

CASACIÓN núm.: 6012/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente
García

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 8 de junio de 2022.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Comunidad de Montes Vecinales en Mano Común de Teis presentó escrito de interposición del recurso de casación contra la sentencia dictada el 2 de octubre de 2019, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Sexta), en el rollo de apelación n.º 304/2019, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 251/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vigo.

SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación de la Audiencia Provincial de Pontevedra, se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de los litigantes.

TERCERO.- El procurador D. José Pérez Fernández-Turégano, en nombre y representación de Comunidad de Montes Vecinales en Mano Común de Teis, presentó escrito ante esta Sala, personándose en calidad de parte recurrente. La procuradora D.^a M.^a del Mar de Villa Molina, en nombre y representación del Concello de Vigo, presentó escrito ante esta Sala, personándose en calidad de parte recurrente.

CUARTO.- Por providencia de fecha 30 de marzo de 2022 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas.

QUINTO.- La parte recurrente presentó escrito de 13 de mayo de 2022 en el que se oponía a las causas de inadmisión, por entender que concurren los requisitos legales para la admisión del recurso. La parte recurrida presentó escrito de 13 de mayo 2022, en el que se mostró conforme con aquellas.

SEXTO.- Por la parte recurrente ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la disposición adicional 15^a de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia dictada en segunda instancia, recaída en juicio ordinario tramitado en razón a la cuantía, inferior a 600.000 €, lo que determina que el acceso a la

casación deberá verificarse por el cauce del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, que exige acreditar el interés casacional.

SEGUNDO.- El escrito de interposición del recurso de casación se articula en dos motivos.

En el motivo primero se cita como norma infringida el art. 453 CC, por existir contradicción en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre las facultades del derecho de retención previsto de dicho precepto.

En el motivo segundo se cita como norma infringida el art. 364 CC, al entender que la Audiencia Provincial aprecia indebidamente mala fe de la recurrente en relación con las obras ejecutadas de contrario desde la STSJ Galicia de 19 de mayo de 2009.

TERCERO.- A la vista de lo expuesto y pese a las manifestaciones de la parte recurrente, el recurso de casación incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, por no acreditar interés casacional.

En motivo primero se fundamenta en la contradicción en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre las facultades del derecho de retención previsto de dicho precepto. Sin embargo, no cumple los requisitos establecidos en el Acuerdo de 27 de enero de 2017 para tener por acreditado dicho interés casacional. Para ello es preciso que se invoquen al menos dos sentencias dictadas por una misma sección de una Audiencia en las que se decida colegiadamente en un sentido y al menos, otras dos, procedentes también de una misma sección de una Audiencia, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario, lo que aquí no se cumple.

Tampoco consta en este caso de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado, que permitiera obviar en este caso el requisito señalado en el párrafo anterior. Ello es así porque el problema la parte recurrente no ha justificado que las sentencias citadas mantengan un criterio dispar sobre el problema jurídico planteado.

En el motivo segundo ni siquiera se identifica la modalidad de interés casacional invocada, de las previstas en el art. 477.3 LEC y, en consecuencia,

tampoco respeta los requisitos que para cada uno de ellos establece el citado Acuerdo de la sala sobre criterios de admisión.

Además, la sentencia recurrida no resuelve de forma contraria a la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la STS 614/2020, de 17 de noviembre, según la cual, el art. 361 CC no atribuye automáticamente la propiedad de lo construido al dueño del suelo, sino que la supedita al ejercicio de la opción y al pago de la indemnización calculada conforme a los criterios legales. Hasta que no ejercita esa opción, el tercero es dueño de la obra y poseedor de buena fe del terreno ocupado, que forma un todo con lo edificado aunque siga perteneciendo al dueño de la finca.

CUARTO.- Las razones expuestas justifican la inadmisión del recurso, sin que las alegaciones realizadas tras la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión supongan una alteración de dichos razonamientos habida cuenta que la parte recurrente se limita a reiterar los argumentos expuestos en el recurso ahora examinado.

QUINTO.- Consecuentemente procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC, dejando sentado el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.

SEXTO.- Siendo inadmisibile el recurso de casación la parte recurrente perderá los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

SÉPTIMO.- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 LEC, la parte recurrida ha formulado alegaciones, por lo que se condena al pago de las costas a la parte recurrente.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Comunidad de Montes Vecinales en Mano Común de Teis, contra la sentencia dictada el 2 de octubre de 2019, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Sexta), en el rollo de apelación n.º 304/2019, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 251/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vigo.

2º) Declarar firme dicha Sentencia.

3º) Se condena al pago de las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta Sala.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 483.5 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 PONTEVEDRA SENTENCIA: 00464/2019

N10250
C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO
Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387
EO

N.I.G. 36057 42 1 2018 0004442
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 000304 /2019
Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de VIGO
Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000251 /2018

Recurrente: COMUNIDAD DE MONTES VECINALES EN MANO COMUN DE LA PARROQUIA DE TEIS
Procurador: EVA MARIA MARTINEZ PAZ
Abogado: CALIXTO ESCARIZ VAZQUEZ
Recurrido: CONCELLO DE VIGO
Procurador: PAULA LLODEN FERNANDEZ-CERVERA
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JAIME CARRERA IBARZÁBAL, Presidente; DON JOSÉ FERRER GONZÁLEZ y DOÑA MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA núm. 464 /19

En Vigo, a dos de octubre de dos mil diecinueve.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de juicio ordinario número 251/2019, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N° 3 DE VIGO, a los que ha correspondido el Rollo de apelación 304/2019, en los que aparece como parte **apelante-demandante:** COMUNIDAD DE MONTES VECINALES EN MANO COMÚN DE TEIS (VIGO), representada por la Procuradora doña Eva Martínez Paz y dirección del Letrado don Calixto Escariz Vázquez; y, como parte **apelada-demandada:** Excmo. CONCELLO DE VIGO, representado por la Procuradora doña Paula Llordén Fernández Cervera y dirección del Letrado de la Asesoría Jurídica del Concello don Pablo Olmos Pita.

Ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado DON JOSÉ FERRER GONZÁLEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El litigio en primera instancia.

1 La representación procesal de la COMUNIDAD DE MONTES VECINALES EN MANO COMÚN DE LA PARROQUIA DE TEIS interpuso demanda frente al CONCELLO DE VIGO en la que terminó por solicitar: 1º.- *Se declare que todas las obras de ampliación, nueva construcción y mejora -según el contenido que resulte de la prueba practicada- llevadas a cabo en las instalaciones de la porción de terreno del monte "Madroa" destinada a zoológico -propiedad de la Comunidad de Montes Vecinales en Mano común de Teis- a partir del día 19 de mayo de 2009, son contrarias al derecho de retención que asiste al Concello de Vigo. 2º.- Se condene al Concello de Vigo a estar y pasar por dicha declaración, debiendo reponer las instalaciones que ocupan el terreno destinado a zoológico -sobre las cuales dispone de un derecho de retención- al estado físico en el que se encontraban a fecha de la sentencia firme de 19 de mayo de 2009. 3º.- Se condene al Concello de Vigo a abstenerse en lo sucesivo de realizar ninguna obra de ampliación, nueva construcción o mejora en las instalaciones destinadas a zoológico. 4º.- Se condene al demandado al pago de las costas procesales, si se opusiere a esta demanda*

2 La demanda fue turnada al Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Vigo, que incoó el Juicio Ordinario número 251/2018.

3 La representación procesal del Concello de Vigo solicitó la desestimación de la demanda.

4 El Magistrado Juez titular del Juzgado dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

" Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la representación procesal de la Comunidad de Montes Vecinales en Mano Común de Teis (Vigo) frente al Concello de Vigo, debo absolver como ABSUELVO a la parte demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Sin expresa condena en las costas del procedimiento a ninguna de las partes."



SEGUNDO. Trámite en segunda instancia.

5 La representación procesal de COMUNIDAD DE MONTES VECINALES EN MANO COMÚN DE LA PARROQUIA DE TEIS recurrió en apelación la sentencia solicitando que, tras su revocación se estimara su demanda

6 La representación procesal del CONCELLO DE VIGO se opuso a la estimación del recurso.

7 La deliberación tuvo lugar el día 26 de septiembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Sobre las alegaciones primera a tercera del recurso.

8 El motivo que subyace en las tres primeras alegaciones del recurso es único. Entiende la recurrente que en la sentencia de primera instancia se habría desestimado su demanda por *una incorrecta interpretación de las facultades que otorga el derecho de retención del artículo 453 del Código Civil al retenedor, pues el derecho de retención que asiste al Concello de Vigo respecto de la parcela destinada a zoológico se concede como un mero método de garantía que en ningún caso puede permitir que se lleven a cabo construcciones consistentes en mejoras, conservación nueva construcción* .

9 En la sentencia de primera instancia, después de indicarse que, *prima facie*, la Comunidad de Montes Vecinales en Mano Común de Teis contaría con la acción prevista en el artículo 363 del Código Civil para pedir la reposición de los terrenos a la situación anterior a que se dictara la sentencia del T.S.X.G de fecha 19 de mayo de 2009 en la que se declaró que el terreno sobre el que se asentaba el Zoológico del Ayuntamiento de Vigo era propiedad de aquella Comunidad por formar parte del monte de A Madroa, termina por excluir la demolición prevista en tal norma al estimar que en la ejecución de las obras habría de apreciarse la concurrencia de doble mala fe prevista en el artículo 364 del Código Civil (y así se expresa: *mala fe, a solos efectos posesorios que aquí se ventilan, que en consecuencia, priva al propietario no poseedor de la facultad de exigir el arrancamiento de las obras*).

10 De lo expuesto resulta ya la razón por la que no puede estimarse este primer motivo de recurso. En la resolución que se recurre no pudo cometerse la infracción del artículo 453 del Código Civil que viene a denunciarse pues la denegación de la pretensión de condena del demandado a demoler las obras de *ampliación*, nueva construcción y mejora llevadas a cabo en el zoológico desde el 19 de mayo de 2009 (que es lo que se pedía en la demanda) no se produce porque se considere el derecho del Ayuntamiento a su realización sino por apreciarse que su mala fe al ejecutarlas era concurrente con la mala fe de la Comunidad de Montes al no haberse opuesto a su ejecución.

SEGUNDO. Sobre la alegación cuarta.

11 En el segundo motivo de recurso se viene a discrepar de la apreciación de la sentencia recurrida respecto de la concurrencia de mala fe en la Comunidad de Montes demandante por no haberse opuesto a la ejecución de las obras cuya demolición en la demanda pide. Se alega que su oposición habría de estimarse acreditada como *hecho público y notorio*, y, en todo caso, por resultar de la misma interposición de la demanda que dio lugar a la sentencia de 19 de mayo de 2009 en la que se declaró su propiedad sobre los terrenos en los que se asentaba el zoológico y de *los múltiples procedimientos instalados frente al Concello encaminados a que deje de ocupar un terreno que no le pertenece*.

12 Para que a un hecho pueda atribuírsele naturaleza de notorio, excluyéndolo del régimen de necesidad de prueba, es preciso que sea conocido *de una manera general y absoluta* (artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Tal conocimiento general no concurre en el hecho afirmado por la recurrente de haberse opuesto, en su día, a la ejecución de las obras cuya demolición ha solicitado.

13 La s. T.S.X.G G 11/2009 de 19 de mayo (Rec. 1/2009), tras declarar que determinadas parcelas ocupadas por el Ayuntamiento de Vigo, entre ellas la destinada a Parque Zoológico, eran titularidad de la Comunidad de Montes vecinales en mano común de la parroquia de Teis, pero desestimar la pretensión en la que se solicitaba la condena del demandado a *abstenerse en lo sucesivo de invadir las citadas parcelas... , como a abstenerse de perturbar a la Comunidad de montes de Teis en el goce pacífico de las referidas parcelas* estableció que : *la comunidad actora tendrá derecho a hacer suyas las obras, siembras o plantaciones existentes en tres parcelas, previa la*



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

indemnización al Ayuntamiento de Vigo establecida en los artículos 453 y 454 del Código Civil, la que se determinará en ejecución de sentencia, subsistiendo en tanto no se ejercite dicho derecho el de retención a favor del Ayuntamiento de Vigo establecido en el artículo 453 del Código Civil. El contenido del fallo, en la parte que establece el derecho de retención, se explica en el fundamento de derecho séptimo en el que, tras declarar la buena fe de la parte recurrida, se viene a señalar: en consecuencia, no se puede acceder a la petición de condena solicitada en el suplico de la demanda en su apartado segundo, y si sólo aceptar parcialmente la petición subsidiaria del Otrosí Digo 3º de la demanda, en los explícitos términos del artículo 381 del Código Civil, puesto que una vez declarada, como que hacemos, la propiedad del suelo a favor de la actora y dada la imposibilidad en este caso, por la inalienabilidad e indivisibilidad del monte comunal, de hacer uso de la opción que confiere el citado precepto, sólo le queda el camino si quiere corregir la situación provisional de hacer suya la obra, esto es, todo lo edificado, plantado o sembrado, previo pago de la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del código civil, lo que se llevaría a cabo en ejecución de sentencia (ver sSTS de 21-12-1945 y 17-12-1957, o la de esta Sala de 2-3-2006); en el bien entendido que esta forma de adquirir la propiedad por accesión (artículo 353CC), ha de ejercitarse de una sola vez y sobre todo lo edificado, sembrado o plantado en las cuatro parcelas cuya propiedad del suelo a favor de la recurrente ahora se declara, puesto que el precitado artículo 361 CC no contempla que se pueda ejercitar el derecho de forma parcial o fraccionada. Entre tanto no se ejercite dicho derecho, el Ayuntamiento de Vigo tendrá el derecho de retención que otorga el artículo 453 del Código Civil.

14 La Comunidad de Montes no solo no solicitó la devolución de la posesión en los términos fijados en la sentencia que estimó en parte su acción reivindicatoria, sino que, según resulta de los elementos de prueba aportados al proceso lo que ha venido pretendiendo fue el traspaso de la posesión de la que era titular al Ayuntamiento de Vigo previo ejercicio por este de la facultad expropiatoria. Durante más de nueve años la comunidad de montes no sólo no mostró interés en ejecutar la recuperación posesoria de las parcelas en las condiciones fijadas en la resolución en que se le reconoció su derecho a poseerlas sino que, de manera distinta a lo resuelto, pasó a pretender la transmisión (mediante expropiación) de su derecho a quien venía ya poseyéndolas y sobre ellas había edificado. En tales circunstancias de desconocimiento de la sentencia no

puede ahora pretenderse que se valore oposición a las obras que se vienen realizando desde que se dictó

15 El motivo, por lo expuesto, no puede ser estimado.

TERCERO. Sobre la alegación quinta.

16 En el tercer motivo se impugna la sentencia en cuanto no estima su pretensión sobre las obras futuras y las llevadas a cabo desde la presentación de la demanda.

17 En la sentencia de primera instancia se fundamenta la desestimación de lo pedido indicando que *no existe ningún dato que apunte a que, ni con las obras pasadas ni con las futuras, siempre que sean de la misma naturaleza, como no se discute relacionadas con el fin propio de la explotación del parque zoológico, la posición de la comunidad vaya a perjudicarse ni por tanto cuente con interés legítimo y autónomo para pedir su derribo.*

18 En el recurso no sólo no se llega a señalar cuál fuera el interés legítimo en obtener el pronunciamiento cuya desestimación ahora se impugna sino que ni siquiera se indica que con las obras referidas en la sentencia recurrida se le pudiera llegar a causar algún perjuicio en el futuro, señalándose, como único fundamento de la pretensión revocatoria, el que las obras no estarían amparadas por el derecho de retención.

19 Hemos visto anteriormente que en la sentencia en la que se establecía el derecho de retención del Ayuntamiento de Vigo sobre la parcela en la que se ubicaba el parque zoológico venía a reconocerse la continuidad de tal actividad hasta que la Comunidad de Montes pudiera recuperar la posesión previo abono de los gastos que indicaba; y hemos visto, también, que la Comunidad de Montes no sólo ha venido desconociendo el régimen de recuperación posesoria establecido la sentencia sino que tampoco llega a concretar que se fuera pretender tal recuperación en el futuro. En tales circunstancias la falta de concreta alegación de que con las obras a ejecutar en el futuro, contempladas en la sentencia primera instancia, se le habría de causar algún perjuicio, no cabía estimar el interés legítimo en obtener la tutela jurisdiccional que se pretende.

20 El motivo, por lo anterior, no puede ser estimado.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

CUARTO. Sobre el fundamento de las pretensiones de la demanda.

21 Pretendía la Comunidad de Montes en su demanda que se declarara que determinadas obras que había realizado el Ayuntamiento de Vigo en las instalaciones del Parque Zoológico por entender que eran *contrarias al derecho de retención que le asiste*.

22 En la s. T.S.X.G 11/2009, ya referida, se reconoce el derecho de dominio de la Comunidad de Montes sobre la parcela ocupada por las instalaciones del Parque Zoológico, se reconoce su derecho a hacerlas suyas previo pago de la indemnización que se fije en fase de ejecución (en la parte dispositiva se hace referencia de forma genérica a *las obras, siembras o plantaciones existentes en tres parcelas*, pero en los fundamentos de la resolución ya se había señalado que en una de ellas existía un zoológico) y, al mismo tiempo, se desestima la pretensión de recuperación posesoria inmediata de la parcela y se reconoce el derecho de retención del Ayuntamiento de Vigo. Resulta, por tanto, que hasta que la Comunidad de Montes ejercite su derecho a adquirir el dominio sobre las instalaciones del parque zoológico pagando la indemnización su titularidad corresponde al Ayuntamiento de Vigo que las habría realizado a su costa; y hasta tanto aquella no ejercite su derecho a adquirir el dominio en la forma indicada el ayuntamiento tendrá un derecho de retención de la posesión de la parcela sobre la que el Parque Zoológico se instaló. Tal interpretación de la sentencia resulta no sólo de los propios términos en que aparece redactada sino también de considerar la constante y unánime doctrina jurisprudencial acerca de la no adquisición automática de la propiedad de lo edificado en suelo ajeno cuando concurre buena fe del constructor (por todas, s.S.T. 15 Feb. 1999, Rec. 2368/1994).

23 La comunidad de Montes, al momento presentar la demanda, no había ejercitado su derecho de adquisición del dominio de la instalaciones del parque zoológico, por lo que el Ayuntamiento de Vigo no tenía sobre ellas un mero derecho de retención sino un derecho de propiedad siquiera éste sea de naturaleza temporal. Así las cosas la controversia acerca de las obras que el ayuntamiento pudiera ejecutar en las instalaciones del zoológico habría de resolverse considerando no las facultades del titular del derecho de retención conforme al artículo 453 del Código de Civil, sino las facultades del titular temporal de la edificado que habrían de resultar del régimen artículo 361 del Código .

24 Pero la controversia no podía ser resuelta en este proceso, por impedirlo el principio de congruencia (artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que no permitiría apartarse de la causa de pedir (exceso en el ejercicio del derecho de retención) para resolver acerca de las pretensiones de la demanda.

25 En suma, aún cuando lo expuesto en los tres primeros fundamentos llevaría ya a la desestimación del recurso, en cuanto no podrían haberse apreciado los motivos que en él se alegaron, lo ahora razonado sobre la congruencia no habría permitido, en ningún caso, estimar las pretensiones de la demanda.

QUINTO. Costas procesales y depósito para recurrir.

26 Al desestimarse el recurso habrán de imponerse al recurrente las costas de la segunda instancia en atención a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

22 La desestimación supone, además la pérdida del depósito en su día realizado para recurrir (Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Por lo expuesto, y haciendo uso de la potestad de juzgar que nos confiere el artículo 117 de la Constitución Española.

FALLAMOS

1 Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de COMUNIDAD DE MONTES VECINALES EN MANO COMÚN DE LA PARROQUIA DE TEIS, frente a la sentencia de fecha 1 de febrero de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta ciudad, condenando a la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas por su recurso, con pérdida del depósito.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, en base a lo establecido en el artículo 477 LEC



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Al tiempo de la interposición de los citados recursos deberá la parte recurrente acreditar haber constituido un depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano judicial, abierta en BANCO SANTANDER Sucursal C/Coruña de Vigo, cuenta expediente 0915000012030419, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente. Si el ingreso se efectúa a medio de transferencia el núm. de cuenta IBAN es el siguiente: ES55 0049 3569 9200 0500 1274 haciendo constar en el/los justificante/s de ingreso y como concepto y observaciones el número de cuenta expediente antes reseñado.

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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 VIGO

SENTENCIA: 00020/2019

-

C/LALIN NUM.4, 2º ANDAR 36209 VIGO
Teléfono: 986817522/23/24, Fax: 986817525
Equipo/usuario: RP
Modelo: N04390

N.I.G.: 36057 42 1 2018 0004442

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000251 /2018

SENTENCIA

En Vigo, a 1 de febrero de 2019

Magistrado-Juez que la dicta: Roberto de la Cruz Álvarez.

Demandante: Comunidad de Montes Vecinales en Mano Común de Teis (Vigo). Procurador: Eva Martínez Paz. Abogado: Calixto Escariz Vázquez.

Demandado: Concello de Vigo. Procurador: Paula Llordén Fernández-Cervera. Abogado: Asesoría Xurídica do Concello.

Objeto del juicio: Demolición de obras realizadas por poseedor en terreno comunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento trae causa de la demanda presentada el día 20 de marzo de 2018 por la representación procesal de la Comunidad de Montes Vecinales en Mano Común de Teis (Vigo) en que se ejercitaba acción en solicitud de la declaración de que las obras de ampliación, nueva construcción y mejora realizadas por el Concello de Vigo en el terreno hoy dedicado a parque zoológico, son en tanto que realizadas después de su fecha contrarias a la sentencia que declaró la propiedad de la demandante y el derecho de retención de la demandada, condenando a ésta a reponerlas al estado anterior y a cesar en su práctica futura. La parte demandada se opuso por medio de escrito de 11/7/2018,





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

formulando a su vez reconvención que no obstante fue inadmitida por medio de auto de 3 de septiembre de 2018, que devino firme.

SEGUNDO.- Citadas que fueron las partes personadas a la celebración de la audiencia previa al juicio, ésta tuvo lugar el día 7 de noviembre de 2018, donde fueron resueltas las cuestiones procesales y documentales, fijados los hechos controvertidos y fue propuesta y admitida la prueba. La misma fue finalmente practicada el día 9 de enero de 2019 con el resultado que obra en autos, tras lo cual las partes formularon conclusiones y las actuaciones quedaron vistas para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales esenciales, a salvo los plazos procesales en especial atención a la huelga funcional desarrollada los pasados meses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita en el presente juicio ordinario, de acuerdo con el propio tenor de la demanda rectora del procedimiento, acción en solicitud de la declaración judicial por la que las obras de ampliación, nueva construcción y mejora realizadas por el Concello de Vigo en el terreno conocido como "Monte Madroa" hoy dedicado a parque zoológico, son en tanto que realizadas después de su fecha contrarias a la sentencia de 19/5/2009 del TSXG que declaró la propiedad de la demandante y el correlativo derecho de retención de la demandada, condenando a ésta a reponerlas al estado anterior y a cesar en su práctica futura. Se expone, así, que el Concello de Vigo no se hallaría legitimado para realizar tales obras, que exceden de la mera conservación, en tanto la sentencia declarativa tan solo le otorgaría un derecho a retener el fundo en garantía del abono de las obras realizadas hasta ese momento, pero no a realizar las meritadas obras, en tanto la propiedad ya sería efectiva de la comunidad de montes. Se citan en apoyo de ello los artículos 361 y 453 del Código Civil, así como determinada jurisprudencia que se entiende aplicable.





Por su parte, la parte demandada, en forzado resumen, discrepa de tal planteamiento y sí entiende que el citado derecho recogido en la renombrada sentencia le otorga la posibilidad de seguir explotando con normalidad el parque zoológico en tanto la comunidad no ejercite la facultad entrar en la posesión del terreno previo el abono de la indemnización correspondiente; de tal forma que las obras realizadas, en su mayor parte de mantenimiento y conservación, deben considerarse igualmente realizadas por poseedor de buena fe y por tanto susceptibles de mantenerse en el tiempo. Reconviniéndose en orden a obtener la declaración de lo que habría de servir para la desestimación sin introducir nuevo *petitum* (art. 406 de la LEC), la demanda reconvencional fue inadmitida sin perjuicio de las razones ofrecidas.

SEGUNDO.- Desde este general planteamiento, ya se puede observar que la cuestión a dilucidar es esencialmente jurídica y versa sobre las facultades del poseedor de buena fe a quien se reconoce derecho de retención en tanto el propietario no ejercite la facultad de entrar en la posesión, para lo que precisa el abono de las obras y construcciones realizadas en el dominio reivindicado.

Ello, en particular atención a que desde el punto de vista fáctico las partes, en respectivo ejercicio de lealtad procesal, han propuesto y admitido dar por correcto a tal efecto el listado de obras y construcciones - en lo referido a ampliación, nueva construcción y mejora - elaborado por el arquitecto municipal, quien además ha declarado en juicio.

Dicho lo anterior, también ha de resultar obvio que el contenido de las facultades del aún poseedor ha de venir determinado, en primer lugar, por la sentencia que las declara. Y así, la STSXG de 19/5/2009 que revoca las de instancia y alzada para estimar la pretensión reivindicatoria de la comunidad de montes, establece que *"La Comunidad actora tendrá derecho a hacer suyas las obras, siembras o plantaciones existentes en dichas parcelas, previa la indemnización al Ayuntamiento de Vigo establecida en los artículos 453 y 454 del Código Civil, la que se determinará en ejecución de sentencia, subsistiendo en tanto no se ejercite dicho derecho el de retención a favor del Ayuntamiento de Vigo establecido en el artículo 453 del Código Civil"*





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZIA

La expresa remisión a este último precepto, pues, obliga a recordar su tenor, según el cual:

Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.

Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

TERCERO.- De la lectura del fallo y el precedente artículo resulta pues claro que al Concello se le reconoce la condición de poseedor de buena fe y el derecho a que se le satisfagan los gastos necesarios y útiles hechos hasta el momento de la sentencia, con el consecuente derecho de retención efectivamente en garantía. Lo que no se desprende con la misma claridad es el régimen que haya de seguir el poseedor desde el instante en que su título de propiedad es rechazado. De este modo, la comunidad actora sostiene que a partir del instante en que se emite la sentencia, dictada en casación autonómica y por tanto firme, el Concello -lo que éste niega - dejaría de ser poseedor de buena fe y ya no está amparado respecto de las construcciones posteriores.

En efecto, el artículo 433 del mismo Código Civil dispone:

Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario.

Visto lo cual y en simple interpretación literal (art. 3.1 del Código Civil), no parece que el poseedor que lo era de buena fe, y aunque ésta se presume (art. 434 C.C.), pueda seguir ostentando esta condición desde el momento en que sabe que su título no era suficiente y pasa a tener un simple derecho de retención en garantía, lo cual necesariamente ocurre con el dictado de la sentencia, incluso aunque ésta no





fuese firme (vid. STS 3/3/2016). Y siendo ello así, el art. 363, siempre del Código Civil, dispone 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.* Parece, pues, en esta primera aproximación, que la comunidad actora sí cuenta con acción y está legitimada para pedir la reposición del estado de los terrenos a su situación anterior al dictado de la meritada sentencia por lo que la demanda presentada, en apariencia, estaría llamada a ser estimada.

CUARTO.- Sin embargo, no puede dejar de tenerse en cuenta que, en el mismo razonamiento lógico, también ha de considerarse aplicable el siguiente artículo 364 del Código Civil. Dispone éste en su apartado 1º que *Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe.*

Y en su segundo párrafo se hace una interpretación auténtica del anterior al decir que *Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse.*

En parecer del proveyente, la comunidad de montes de Teis integra plenamente esta previsión. En primer término, no se ha alegado ni de otro modo consta, pese a ser público y en todo caso de fácil conocimiento como precisamente constatan las noticias de prensa aportadas por la actora, que ésta se haya opuesto en modo alguno a ninguna de las obras realizadas en el zoológico durante los casi nueve años que transcurren entre el dictado de la sentencia y la presentación de la demanda, más allá de la petición de información casi coetánea a la misma. Periodo durante el cual se hubieron realizado necesariamente, y aún por propia definición, las actuaciones que aquí tratan de reponerse. Antes bien, la intención manifestada por la comunidad en la que se insiste en juicio es que el Concello expropié los terrenos para que pueda seguir explotando el parque, para lo que incluso se ha accionado en el ámbito contencioso-administrativo.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Mala fe, a solos efectos posesorios que aquí se ventilan, que en consecuencia priva al propietario no poseedor de la facultad de exigir el arrancamiento de las obras. La petición de declaración de disconformidad con el derecho de retención de las mismas y de condena a su retirada, pues, ha de desestimarse sin necesidad de entrar en el detalle de las enumeradas, visto que en el acto del juicio por el arquitecto municipal trata de equipararse parte de ellas a simples obras de conservación que no habrían sido objeto de petición expresa al efecto.

QUINTO.- Acontece empero que el escrito rector suplica además que se prohíba al Concello de Vigo la realización de futuras obras de ampliación, nueva construcción o mejora; frente a lo que cabría decir que ya se ha manifestado objeción y por tanto la comunidad no incurriría más en la mala fe por dejación apreciada. Sin embargo, tampoco es ésta la conclusión que alcanza el juzgador.

Y es que, como ya se ha avanzado, la demandante no ha acreditado, ni indica, ningún interés propio en que no se realicen las obras, que no consta en absoluto perjudiquen en mayor medida el uso que hubiera de hacerse tras la recuperación de la posesión. Debiendo enmarcarse el conflicto aquí ventilado con la pretensión contemporánea de que el Concello proceda a la expropiación, en pretensión que acaso sea legítima en abstracto pero que no encuentra acomodo en la acción ejercitada. Acaso podría temerse que la indemnización a abonar en su día, si solicitase la ejecución de la sentencia del TSXG, pudiera incrementarse innecesariamente con el valor de las actuaciones realizadas hasta ese momento. Sin embargo, ni consta que tal ejecución vaya a interesarse después de este tiempo y antes bien se descarta; ni dejará de hacerse notar que el Concello ha reconocido expresamente, a lo que habrá de estar vinculado, que la liquidación del estado posesorio habrá de realizarse sin tener en cuenta las obras posteriores. En definitiva, no existe ningún dato que apunte a que, ni con las obras pasadas ni con las futuras -siempre que sean de la misma naturaleza, como no se discute relacionadas con el fin propio de la explotación del parque zoológico - la posición de la comunidad vaya a perjudicarse ni por tanto cuente con interés legítimo y autónomo para pedir su derribo.





A todo ello no obsta, por último y siempre en parecer del proveyente, que en la invocada sentencia de la AP de Cantabria de 18/3/2005 se dispusiese que el titular de la garantía del artículo 453 del C.C. no cuenta siquiera con derecho de uso, y sólo mera retención. Además de su carácter aislado y en todo caso no emisora de jurisprudencia en los términos del artículo 1.6 del mismo C.C., ni parece que aquélla fuera la *ratio decidendi* de la misma; ni el supuesto de hecho es coincidente, al tratarse de un caso de construcción en subsuelo ajeno; ni se hubo examinado la posición del propietario en los términos en que aquí ha tratado de hacerse.

La demanda en definitiva, y como se ha avanzado, debe ser desestimada.

SEXTO.- En materia de costas del procedimiento, el principio del vencimiento objetivo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil habría de determinar su imposición a quien ha visto rechazadas todas sus pretensiones; en este caso, la parte demandante.

Sin embargo, la razonable discusión jurídica que constituye el centro de la disputa, y la ausencia de doctrina clara y constante al respecto, que no han hallado las partes ni el que suscribe, hace que se entienda aconsejable no hacer especial imposición de las mismas como permite el mismo precepto citado, debiendo por tanto abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la representación procesal de la Comunidad de Montes Vecinales en Mano Común de Teis (Vigo) frente al Concello de Vigo, debo absolver como ABSUELVO a la parte demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Sin expresa condena en las costas del procedimiento a ninguna de las partes.

La presente resolución no es firme y contra ella cabe RECURSO DE APELACIÓN para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra (Secc. 6ª) a interponer directamente en este Juzgado el plazo de 20 DÍAS desde su notificación, previa acreditación del depósito de la cantidad de **50 euros** en la cuenta de depósitos y consignaciones de este mismo Juzgado, domiciliada en la Entidad Santander.

Notifíquese a las partes.

Así lo acuerdo, mando y firmo.

