

Roj: **STS 6970/2005 - ECLI:ES:TS:2005:6970**Id Cendoj: **28079110012005100860**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/11/2005**Nº de Recurso: **1399/1999**Nº de Resolución: **859/2005**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Noviembre de dos mil cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto, por CONSTRUCCIONES ZAFIRO, S.A. , representado por el Procurador de los Tribunales D. ROBERTO SASTRE MOYANO, contra la Sentencia dictada, el día 12 de noviembre de 1998, por la Sección Catorce de la Audiencia Provincial de Madrid , que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Colmenar Viejo. Es parte recurrida DON Cesar representada por el Procurador de los Tribunales D. JOSE LUIS PINTO MARABOTTO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Colmenar Viejo, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, D. Cesar , contra CONSTRUCCIONES ZAFIRO, S.A., y contra D. Luis Pedro y su esposa, D<sup>a</sup> Araceli . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia por la que se acuerde: 1.- La procedencia del deslinde de la finca NUM000 por su límite Oeste, en el punto tangente con las fincas nº NUM001 , propiedad de los esposos demandados, Don Luis Pedro y Doña Araceli , y con las fincas nº NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 , propiedad de "CONSTRUCCIONES ZAFIRO, S.A." todas del mismo Registro de la Propiedad núm 2 de Colmenar Viejo (Madrid). 2.- Que dicho deslinde se lleve a cabo, en ejecución de la Sentencia que se solicita, por un perito topógrafo que, al efecto, sea designado por el Juzgado, el cual deberá tener en cuenta para la determinación de la linde que ha de separar los predios en conflicto: 2.1.- Que la finca NUM000 es de una extensión superficial de 15.650 metros, según el título, sobrando, según el Registro (como "Resto"), otros 5.235 metros cuadrados, y su descripción es la que se transcribe en el Hecho Primero de la demanda. 2.2.- Que las fincas propiedad de los demandados, tangenciales con las de mi poderdante, fueron segregadas de la finca número 2.934, que tenía una extensión superficial de 27.610 metros cuadrados y que, en base a los linderos según el Registro (Hecho Quinto) comprende su perímetro los viales que cierran el entorno de las fincas en que se dividió, así como el entrante que aparece excluido en el plazo nº 6, al ser la linde "Sur", La Cañada Real, en su propio discurrir, en línea recta. 2.3.- Que, en consecuencia, la configuración de las fincas en que se dividió la nº NUM007 , y, en especial, las que son relacionadas con esta demanda como de los demandados, ha de partir de la superficie y linderos originarios registrales de la finca citada, quedando ubicada en el terreno en los términos que resultan del Catastro o, alternativamente, de las Normas Subsidiarias según el plano acompañado como documento nº 15. 3.- Que, en su caso, se distribuya proporcionalmente entre las fincas afectadas, el defecto de superficie que pueda resultar, teniendo en consideración al respecto las superficies registrales de las fincas NUM007 y el resto de la NUM000 , que son 27.610 metros cuadrados y 15.650 metros cuadrados, respectivamente, atribuyendo a las fincas de los demandados, contiguas a las de mi mandante, el defecto que así resultare, respecto de la aquella. 4.- Se decrete, en su caso, que los demandados repongan a mi mandante en la posesión de la superficie que ha sido invadida por los mismos, así como al derribo de cualquier edificación que se hubiere ejecutado sobre dicha franja de terreno, condenando a dichos demandados a estar y pasar por estas declaraciones y,





por último, 5.- Se condene a la parte demandada al pago de cuantos gastos y costas se originen en el presente procedimiento, así como en las operaciones de deslinde".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de CONSTRUCCIONES ZAFIRO, S.A., como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia desestimando íntegramente dicha demanda con expresa condena en costas a la parte actora". Por resolución de fecha 27 de diciembre de 1994, fueron declarados en rebeldía los demandados D. Luis Pedro y D<sup>a</sup> Araceli, dándose por contestada la demanda respecto a los mismos. Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 23 de Enero de 1996, y con la siguiente parte dispositiva: " Que estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, no se entra a conocer del fondo del asunto en relación con la demanda presentada por la Procurador Sra. Pinto Ruiz, en nombre y representación de DON Cesar, contra CONSTRUCCIONES ZAFIRO, S.A., representada por la Procurador Sra. Sánchez Oliva y contra DON Luis Pedro y DOÑA Araceli, declarados en situación procesal de rebeldía. Las costas han de imponerse a la parte demandante."

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Cesar. Sustanciada la apelación, la Sección Catorce de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 12 de noviembre de 1998, con el siguiente fallo: " Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Cesar, representado por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto, contra la sentencia dictada el día veintitrés de enero de mil novecientos noventa y seis, por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 1 de Colmenar Viejo, en los autos de menor cuantía 573/93, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la misma, DESESTIMANDO la excepción de falta de litisconsorcio pasivo y así, entrando en el fondo del asunto, debemos ADMITIR PARCIALMENTE la demanda con los siguientes pronunciamientos: Que se proceda al deslinde de la finca NUM000 por su lindero oeste en el punto tangente con las fincas NUM008 propiedad de los demandados D. Luis Pedro y D<sup>a</sup> Araceli con las fincas NUM009, NUM003, NUM004, NUM005 y NUM006, propiedad de Construcciones Zafiro, S.A. todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad nº 2 de Colmenar Viejo. Que el citado deslinde se lleve a cabo en ejecución de sentencia con el auxilio de un perito topógrafo, teniendo en cuenta, para ubicar la línea de separación, la superficie de la finca NUM000 que consta en el Registro (15.650 m<sup>2</sup>) y respetando los linderos, este, norte y sur que la misma ocupa y la superficie total de 27.610 m<sup>2</sup> de la finca NUM007, matriz de la que derivan los hoy colindantes con el actor y que respetando el estado físico actual del lindero norte, debe fijarse su lindero este computando los viales que cierran el entorno de esa finca por ese lado y el sur siguiendo en línea el trazado de la Cañada Real eliminando el entrante al que hicimos referencia en el fundamento de derecho séptimo. Asimismo debemos determinar y determinamos que en el supuesto que hubiese defecto de superficie en la realidad física del que consta en el Registro de la Propiedad, se distribuya el mismo proporcionalmente a la superficie de las fincas NUM007 y NUM000, aunque repercutiendo exclusivamente en contra de los demandados y en proporción a la extensión de las fincas que colindan con la del demandante, el defecto que haya de imputarse a la finca NUM007, con expresa reserva a los demandados de las acciones que por este hecho pudieran ostentar frente a terceros. Por último se condena a los demandados a que repongan al actor en la posesión de la superficie que hubiese sido invadida por los mismos, condenando a la sociedad Construcciones Zafiro, S.A., al derribo de cualquier edificación que hubiese ejercitado sobre dicha franja de terreno y absolviendo de tal pretensión a los demandados en cuyo caso no deberá devolverse el terreno correspondiente a la edificación, sin perjuicio de los derechos que correspondan al demandante en base a lo establecido en el artículo 361 del C.Civil. Sobre las costas procesales de primera instancia debe hacerse este doble pronunciamiento, se imponen a Construcciones Zafiro, S.A. las causadas por la acción ejercitada contra la misma, sin hacer pronunciamiento alguno sobre las generadas en la acción acumulada contra D. Luis Pedro y D<sup>a</sup> Araceli. No se hace pronunciamiento alguno sobre las causadas en esta apelación."

Por el Procurador Sr. Pinto Marabotto, se presentó escrito solicitando la aclaración de la Sentencia, dictándose con fecha 13 de Enero de 1979 Auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "LA SALA ACUERDA; En aclaración del contenido del fallo de la Sentencia dictada en este procedimiento el día 12 de Noviembre de 1.998, se sustituye la frase contenida en el párrafo quinto del fallo que dice "absolviendo de tal pretensión a los demandados en cuyo caso no deberá devolverse el terreno correspondiente a la edificación" por la más adecuada "absolviendo de tal pretensión a los otros dos demandados en cuyo caso no deberá devolverse el terreno correspondiente a la edificación..."

TERCERO. CONSTRUCCIONES ZAFIRO, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. ROBERTO SASTRE MOYANO, formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Catorce, con fundamento en los siguientes motivos:





Primero: Con fundamento en el número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción por no aplicación la excepción de falta de "litisconsorcio pasivo necesario", en relación con lo dispuesto en los artículos 384 y 387 del Código Civil .

Segundo: Con fundamento en el número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción, por no aplicación, de los artículos 1.957 y 1.960.1º del Código Civil .

Tercero: Con fundamento en el número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de los artículos 384 del Código Civil .

Cuarto: Con fundamento en el número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del artículo 523, párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

CUARTO. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. JOSE LUIS PINTO MARABOTTO, en nombre y representación de D. Cesar , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veinticinco de Octubre de dos mil cinco, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El demandante, D. Cesar , había interpuesto un interdicto de obra nueva contra Construcciones Zafiro, S.A. por las obras que ésta efectuaba en un terreno de la urbanización donde se hallaba la finca del demandante, por considerar que estaba invadiendo una parte de su propiedad. La sentencia de la sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de junio de 1993 pronunciada en ocasión del interdicto, declaró que el resultado de la prueba "se muestra contradictorio", por no haberse podido probar si la obra nueva estaba dentro de los límites de la propiedad del demandado o bien los excedía, por lo que consideraba que "sólo cuando mediante el oportuno procedimiento queden exactamente delimitadas las fincas y concretados los derechos del actor sobre su exacto y propio terreno, se podría afirmar que la obra invade o no su propiedad".

En consecuencia, D. Cesar interpuso una demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía contra D. Luis Pedro y su esposa D<sup>a</sup> Araceli , declarados en rebeldía en este procedimiento, y contra "CONSTRUCCIONES ZAFIRO, S.A", ahora recurrente. En esta demanda ejerció la acción personal de deslinde y la acción real reivindicatoria, pidiendo el deslinde de unas determinadas fincas, cuya descripción figura en los hechos de esta sentencia y la reposición al demandante en la posesión de la finca que ha sido invadida por los demandados.

La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Colmenar Viejo desestimó la demanda admitiendo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial de Madrid (sección 14) revocó la sentencia apelada, desestimando las excepciones de litisconsorcio pasivo necesario y de prescripción adquisitiva y estimó parcialmente la demanda, decretando que a) se procediera al deslinde en los términos que declaraba; b) se repusiera al demandante en la posesión de la superficie invadida, y c) impuso a CONSTRUCCIONES ZAFIRO, S.A. las costas.

Contra esta sentencia se presenta el presente recurso de casación

SEGUNDO. Desde la sentencia de 24 de diciembre de 1927 se ha venido planteando a esta Sala el problema de la distinción entre las acciones de deslinde y reivindicatoria, especialmente en aquellos casos en que en realidad y bajo la apariencia de un deslinde, se estaba ejerciendo una auténtica reivindicación. En esta sentencia se sentó una doctrina interpretativa del artículo 384 Código civil , diciendo que "el presente litigio es de deslinde de propiedades, puesto que versa sobre la fijación del lindero que debe separar las dos fincas rústicas limítrofes de los litigantes, cuya mutua propiedad está reconocida por los mismos y en el que tan solo se pide el reconocimiento del dominio respecto al trozo del monte que el demandado posee y el actor pretende que se le adjudique en el presente deslinde". Esta interpretación ha marcado las resoluciones de las sentencias posteriores, debiendo destacarse, entre las más recientes, las de 18 de abril de 1984, 16 de octubre y 18 de diciembre de 1990, 27 de enero de 1995 y 10 de febrero de 1997 . Se trata, por tanto, de dos acciones compatibles, que pueden ejercitarse de forma separada o conjuntamente, como ha ocurrido en el presente litigio.

El primer motivo del recurso se articula al amparo del artículo 1692, 4º Ley de Enjuiciamiento Civil , por haber violado la sentencia apelada la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario.

En primer lugar hay que recordar que este Tribunal ha mantenido que las infracciones procesales relativas al litisconsorcio pasivo necesario no deben ser planteadas al amparo del cauce procesal del número cuarto del



artículo 1692 Ley de Enjuiciamiento Civil , sino al amparo del número tercero, es decir por quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales, para evitar la indefensión ( sentencias, entre otras de 3 de noviembre de 1989 y 16 de octubre de 1990 ) .

Ahora bien, además del defecto formal del recurso, se debe señalar que en el caso actual no se ha producido el vicio procesal denunciado. El artículo 384 del Código civil establece que "todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes". La expresión dueños de los predios colindantes debe ser interpretada en función de la finalidad buscada por el propio artículo 384 del Código civil , porque sería absurdo obligar a traer a la litis a personas a quienes esta acción de deslinde no va a afectar. Por ello dice la sentencia de 3 de noviembre de 1989 que esta acción "sólo interesa a los propietarios que estén en linde incierta y discutida y no a los demás que tengan perfectamente reconocidos sus límites" (también sentencias de 16 de octubre de 1990 y 27 de enero de 1995) .

En este caso se ha probado que el lindero de la finca objeto de discusión es el del lado oeste y con relación al mismo, se ha demandado a los propietarios afectados por la acción ejercitada, dos de los cuales están declarados en rebeldía. Y respecto de la recurrente hay que aceptar el hecho probado por la Audiencia Provincial en su fundamento jurídico 2 cuando afirma que "de las propias actuaciones se comprueba que la inmensa mayoría de las fincas segregadas o procedentes de la registral NUM007 , que son las más próximas al lindero sometido a discusión, son de su propiedad". En definitiva, el propietario titular a que se refiere la recurrente sin tan sólo identificarlo es la propia compañía que recurre. Además debe señalarse que se demandó a otros propietarios que están en rebeldía.

Por tanto, debe desestimarse este motivo del recurso.

TERCERO. El segundo motivo del recurso se formula al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , porque se considera que el fallo de la sentencia infringe, por no aplicación, los artículos 1957 y 1960,1º del Código civil , ya que la tesis de la recurrente es que ha existido una posesión continuada de la porción de terreno que reivindica D. Cesar , porque se había poseído desde el año 1977. Los argumentos del recurrente pretenden la revisión de la prueba practicada, lo que no es posible en casación..

La usucapión requiere la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 1941 Código civil y así el usucapiente debe poseer en concepto de dueño, de forma pública, pacífica y no interrumpida; si además se prueba que se ha usucapido con justo título y buena fe, las consecuencias son las previstas en el artículo 1957 Código civil , es decir que sólo se requerirá que la posesión, con las características enunciadas, se haya prolongado durante 10 años.

Pero la posesión ad usucapionem es un hecho que debe probarse ( sentencia de 10 de febrero de 1997 ) y la sentencia de la Audiencia declara que no han existido actos de detentación física claros y concretos que permitan concluir que el terreno haya quedado sujeto a la voluntad del recurrente. Por tanto, no probada la concurrencia de uno de los requisitos esenciales para que tenga lugar la prescripción adquisitiva, cual es la posesión apta para producir la usucapión, debe desestimarse este motivo del recurso.

CUARTO. El tercer motivo se formula subsidiariamente para el caso que no hayan sido acogidos los anteriores. Se presenta al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por aplicación indebida del artículo del 384 Código civil y la jurisprudencia que lo desarrolla, ya que según la recurrente, la acción de deslinde presupone la confusión de linderos y a su parecer, este defecto no se produce en el caso enjuiciado.

Nos encontramos de nuevo ante una cuestión de interpretación de los hechos declarados probados en la sentencia apelada. Ciertamente, la acción de deslinde constituye un medio para eliminar la confusión de linderos. Por ello este Tribunal, en diversas sentencias entre las que pueden citarse las de 18 de abril de 1984, 18 de diciembre de 1990 y 21 de junio de 1997 , considera indispensable "para la práctica del deslinde", que "esta confusión se haya producido". La sentencia recurrida considera probada la indeterminación por lo que procede la acción de deslinde ejercitada y la no admisión de este motivo.

QUINTO. El cuarto motivo se presenta al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por considerar que en la estimación parcial de la demanda se ha infringido el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo relativo a la imposición de las costas procesales.

No puede admitirse la alegación del recurrente, porque la sentencia recurrida decide sobre todas cuestiones esenciales planteadas en la demanda, es decir, la necesaria práctica del deslinde y la correspondiente posesión por el actor del área discutida. La razón de la expresión "estimación parcial" contenida en la sentencia y en el auto de 13 de enero de 1999 , aclaratorio de la sentencia dictada, es excluir a los dos demandados, D. Luis Pedro y Dª Araceli , de la acción ejercitada por D. Cesar . De modo que la estimación esencial de la demanda produce la condena en costas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .



Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

### FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto, por CONSTRUCCIONES ZAFIRO, S.A. contra la sentencia dictada, con fecha doce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, por la Sección Decimo Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid , con imposición al recurrente de las costas causadas por el recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL .- ENCARNACIÓN ROCA TRIAS.- RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Encarnación Roca Trías, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEN 2012

