos los supuestos?*

Ahora bien, esta solución, ¿es generalmente aplicable en España? La pregunta trae causa de la excepción a la facultad de tomar posesión de los bienes legados que anteriormente mencionábamos. Es doctrina consolidada que el legatario, para tomar por sí posesión de la cosa legada, necesita el consentimiento de los legitimarios, si los hay, porque éstos forman forzosamente parte de la comunidad hereditaria y el legado puede afectar a la cuantía o cualidad de sus legítimas (piénsese que el bien legado fuera el único existente en la herencia). Así lo estableció la Resolución DGRN de 25 de mayo de 1971 (Gomá Salcedo, pg. 3090) y lo confirmó la reforma del Reglamento Hipotecario efectuada por RD de 12 de noviembre de 1982 que, en su artículo 81-a), introdujo como medio de inscripción de los inmuebles específicamente legados la “escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y aquel se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada” (Rivas Martínez, pg. 865). Si bien es cierto que algunos autores como Vallet de Goytisolo (pg. 466), coherentemente con su concepción de la legítima, se han opuesto a esta solución hipotecaria, lo cierto es que es la regla general en la práctica en Derecho común; pues conviene aclarar, en efecto, que esta regla se limita al Derecho común u otros con legítima *pars bonorum*, pero no se aplica a otras legislaciones como el Código de Sucesiones de Cataluña (p.4. del art. 271) o la Compilación Navarra (Ley 243-2) que admiten expresamente que el legatario pueda tomar posesión de la cosa legada, lo que se debe a la naturaleza diferente de su legítima, que no hace a sus legitimarios titulares del activo líquido hereditario.

Pero ¿esta doctrina es aplicable al legado del usufructo universal a favor del cónyuge viudo en Derecho común? Ciertamente es que este caso no es el de la

manda de una cosa cierta y determinada propia del testador que por su valor puede violar cuantitativamente la legítima; no, este legado afecta a todos los bienes relictos, pudiendo entonces infringir la intangibilidad cualitativa por suponer un gravamen para la legítima estricta que, a diferencia del tercio de mejora, ha de recibirse libre de cargas. El artículo 820.3 del Código civil contempla este supuesto permitiendo a los herederos optar entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador, precepto que es complementado generalmente por vía testamentaria con la llamada *cautela socini* que hacía entrar en juego el tercio de mejora, penalizando con su pérdida al legitimario que no se allane a las instrucciones del testador.

Pero, en cuanto a nuestro caso compete, lo que es claro es que, tratándose del Derecho común, no sería posible que el viudo tomase por su propia autoridad posesión de la cosa legada sin que el heredero nudo propietario se hubiera pronunciado al respecto, conformándose con la nuda propiedad de toda la herencia u exigiendo integro el tercio de mejora en pleno dominio y la nuda propiedad de la mejora a costa de perder el tercio de libre disposición a favor del viudo.

¿Cómo, entonces, se ha podido otorgar unilateralmente por la viuda la escritura de aceptación y adjudicación parcial que contemplan los antecedentes de hecho, simplemente notificada al heredero e hijo? La explicación más probable, que no resulta expresamente de los hechos ni de los fundamentos de derecho, pero se deduce del lugar de los acontecimientos, es que no sea el Derecho común el aplicable, sino la legislación gallega que ya a la fecha del testamento (2004) permitía por obra de la ley 4/1995, de 24 de mayo de Derecho civil de Galicia, en su artículo 118 que los cónyuges se concedieran recíproca o unilateralmente el usufructo universal de viudedad, facultad confirmada posteriormente en el art. 228 de la ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia, que deroga la norma de 1995.

De todo ello se deduce que la solución ofrecida por la sentencia será aplicable a todas aquellas legislaciones que permitan la atribución al viudo del usufructo de la totalidad de la herencia sin consentimiento de los legitimarios; pero no en Derecho común y otras legislaciones forales con legítima *pars bonorum* o superior pues, en estos casos, tal y como hemos anunciado, habría que tomar en consideración la posibilidad de que los herederos deban prestar su consentimiento o, en definitiva, optar sobre la forma de satisfacer el legado. Y ello podrá implicar dos cosas: por un lado, que no se pueda entender que el viudo pueda tomar por sí posesión de la cosa legada, lo que sin duda afectará a su legitimación a efectos del desahucio, pues no tendrá la posesión si no se la da el heredero; y, por otro lado, que si este rechaza el usufructo universal, se verá convertido en legatario de parte alícuota de la herencia (el tercio libre y el usufructo del de mejora, no siendo ni siquiera propiamente heredero),

lo que sin duda reconduce la cuestión al desahucio entre coherederos, o al menos entre cotitulares del activo líquido hereditario, que era la cuestión que, precisamente, el Tribunal Supremo trataba de desechar.

Y, de ser este el caso, será procedente determinar si el actor ostenta la mayor parte de los intereses de la comunidad, lo que bien puede no ocurrir si por vía del art. 820.3 ostenta sólo un tercio de la herencia, el bien es privativo y no tiene el actor, por no ser cónyuge, derecho al usufructo del tercio de mejora. A mayor abundamiento, deberá actuar en beneficio de la comunidad y no del suyo propio, conforme a los requisitos que, como antes se señaló, ha impuesto la jurisprudencia al desahucio entre coherederos.

Constituye el caso juzgado, por tanto, materia susceptible de importantes mutaciones y, coherentemente, la solución adoptada por el Tribunal ha de ser relativizada.

#### 5.4. *Conclusión*

La conclusión que podemos obtener de las reflexiones previas es que la solución que el Tribunal Supremo da al caso planteado debe considerarse correcta: la viuda usufructuaría de toda la herencia y titular de la mitad del patrimonio ganancial puede ejercer la acción de desahucio contra el heredero precarista de uno de los inmuebles de la herencia y todo ello antes de efectuarse la partición pero después de una escritura de opción y auto entrega del usufructo otorgada por la propia legataria que estaba facultada para ello en el testamento.

No obstante, esa solución debe considerarse parcial y limitada a aquellas legislaciones que permitan al viudo ser usufructuario de toda la herencia a pesar de la existencia de legitimarios, como es la del caso planteado, sujeto al parecer al Derecho gallego, que permite tal atribución; debe además estar facultado el legatario para tomar por sí posesión de su legado. En cambio, la solución hubiera debido ser diferente en Derecho común porque la atribución al cónyuge viudo del usufructo universal no es incontestable y automática sino que, por afectar a la intangibilidad cualitativa de la legítima, da lugar a la opción del art. 820.3 del Cc en virtud de la cual los herederos pueden decidir sustituir el usufructo universal por entregar al legatario el tercio libre, sin perjuicio, en su caso, de la cuota legal usufructuaria. Siendo así, no podría tomar posesión el legatario del usufructo universal sin el concurso del legitimario y, por tanto, no cabría entender adquirida la posesión de la totalidad de la herencia, reconduciéndose entonces la cuestión al posible desahucio de un cotitular del activo hereditario contra otro, en cuyo caso sí sería preciso aplicar la doctrina jurisprudencial del desahucio entre coherederos que, precisamente, el Tribunal Supremo había querido evitar.

Es, pues, la de la presente sentencia una solución parcial y fragmentaria que permite interrogarnos acerca de si hubiera debido ser objeto de una sen-

tencia plenaria para la unificación de una doctrina que, por la propia naturaleza del objeto contemplado, hubiera merecido más matices y consideraciones.

## **6. Bibliografía utilizada**

GOMÁ SALCEDO, JE: "Instituciones de Derecho Civil, común y foral", Tomo 4, Sucesiones Hereditarias, 2ª ed, Bosch, 2010.

GÓMEZ TABOADA, J: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010". Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina. Director: Mariano Yzquierdo Tolsada. Volumen 4º (2010), pgs. 813-841. Dykinson, 2011.

GONZÁLEZ VALVERDE, A: "La viabilidad del desahucio por precario entre coherederos", Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, BIB 2015/1398, núm. 3/2015

RIVAS MARTÍNEZ, JJ: "Derecho de Sucesiones, común y foral", Tomo II, Vol, 1º, 3ª ed., Dykinson, 2004.

VALLET DE GOYTISOLO, JB: "Panorama de Derecho de Sucesiones", II, Perspectiva dinámica, Civitas, 1984.