

Roj: **SAP HU 96/2015 - ECLI: ES:APHU:2015:96**Id Cendoj: **22125370012015100096**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Huesca**Sección: **1**Fecha: **31/03/2015**Nº de Recurso: **347/2013**Nº de Resolución: **48/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **ANTONIO ANGOS ULLATE**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1****HUESCA**

SENTENCIA: 00048/2015

A. Civil **347/2013** S310315.5U**Sentencia Apelación Civil Número 48****PRESIDENTE**

GONZALO GUTIÉRREZ CELMA

MAGISTRADOS

ANTONIO ANGÓS ULLATE

JOSÉ TOMÁS GARCÍA CASTILLO

En Huesca, a treinta y uno de marzo de dos mil quince.

En nombre del Rey, la Audiencia Provincial de Huesca ha visto el recurso de apelación planteado en los autos de juicio ordinario número 263/2012 seguidos ante el Juzgado de primera instancia e instrucción número 2 de Fraga, sobre reclamación de cantidad. **Carina** los promovió, como demandante, dirigida por el letrado Pere Rubinat Forcada y representada por la procuradora Hortensia Barrio Puyal, contra **Francisca**, como demandada, defendida por la letrada Montserrat Vidal Canoso y representada por el procurador Ramiro Navarro Zapater. Se hallan pendientes ante este Tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 347 del año 2013, e interpuesto por la demandada, **Francisca**. Es ponente de esta sentencia el Magistrado ANTONIO ANGÓS ULLATE.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO** : Damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada.**SEGUNDO** : El indicado Juzgado de primera instancia e instrucción, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 4 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la procuradora doña Teresa Solans Lonca, en nombre y representación de Carina contra Francisca, y en consecuencia DEBO:

1.- DECLARAR el derecho de doña Carina a obtener el resarcimiento de las obras y mejoras efectuadas en las parcelas NUM000, NUM001 y NUM002 del Polígono NUM003, del término municipal de Zaidín, y que se detallan en las facturas presentadas como documentos 5 y 7 de la demanda.



2.- CONDENAR a doña **Francisca** a estar y pasar por la anterior declaración.

3.- CONDENAR a doña Francisca a pagar a doña Carina la cantidad de 12.443,1 euros (doce mil cuatrocientos cuarenta y tres euros con un céntimo), más los intereses legales correspondientes desde la interposición de la demanda.

Cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia y las comunes, por mitad".

TERCERO : Contra la anterior sentencia, la demandada, Francisca , interpuso recurso de apelación mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica interesó a esta Sala lo siguiente: "[...] se estime íntegramente el presente recurso de apelación y se revoque la sentencia de instancia desestimando íntegramente los pedimentos aducidos por la actora en su escrito de demanda, con los pronunciamientos que le son inherentes, y con expresa condena en costas a la parte adversa en ambas instancias". A continuación, el Juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, la actora, **Carina** , se opuso al recurso. Seguidamente, el Juzgado, tras emplazar a las partes por el término legal, remitió los autos a esta Audiencia, en donde quedaron registrados al número **347/2013**.

CUARTO : Por auto de fecha 17 de diciembre de 2013, acordamos lo siguiente: "LA SALA HA RESUELTO: DENEGAR la admisión de los documentos presentados por **Francisca** con su escrito de recurso de apelación (folios 514 a 520), por lo que serán devueltos a la parte a través de su representación procesal y, en su lugar, quedará testimonio de esta resolución, una vez alcance firmeza". Posteriormente, señalamos el día de hoy para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo del asunto.

En la tramitación de esta segunda instancia, no se han cumplido los plazos procesales por la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La demandada interesa en su recurso la desestimación íntegra de la demanda, mediante la cual la actora le reclama, en concepto de mejoras o gastos necesarios y útiles, conforme a lo establecido en el artículo 1518-2.º del Código Civil , los gastos o cantidades invertidas en las tres fincas (parcelas catastrales números NUM000 , NUM001 y NUM002) objeto de una acción de retracto de comuneros planteada por la hoy apelante en un procedimiento anterior.

SEGUNDO : 1. El informe pericial elaborado por el perito de la actora, **Hermenegildo** , que lo ratificó en el juicio, y las facturas aportadas con la demanda (documento número 5 -folio 74-, donde se detallan los movimientos de tierras y la retirada de escombros, y documento número 7 -f. 76- por el concepto de *trabajos en la finca*), también ratificadas por sus autores en el juicio, Ricardo y Jose Francisco (hermano de la demandada, con la que no tiene buena relación), respectivamente, acreditan que los trabajos consistieron (centrándonos en los gastos admitidos en la primera instancia) en la nivelación de los terrenos, previo desbrozado, despedregado y retirada de la tierra cultivable para luego volverla a depositar, y en abrir y dejar practicable un surco de desagüe.

El denominado "proyecto de movimiento de tierras y plantación de frutales en una finca del municipio de Zaidín", elaborado por **Alonso** (según la apelante, primo hermano del marido de la actora, lo que determino la petición de prueba en segunda instancia y su denegación por el auto referido en los antecedentes de hecho de esta sentencia) corrobora el alcance que iban a tener los trabajos, con independencia de que también pudieran haber servido como complemento de la actividad ganadera desarrollada por el marido de la actora en una finca colindante.

2. De este modo, la parcela catastral número NUM000 (de 9.277 metros cuadrados de extensión) quedó apta para el cultivo agrícola en la totalidad de su superficie; la número NUM001 (de 6.467 metros cuadrados), en un 20%; y la número NUM002 (de 4.801 metros cuadrados), en un 75%. Sobre la base de las mismas pruebas y de lo argumentado en la sentencia apelada sobre este particular, también debemos admitir que el importe de tales trabajos ascendió a 5.280 _ más 5.265 _, total, 10.545 _ o 12.443,1 _ si incluimos el 18% de IVA, y esta última es la cantidad acogida en primera instancia.

3. Compartimos, por tanto, las conclusiones de hecho a las que llega la sentencia apelada sobre los particulares indicados frente a la tesis defendida en el recurso fundada en su propio perito, **Eulalio** , y en las fotografías unidas a los autos.

4. En cualquier caso, no procede reconocer como ciertos (*ficta confessio* o confesión presunta) los hechos sobre los que la actora mantuvo su desconocimiento y se remitió a lo que su marido pudiera saber, porque para ello habría sido preciso que el Juez de instancia le hubiera apercibido de que las respuestas tenían carácter evasivo o inconcluyente, como exige expresamente el artículo 307.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ,



lo que aquí no se hizo, como consta en la grabación videográfica. Además, no estamos convencidos de que se hubieran dado realmente contestaciones evasivas, aparte de que la demandada podía haber llamado a declarar al esposo de la demandante, puesto que ya sabía de antemano que él también participaba en los asuntos de su mujer.

TERCERO : 1. Sentado lo anterior y entrando a determinar si concurren los requisitos necesarios para que prospere la acción de reembolso prevista en el artículo 1218-2.º del Código civil, de acuerdo con lo declarado en la sentencia apelada no apreciamos mala fe en la actora por el solo hecho de que las obras de desbroce y nivelación de las parcelas hubieran comenzado poco después del otorgamiento de la escritura pública de compraventa -que fue formalizada el 8 de julio de 2011 por tres de sus cuatro propietarios a favor de la demandante-, puesto que en todo caso se desarrollaron antes de que la actora hubiera conocido en firme la decisión de retraer de la otra parte, en virtud de la comunicación por burofax recibida el 30 de julio de 2011 (f. 182), mientras que la demanda de retracto fue presentada el 22 de julio de 2011 (folio 21).

2. La demandada conoció la realidad de la compraventa el 13 de julio de 2011, en virtud de la comunicación notarial recibida, en respuesta a la cual no mantuvo en firme que fuera a ejercitar su derecho de retracto, sino que *se reservaba la posibilidad de hacer uso de él* (folio 66 vuelto); y, como con acierto argumenta la sentencia de primer grado, la buena fe -en la que se justifica la reclamación por los gastos útiles- no queda desacreditada por la incertidumbre de si el interesado va a hacer uso o no de su derecho de retracto. Por las mismas razones, también es indiferente que el llamado "proyecto de movimiento de tierras y plantación de frutales" fuera elaborado con anterioridad y visado colegialmente el 18 de julio de 2011.

3. Sin embargo, la peculiaridad de este caso es que la actora no adquirió la totalidad del dominio, sino que compró tres cuartas partes indivisas de las fincas, mientras que la otra cuarta parte indivisa seguía perteneciendo a la demandada, de modo que las parcelas se mantuvieron en copropiedad durante la ejecución de las obras desarrolladas del 8 al 30 de julio de 2011.

En esta situación de comunidad de bienes (ignorada por la sentencia de primer grado), y a diferencia de la incertidumbre que recaía sobre el ejercicio del derecho de retracto hasta el 20 de julio de 2011, la compradora no solo no contaba con el consentimiento de la otra condueña, sino que en realidad la apelante se opuso expresamente a la realización de los trabajos.

La compraventa debía de estar apalabrada hacía tiempo, como corroboran la fecha del encargo del aludido proyecto y las fotografías de 2009 unidas al informe pericial de la actora, de modo que era patente su intención de ejecutar las obras en todo caso y rápidamente, pese a la respuesta que la demandada le dio el 13 de julio de 2011 a la que antes nos hemos referido, en la que manifestó " *su intención e interés de que se concrete su cuarta parte indivisa de las fincas, en la forma que sea posible, conforme a la normativa vigente, teniendo en cuenta sobre todo las unidades mínimas de cultivo, y se proceda a la adjudicación en los términos legalmente establecidos, para lo cual queda a la espera de que la compradora se ponga en contacto con ella a todos los efectos, o bien, se reserva la posibilidad, en su caso, de hacer uso del derecho de retracto que como comunera o condueña le corresponda* ".

También debemos destacar la queja que la demandada planteó *in situ*, sobre el 14 de julio de 2011 -que fue seguida de una denuncia ante la Guardia Civil-, al marido de la actora, de acuerdo con la declaración del novio de la hija de la ahora apelante, **Jaume Minguell**, cuyo testimonio no es contradicho en el escrito de oposición al recurso.

4. De todo ello resulta que la demandante ejecutó los trabajos sin consentimiento de la otra condueña al hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultaban ventajas para todos, en los términos previstos en el artículo 397 del Código Civil. Es decir, no se trató de gastos de conservación (artículo 395 del Código Civil) o necesarios (artículos 453 y 1518 del Código Civil) u ordinarios, sino de gastos útiles que mejoraron las fincas. Además, la demandante actuó de mala fe, puesto que hizo los trabajos con una celeridad inusitada (incluso en una época en que los árboles aún no podían ser plantados, como ya destaca la sentencia apelada para rechazar una de las partidas reclamadas) y en contra de la expresa opinión manifestada por la otra comunera y, por tanto, con conocimiento de que no podía realizarlos, de acuerdo con el concepto de mala fe que se deduce del artículo 433 del Código Civil.

5. Lo expuesto nos lleva a aplicar las normas sobre la accesión y, en concreto, lo dispuesto en el artículo 362 del Código Civil, a cuyo tenor "el que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización", aparte de que "el dueño del terreno en que se haya edificado, plantado o sembrado con mala fe puede exigir la demolición de la obra o que se arranque la plantación y siembra, reponiendo las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó, plantó o sembró", según el artículo 363, si bien la demandada no ha ejercitado esta facultad, sino la prevista en el artículo 362.



6. Ahora bien, la pérdida a la que se refiere el citado artículo 362 redunda en beneficio de la propiedad, de la cual la demandante ostentaba tres cuartas partes indivisas. Por tanto, si bien no tiene derecho al reembolso autónomo de la totalidad de los gastos, puesto que en esta situación ha de ser considerado como un tercero a los efectos de los artículos 360 y siguientes del Código Civil, sí tiene derecho como copropietaria a percibir el valor de las mejoras incorporadas a las fincas con arreglo a su cuota de propiedad en el momento en que se extinguió el condominio por el ejercicio de la acción de retracto. Esta es la tesis mantenida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de octubre de 2002 (ROJ: STS 6614/2002) con relación a unas alteraciones de uno de los copropietarios en una finca en régimen de comunidad de propietarios cuya extinción se declara en la misma sentencia con la venta forzosa de la finca, al ser indivisible.

7. Concretamente, debemos reconocer el propio valor de las mejoras incorporadas a las fincas, el cual resulta de las dos facturas a las que antes nos hemos referido, incluyendo el desbrozo, pese a que ya no resulta útil después del tiempo transcurrido, dado que era necesario antes de realizar los demás trabajos, de donde resulta la cantidad de 9.332,32 euros [12.443,1 x 0,75] a favor de la actora. Por todo ello, procede **estimar** en parte el recurso.

8. En cumplimiento del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al existir revocación parcial, procede establecer que los intereses del citado artículo se devengarán del modo que se dirá en la parte dispositiva. Como tenemos repetidamente declarado, los intereses procesales, si no concurre alguna circunstancia excepcional, se deben devengar desde la fecha de la primera resolución condenando al pago de una cantidad líquida, pero computando como principal la suma dispuesta en la apelación, en los casos de *minoración*, como aquí ocurre, mientras que en los casos en los que la condena se incrementa en apelación, el principal, desde el día en el que se dicta la resolución en apelación, debe pasar a ser ya no el dispuesto por el Juzgado, sino el indicado en la alzada.

CUARTO : No debemos hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada, puesto que el recurso ha sido estimado parcialmente (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, debemos disponer la devolución del depósito constituido para recurrir, en cumplimiento del apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (añadida por el artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre).

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS : ESTIMAMOS en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandada, **Francisca**, contra la sentencia referida, que REVOCAMOS parcialmente para fijar en **9.332,32 euros** la cantidad objeto de la condena establecida en el apartado 3 de su fallo, más los intereses legales desde la interposición de la demanda ya determinados en la sentencia apelada, 27 de septiembre de 2012, mientras que los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se devengarán a partir de la fecha de la sentencia apelada, 4 de octubre de 2013, pero computando como principal la suma inferior dispuesta en la apelación, hasta su completo pago.

No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas de esta apelación. Disponemos asimismo la devolución del depósito constituido para recurrir.

Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos medios de impugnación consideren legalmente procedentes, contra esta resolución pueden haber, en su caso, los recursos de casación y de infracción procesal, a interponer ante esta misma Audiencia Provincial en un plazo de veinte días respetando, en todo caso, todas las disposiciones legales reguladoras de dichos recursos, incluida la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese y devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para que tenga lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá un testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.