



Roj: **SAP O 2138/2016 - ECLI:ES:APO:2016:2138**

Id Cendoj: **33044370042016100262**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **25/07/2016**

Nº de Recurso: **213/2016**

Nº de Resolución: **267/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA NURIA ZAMORA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 00267/2016**

N10250

C/COMANDANTE CABALLERO N 3-3

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

PBD

**N.I.G.** 33051 41 1 2013 0100117

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000213 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de PRAVIA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000006 /2013

Recurrente: Segundo

Procurador: MARIA DEL PILAR LANA ALVAREZ

Abogado: JUAN LUIS MANCISIDOR BLANCO

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 213/16

**NÚMERO 267**

En OVIEDO, a veinticinco de julio de dos mil dieciséis, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Ángel Campo Izquierdo, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

**S E N T E N C I A**

En el recurso de apelación **número 213/16**, en autos de JUICIO ORDINARIO N° 6/13, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Pravia, promovido por DON Segundo , demandante en primera instancia, contra DON Alexander , demandado en primera instancia, habiendo sido parte como demandados en primera instancia DON Clemente , DON Gaspar , DOÑA Zaira Y DON Marcelino y que no presentan alegaciones en esta instancia, y contra HEREDEROS DE D. Santiago , declarados rebeldes en primera instancia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. Nuria Zamora Pérez.-



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Pravia se ha dictado sentencia de fecha 15 de diciembre de 2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que DESESTIMANDO la demanda formulada por la Procuradora Sra. Crespo Rellán, en nombre y representación de Don Segundo , contra la comunidad hereditaria de Doña Esther , integrada por Don Alexander , Don Gaspar (quien actúa representado por su hija Doña Felicidad ), Don Clemente , Doña Zaira , los Herederos de Don Santiago (Doña Nieves , Doña María Luisa y Don Argimiro ), y Don Marcelino , DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a los demandados de todos los pedimentos formulados en su contra. Con imposición de costas a la parte actora y con expresa declaración de temeridad en las costas causadas a instancia de la codemandada Doña Zaira "-.

**SEGUNDO.-** Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día doce de julio de dos mil dieciséis.-

**TERCERO.-** Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** D. Segundo , como heredero de su difunta madre, Doña Esther , quien el 26 de octubre de 1.966 compra la casa nº NUM000 del BARRIO000 , en Agones (Pravia), inmueble que en consecuencia forma parte del haber hereditario de esa persona, formula demanda frente a sus hermanos, como integrantes de la comunidad hereditaria, a fin de que le reintegren, en la proporción a la cuota de participación en la herencia, en el coste de las obras de conservación y de no considerarse como tal de mejora que ha llevado a cabo en la vivienda. Obras que cuantifica en sesenta mil euros.

De los demandados Doña Zaira y sus hijos acreditan haber renunciado a la herencia de la madre y hermana de Zaira , Tamara , según escritura notarial de 25 de febrero de 2.010 (folios 108 y siguientes). D. Marcelino también ha renunciado a la herencia de sus padres, en escritura pública de 28 de noviembre de 2.013 (folio 251). Los herederos de D. Santiago , aunque por error mecanográfico se diga Marcelino , fueron declarados en situación procesal de rebeldía (folios 313, en relación con el 306).

En cuanto a los codemandados D. Alexander , D. Gaspar y D. Clemente , se oponen a la demanda en los términos que constan en autos. Por lo que se refiere a D. Gaspar , al haber renunciado a su representación y defensa el procurador y letrado respectivo, y no nombrar otros profesionales le han tenido por apartado del proceso.

La sentencia de instancia desestima la demanda. Por un lado acoge la invocada excepción de falta de legitimación pasiva, al considerar que no queda acreditada la aceptación de la herencia, en consecuencia se halla yacente, por lo que nada puede reclamar frente a los herederos en tanto no la acepten. No obstante la estimación de esa excepción, en cuanto al fondo tampoco considera acreditado el importe de la obra realizada. No se aportan facturas de los materiales utilizados en su ejecución y en consecuencia no hay datos que permitan su valoración.

**SEGUNDO.-** Recurrida la sentencia por D. Segundo , éste concreta que el recurso lo dirige, en exclusiva, contra sus hermanos personados, D. Alexander , D. Gaspar y D. Clemente , aquietándose con la desestimación de la demanda frente a los otros tres.

Como primer motivo de apelación cuestiona la apreciada falta de legitimación pasiva, ya que a su entender los apelados sí que han aceptado la herencia.

El examen de las actuaciones de instancia nos lleva a la estimación de este motivo del recurso. Los litigantes son hijos de Doña Esther y como tales en calidad de herederos forzosos todos ellos están llamados a la herencia de su madre, pero es que además la fallecida les instituyó herederos en el testamento otorgado el 8 de mayo de 1.987.

En tanto que los herederos no aceptan la herencia ésta se halla en estado de yacencia, esto es constituye una masa patrimonial con capacidad jurídica, al menos a efectos procesales, según regula el artículo 7 nº 5 en relación con el 6 apartado 1 nº 4 de la LEC . Ahora bien, según regula el artículo 999 del Código Civil , la aceptación de la herencia puede hacerse en forma expresa o tácita entendiéndose que se da esa aceptación tácita cuando se realizan actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptarla o bien que no habría derecho a llevar a cabo si no fuera en calidad de heredero, entendiéndose, a continuación, que los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero.



En el caso de autos se considera que hay datos bastantes para entender tácitamente aceptada la herencia, por parte de los apelados. Alexander , en el acto del juicio, declara que desde hace años, no sabe concretar cuantos a pesar de que en un determinado momento lo retrotrae al año 2.000, viene manteniendo contactos con los otros hermanos con la finalidad de reunir la documentación y datos necesarios para acudir al Notario y realizar la aceptación expresa de la herencia. Es en el marco de esas gestiones que tiene conocimiento de que su hermana Zaira renuncia a la herencia. También dentro de esos trámites ha de enmarcarse la comunicación epistolar que obra a los folios 26, 28, 29 y 30 de los autos. En la carta de 26 de noviembre de 2.011, está aludiendo a la posibilidad de vender la vivienda, bien porque se la queda algún hermano o bien enajenarla a terceras personas. Se refiere a la ejecución de obras en la misma, considerándolas procedentes porque así "la dejaremos más apetitosa para el comprador", también decía que de decidir venderla como está habría que nombrar un perito y apunta la necesidad de abrir una cuenta a nombre de los "herederos". Es decir se refiere a él y sus hermanos como herederos, personas que han aceptado la herencia y que están manteniendo conversaciones y negociaciones con miras tanto a formalizar documentalmente esa aceptación como a liquidarla. Ya en la carta de 1 de marzo de 2.011 estaba requiriendo a Segundo para que le entregase las llaves de determinados inmuebles y aportase las facturas de las obras ejecutadas en la propiedad, reconociendo el derecho a reintegrarle en ellas e incluso la posibilidad de que fuera Segundo quien se la adjudicara, apuntando un posible derecho preferente a su adjudicación. En el apartado sexto preveía como podía dividirse la casa, encontrar un tercero interesado en la adquisición e incluso la posibilidad de ser él quien fuera a vivir a ella, apartado nueve. Actuaciones todas ellas que sólo se justifican en base a su condición de heredero, lo que como dijimos admite expresamente en una de las cartas.

En cuanto a Gaspar , su aceptación de la herencia se desprende de las actuaciones penales que ha seguido frente a su hermano Segundo a quien denuncia por alteración en la casa, sin su consentimiento. Esa actividad procesal sólo se justifica por su condición de coheredero contrario a las actuaciones unilaterales de su hermano. Y en cuanto a Clemente , quien sin llegar a acudir a la vía judicial dice conocer las actuaciones que realiza Segundo y haber manifestado su oposición verbalmente en reiteradas ocasiones, a pesar de que sabe de la inutilidad de esas quejas ya que "a este señor para pararlo no hay forma de pararlo". También dice que últimamente han hablado de vender la casa o alquilarla, opciones que sólo pueden plantearse en base a una previa aceptación de la herencia.

**TERCERO.-** Reconocida la legitimación pasiva ad causam de los demandados, así como que D. Segundo ha ejecutado obras en un bien que integra la herencia, se trata de dilucidar la naturaleza de esas obras, si puede o no obligar a los demás coherederos a contribuir a su pago en la proporción en la que participen en el haber hereditario y de ser así la cuantificación de la suma que han de aportar.

La primera dificultad con la que nos enfrentamos es el concretar la naturaleza de la obra, en particular, si nos hallamos ante obras de conservación y mantenimiento de la casa o si por el contrario se trata de obras de mejora, introducidas unilateralmente por uno de los copropietarios e incluso si hablamos, como así parece respecto de algunas de ellas, obras que implican una alteración de la cosa común y además incontestada por otros copropietarios. Recuérdese que Gaspar llegó a presentar denuncia penal por ese motivo. Distinción que cobra especial importancia dado su distinto régimen jurídico, artículo 395 y 397 del Código Civil , pues sen tanto que a las obras de conservación han de contribuir todos los copropietarios en proporción a su cuota, a no ser que renuncien a la parte que les pertenece; en las que suponen una alteración de la cosa común se exige un previo acuerdo, llegando a decir la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1.985 que precisa unanimidad y de no existir ese acuerdo debería abstenerse de su realización.

En el supuesto de autos ignoramos cual fuera el estado de la casa antes de ejecutar las obras, siendo el apelante quien debería acreditar el carácter necesario de las mismas. Prueba que no se da. El único dato objetivo de que disponemos es la fotografía de la vivienda, en la que sólo se refleja su aspecto externo, del que no cabe deducir un especial deterioro que exigiera la realización de las obras. Desconocemos como se hallaba en el interior.

La ejecución de obras queda documentalmente acreditada y son reconocidas en el dictamen pericial. Ahora bien, con arreglo a dicho informe podemos llegar a la conclusión de que el apelante está ejecutando obras a su conveniencia, alterando la configuración interna y externa del edificio. En el interior pretende unirla con la colindante, el nº NUM001 , que al parecer era de una tía de los litigantes. Ello le ha llevado a suprimir la escalera que unía la planta baja con la primera planta. Es de presumir que en un futuro se abrirá una puerta en la pared común y por ahí se podrá facilitar el acceso a las viviendas. Gaspar ya apuntaba que con esas obras de la planta baja se le ha usurpado un gallinero de su propiedad. Además ha levantado una nueva planta sin licencia ni autorización administrativa. Todo apunta a que nos hallamos ante una actuación unilateral del apelante sin planos ni dirección facultativa y sin un previo estudio acerca de la consistencia de la cimentación para levantar



esa planta, de manera que la problemática de esa elevación no se reconduce a su ulterior legalización, sino a los posibles riesgos futuros en cuanto a la estabilidad y seguridad de todo el edificio.

Lo hasta aquí razonado hace perecer la pretensión del apelante en cuanto a su derecho a reintegrarse, al menos en este proceso, en el coste de la obra a tenor de lo regulado en el artículo 397 de la LEC . Es más, aunque a efectos meramente dialécticos admitiéramos que alguna de esas obras pudieran ser de conservación, habría que valorar la posible compensación de su importe con el uso que él viene haciendo de la vivienda, con carácter exclusivo, bien disfrutando de ella desde su divorcio, o bien alquilándola a terceros, circunstancias todas ellas que en su caso deberán dilucidarse cuando se proceda a la partición de la herencia, pero no ahora.

**CUARTO.-** No obstante la desestimación del recurso, las dudas jurídicas existentes acerca de la legitimación pasiva de los demandados en cuanto herederos, así como la naturaleza de las obras ejecutadas, justifican el hacer uso de la facultad regulada en el inciso final del artículo 394 nº 1 de la LEC y no hacer especial imposición de costas de la apelación.

En atención a lo expuesto la sección cuarta de la Audiencia Provincial dicta el siguiente:

## FALLO

**SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR D.** Segundo , contra la sentencia de fecha quince de diciembre de dos mil quince , dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Pravia, en el Juicio Ordinario 6/2.013. Se confirma la sentencia apelada, sin hacer especial imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C ., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss . y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

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