



Roj: **STS 6301/2013 - ECLI:ES:TS:2013:6301**

Id Cendoj: **28079110012013100742**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2013**

Nº de Recurso: **2371/2011**

Nº de Resolución: **773/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 2046/2011,**  
**STS 6301/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación núm. 2371/2011, interpuestos por la entidad "PROMOCIONES DE SUELO DE LORQUI, S.L.", representada ante esta Sala por el Procurador D. Manuel Ortiz de Urbina Ruiz, contra la Sentencia núm. 447/2011, de 22 de septiembre, dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, en el recurso de apelación núm. 463/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 750/2006, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Molina de Segura. Ha sido parte recurrida el Excmo. Ayuntamiento de Lorquí, representado ante esta Sala por el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El Procurador D. Antonio Aballan Matas, en nombre y representación de la entidad "PROMOCIONES DE SUELO DE LORQUÍ, S.L.", presentó en el Decanato de los Juzgados de Molina de Segura, con fecha 18 de diciembre de 2006, demanda de juicio ordinario contra el "AYUNTAMIENTO DE LORQUÍ", que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 y fue registrada con el núm. PO 750/2006, cuyo suplico decía: «[...] se dicte sentencia por la que estimando la demanda, se declare:

» Principalmente.-

1º.- Que el lindero Oeste/Este de separación entre los terrenos del Ayuntamiento y la finca registral 1.893 del Término Municipal de Lorquí, del Registro de la Propiedad de Molina de Segura, propiedad de la actora, es el que figura trazado por la línea de color azul del plano de fecha 19/08/2003 que figura unido al Informe del Ingeniero Técnico Agrícola Don Plácido que se aporta como documento núm trece junto a la presente demanda.

2º.- Que se declare que el Ayuntamiento de Lorquí ha invadido la finca de la actora, finca registral núm. 1893, por su Lindero Oeste/Este, en una porción de terreno de unos 5.185,35 metros cuadrados de superficie mediante la construcción y edificación de unas instalaciones deportivas y un muro de cerramiento de las mismas, en la configuración y extensión que se hace constar en el plano de fecha 19/08/2003 que figura unido al Informe del Ingeniero Técnico Agrícola Don Plácido que se aporta como documento núm trece junto a la presente demanda.

3º.- Que se declare de propiedad exclusiva de promociones del suelo de Lorqui S.L., sobre la superficie de 5.185,35 metros cuadrados anteriormente delimitada y determinada por el deslinde anterior, en cuanto integrante de la finca número 1.893 del Registro de la Propiedad de Molina de Segura.



4º.- Que se condene al Ayuntamiento de Lorquí a pasar por las declaraciones anteriores y a que reponga a Promociones del Suelo Lorquí SL la concreta porción de terreno de superficie que actualmente posee sin título, debiendo el Ayuntamiento demandado dejar dicha porción de finca libre y expedita a disposición de la mercantil actora así como al derribo de cualquier edificación que se hubiere ejecutado sobre dicha franja de terreno, así como los muros de cerramientos; o alternativamente, y a su elección, a satisfacer a la actora Promociones del Suelo de Lorquí SL, el valor económico de mercado que tengan los terrenos ocupados en el momento de la ejecución de sentencia, y en función de su calificación urbanística actual.

» Subsidiariamente.-

Y para el caso de que por el Juzgado se declare que el lindero Oeste/Este de ambas propiedades no es coincidente con la línea marcada con el color azul, en el plano aportado al documento núm. trece, se proceda por el Juzgado y de conformidad con las normas establecidas en los Artículos 385 al 387 del Código o Civil, a determinar el lindero Oeste/Este de las referidas fincas, así como la extensión de terreno de la finca de mi representada, finca registral nº 1.893 invadida indebidamente por el Ayuntamiento de Lorquí por la construcción y edificación de las instalaciones deportivas y construcción de un muro de cerramiento, declarando de propiedad exclusiva de mi representada dicha extensión de terreno, así como condenando a dicha corporación municipal a pasar por dichas declaraciones, así como a la restitución a mi representada de la concreta porción de terreno de superficie que actualmente posee sin título, debiendo el ayuntamiento demandado dejar dicha porción de finca libre y expedita a disposición de la mercantil actora así como al derribo de cualquier edificación y muros de cerramiento que se hubiere ejecutado sobre dicha franja de terreno o alternativamente, y a su elección a satisfacer a la actora Promociones del Suelo de Lorquí SL el valor económico de mercado que tengan los terrenos ocupados en el momento de la ejecución de sentencia, y en función de su calificación urbanística actual.

5º.- Que se ordene la anulación y cancelación de cualquier asiento registral que pudiera amparar la ocupación del terreno que se reivindica.

6º.- Todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandada.»

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la parte demandada para su contestación.

La Procuradora D.<sup>a</sup> María del Carmen Ortuño Muñoz, en nombre y representación del "AYUNTAMIENTO DE LORQUÍ", en su escrito de contestación a la demanda, suplicó al Juzgado: «[...] dicte sentencia por la cual:

» 1º) Se inadmita la demanda estimando la concurrencia de las excepciones procesales alegadas.

» 2º) Subsidiariamente se estime parcialmente la demanda y, en los términos de su petición subsidiaria, se acuerde la práctica del deslinde solicitado y para el caso que de su práctica resultara la existencia de una efectiva ocupación por parte de mi mandante de terrenos propiedad del actor, distintos de los reconocidos en la resolución de la alcaldía de fecha 14 de julio de 2006,

- Se desestime la acción reivindicatoria ejercida por considerar acreditado el justo título de propiedad de mi mandante sobre la totalidad de los terrenos integrantes del Polideportivo Municipal.

- Subsidiariamente se condene a esta parte a la restitución de los terrenos que se acrediten formar parte de la finca propiedad del actor, mediante la indemnización económica sustitutiva de los mismos, a través de la tramitación del correspondiente expediente expropiatorio.»

**TERCERO.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado- Juez de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Molina de Segura dictó Sentencia, con fecha 7 de enero de 2010 , cuya parte dispositiva disponía: «Fallo:

» Estimo parcialmente la demanda presentada por el procurador Sr. Abellán Matas, en nombre y representación de la mercantil Promociones de Suelo de Lorquí, S.L., frente al Excmo. Ayuntamiento de Lorquí.

1º Se desestima la acción de deslinde ejercitada por Promociones de Suelo de Lorquí, S.L.

2º. Se declara la propiedad exclusiva de Promociones de Suelo de Lorquí, S.L. sobre la superficie de 5.185,35 metros cuadrados en cuanto integrante de la finca nº. 1.893 del Registro de la Propiedad de Molina de Segura, en la configuración y extensión que se hace constar en el plano de fecha 19/08/2003 que figura unido al informe del ingeniero técnico agrícola Sr. Plácido que se aporta como documento nº 13 de la demanda.

3º. Se desestima la acción reivindicatoria ejercitada por promociones del suelo de Lorquí, S.L.

» Cada parte habrá de abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

**Tramitación en segunda instancia**



**CUARTO.-** Los Procuradores de ambas partes interpusieron sendos recursos de apelación contra la Sentencia dictada en primera instancia.

**QUINTO.-** De la interposición de los recursos de apelación se dio traslado a las partes contrarias para que pudieran presentar escrito de oposición al citado recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada.

El representante procesal del "AYUNTAMIENTO DE LORQUÍ" se opuso al recurso de apelación interpuesto por el Procurador de la demandante.

**SEXTO.-** La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, que lo tramitó con el núm. de rollo 463/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la Sentencia núm. 447/2011, de 22 de septiembre, cuya parte dispositiva disponía: «Fallamos:

» Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Abellán Matas en nombre y representación de la mercantil "Promociones de Suelo de Lorquí, S.L.", con la imposición expresa de las costas de esta alzada a la parte apelante por dicho recurso.

» Que estimando el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Cantero Meseguer en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Lorquí, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por la Sra. Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Molina de Segura en fecha 7 de enero de 2010, en los autos de Juicio Ordinario seguidos ante el mismo con el número 750/06, en cuanto por la presente se declara que Promociones del Suelo de Lorquí, S.L. ostenta la propiedad sobre la superficie de 4.260,07 metros cuadrados, ocupado por el Excmo. Ayuntamiento de Lorquí, integrantes de la finca nº 1.893, del Registro de la Propiedad de Molina de Segura, con la configuración que resulta del plano nº 6 realizado por el perito nombrado en el procedimiento D. Pablo Jesús, manteniéndose idénticos los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia. No hay lugar a un pronunciamiento expreso en cuanto al recurso interpuesto en nombre de Excmo. Ayuntamiento de Lorquí.»

#### **Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación**

**SÉPTIMO.-** D.<sup>a</sup> Josefa Gallardo Amat, en nombre y representación de la entidad "PROMOCIONES DE SUELO DE LORQUÍ, S.L.", interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia núm. 447/2011, de 22 de septiembre, dictada en apelación por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia.

La interposición del recurso extraordinario por infracción procesal se basó en los siguientes motivos:

» Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1 apartado 2 de la LEC (Infracción de normas procesales reguladoras de la Sentencia), en relación con el artículo 216 y 218.1 de la LEC, por infracción del principio de justicia rogada, y por incongruencia en la sentencia recurrida; y ello al entender que no se da en el presente supuesto, la necesaria correspondencia entre los términos en que, a tenor de las alegaciones de las partes, quedaron planteados el debate litigioso y la decisión adoptada por la sentencia recurrida.

» Segundo.- Infracción del artículo 469.1.2º de la LEC (infracción de normas procesales reguladora de la Sentencia) en relación con el artículo 216 y 218.1 y 21.2 de la LEC, por infracción del principio de justicia rogada, y por incongruencia en la sentencia recurrida; y ello al no tener en cuenta la sentencia el allanamiento parcial del demandado Excmo. Ayuntamiento de Lorquí respecto de la porción de terreno 444,875 metros cuadrados, y la voluntad de indemnizar su valor.

» Tercero.- Infracción del artículo 469.1.2º de la LEC (Infracción de normas procesales reguladoras de la Sentencia), en relación con el artículo 217.7 de la LEC, al entender que el tribunal "a quo" no ha tenido presente en orden a la distribución de la carga de la prueba en el proceso, el principio de la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, respecto de la ubicación e identificación topográfica de la porción de terreno 444.875 metros cuadrados dentro de la finca litigiosa perfectamente identificada como un todo.

» Cuarto.- Infracción del artículo 469.1.2º de la LEC (Infracción de normas procesales reguladoras de la Sentencia) por considerar que la Sentencia "a quo" incurre en error patente o manifiesto con relevancia constitucional en la valoración de la prueba (vulneración del artículo 24 de la CE), en base a la no apreciación de datos de la realidad, condicionantes de la resolución adoptada, en concreto a la identificación topográfica de la porción de terreno 444,875 metros cuadrados dentro de la finca litigiosa, realizada por la cualificada testigo Doña Beatriz (alcaldesa saliente de la corporación demandada) quien identificó con exactitud en el acto de la vista la ubicación de dicha porción de finca.

» Quinto.- Infracción del artículo 469.1.2º de la LEC (Infracción de normas procesales reguladoras de la Sentencia) por considerar que la Sentencia "a quo" incurre en error patente o manifiesto con relevancia



constitucional en la valoración de la prueba (vulneración del artículo 24 de la CE), en base a la no apreciación de datos de la realidad, condicionantes de la resolución adoptada, en cuanto considera hecho probado que la cesión del derecho de uso que describe la resolución recurrida es sin fijación de plazo de devolución y mientras continúe destinado al uso de instalaciones deportivas.

El recurso de casación se fundamentó con base en los siguientes motivos:

» Primero.- Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la acción de deslinde al resultar plenamente procedente el ejercicio de dicha acción en el presente supuesto.

» Segundo.- Infracción del artículo 348 del Código Civil así como de la jurisprudencia que perfila los requisitos de la acción reivindicatoria, tanto respecto de la porción de terreno de 444,875 metros cuadrados (falta de identificación dentro de la finca global perfectamente identificada) como con respecto al resto de metros cuadrados (falta del requisito de la posesión ilegítima).

» Tercero.- Por infracción de los artículos 618 y ss del Código Civil que definen y regulan la institución de la donación, al negar la Sentencia recurrida que la cesión gratuita de terrenos a favor del Ayuntamiento constituya una donación.

» Cuarto.- Por infracción del artículo 467 del Código Civil que define el derecho de usufructo, al negar la Sentencia recurrida que la cesión del derecho de uso a favor del Ayuntamiento constituya un derecho de usufructo.

» Quinto.- Por infracción por inaplicación del artículo 633 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, por adolecer el título del Excmo. Ayuntamiento de Lorquí sobre el inmueble litigioso, cuya existencia se declara por la Sentencia recurrida, ya sea un derecho de usufructo o cualquier otro derecho real atípico, del requisito de forma "Ad solemnitatem" exigible para su constitución (necesidad de escritura pública), al configurarse dicho título, como de naturaleza gratuita, y recaer aquél sobre un derecho real sobre bien inmueble.

» Sexto.- Por infracción por inaplicación del artículo 515 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, que limita la duración del usufructo constituido a favor de las corporaciones o personas jurídicas a un plazo de treinta años, y ser dicho artículo, igualmente de aplicación, por analogía, a cualquier otro derecho real atípico, si en su constitución no se establece plazo de duración máximo.

» Séptimo.- Infracción del artículo 33.3 de la Constitución, al entender que el derecho declarado por la Sentencia recurrida tal y como es descrito por la misma, al establecer un derecho real limitativo de la máxima amplitud, no establecer plazo alguno y no establecer compensación económica a favor del propietario, encierra de facto una confiscación de los terrenos litigiosos plenamente atentatorio contra dicho precepto constitucional.

**OCTAVO.-** La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas éstas a través de los representantes procesales mencionados en el encabezamiento de esta resolución se dictó Auto de 10 de julio de 2012, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

»1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de "Promociones de Suelo de Lorquí, S.L." contra la sentencia dictada, con fecha 22 de septiembre de 2011, por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) en el rollo de apelación nº 463/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 750/2006 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Molina de Segura.

» 2º) Y entréguese copia del escrito de interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que en el plazo de veinte días, formalice su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría.»

**NOVENO.-** El Procurador del "AYUNTAMIENTO DE LORQUÍ" se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos de contrario.

**DÉCIMO.-** Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

**UNDÉCIMO.-** Mediante providencia de 23 de septiembre de 2013 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 21 de noviembre del mismo año, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-Antecedentes del caso y rechazo de las objeciones a la admisión de los recursos

La entidad "PROMOCIONES DE SUELO DE LORQUÍ, S.L." (en lo sucesivo, PROMOCIONES DE SUELO DE LORQUÍ) interpuso demanda contra el Excmo. Ayuntamiento de Lorquí (en lo sucesivo, el Ayuntamiento) en la que ejercitaba acumuladamente acción de deslinde y reivindicatoria respecto de una porción de la finca registral núm. 1893 del término municipal de Lorquí, del Registro de la Propiedad de Molina de Segura, que se encontraba ocupada por instalaciones deportivas del Ayuntamiento, y cuya linde había desaparecido.

El Ayuntamiento contestó a la demanda, planteando varias excepciones procesales y, en cuanto al fondo, solicitó que se estimara en parte la acción de deslinde, tras la práctica de la oportuna prueba pericial, y se desestimara la acción reivindicatoria por considerar acreditado el justo título del Ayuntamiento sobre la totalidad de los terrenos integrantes del polideportivo municipal o, subsidiariamente, se le condenara «a la restitución de los terrenos que se acrediten formar parte de la finca propiedad del actor, mediante la indemnización económica sustitutiva de los mismos, a través de la tramitación del correspondiente expediente expropiatorio».

El Juzgado de Primera Instancia desestimó las excepciones procesales, desestimó asimismo las acciones de deslinde y reivindicatoria, y acordó realizar exclusivamente un pronunciamiento declarativo de la propiedad de la demandante sobre la superficie reivindicada, 5185,35 m<sup>2</sup>, ocupada por el Ayuntamiento.

Ambas partes recurrieron la sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por PROMOCIONES DEL SUELO LORQUÍ y estimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento, reduciendo la superficie sobre la que se realizaba el pronunciamiento declarativo de la propiedad de la demandante sobre terrenos ocupados por el Ayuntamiento de la finca núm. 1893 a 4.260,07 m<sup>2</sup>.

Contra esta sentencia interpone la parte demandante recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Las objeciones que la parte demandada formula a la admisión del recurso de casación (y que en virtud de lo dispuesto en la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil determinaría la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal) son inconsistentes pues la cuantía del litigio no fue fijada en 150.000 euros, como se dice por la recurrida, sino en 150.100 euros, por lo que el cauce del art. 477.2.2º es el procedente.

### Recurso extraordinario por infracción procesal

#### SEGUNDO.- Enunciación del primer motivo del recurso

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente epígrafe: «Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1 apartado 2 de la LEC (Infracción de normas procesales reguladoras de la Sentencia), en relación con el artículo 216 y 218.1 de la LEC, por infracción del principio de justicia rogada, y por incongruencia en la sentencia recurrida; y ello al entender que no se da en el presente supuesto, la necesaria correspondencia entre los términos en que, a tenor de las alegaciones de las partes, quedaron planteados el debate litigioso y la decisión adoptada por la sentencia recurrida».

2.- La fundamentación del motivo es prolija pero queda sintetizada en los siguientes párrafos del escrito de interposición del recurso: «En definitiva el Tribunal "a quo" en su sentencia, se está desmarcando claramente de los componentes fácticos alegados por las partes, estableciendo a favor del Ayuntamiento demandado un derecho de uso similar al de superficie sobre los terrenos litigiosos, derecho, por tanto, de carácter limitado, y sin plazo de vigencia o duración, y únicamente condicionado al destino a su utilización para instalaciones deportivas; derecho, como decimos, cuya naturaleza, en dichos términos, no había sido planteada por ninguna de las partes, en ningún momento previo a la sentencia, ni en el escrito de contestación a la demanda, ni en la audiencia previa, ni siquiera en el acto del juicio, operando una modificación sustancial del objeto procesal, con evidente indefensión para esta parte, que no se ha podido defender, de forma oportuna, contra dicha consideración, introducida de forma ex novo y sorpresiva por la propia juzgadora.

»Sin que lo expuesto anteriormente pueda ser enervado, con la afirmación de la sentencia dictada por la Excm. Audiencia de Murcia, sostiene que la distinta calificación jurídica que pueda merecer la cesión verbal no supone alteración del objeto procesal ni incongruencia.»

### TERCERO.-Valoración de la Sala. Inexistencia de incongruencia "extra petita" [fuera de lo pedido]. El ajuste de la sentencia desestimatoria a los argumentos de defensa.

1.- El motivo no puede ser estimado porque la recurrente da una significación y alcance incorrectos al principio de congruencia y al ajuste de la sentencia a las alegaciones de las partes que dicho principio supone.



Las sentencias de esta Sala núm. 838/2010, de 9 de diciembre, y núm. 854/2011, de 24 de noviembre, afirman que la congruencia «exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta el "petitum" (la petición) y la "causa petendi" (causa de pedir) o hechos en que se fundamente la pretensión deducida [...] y adquiere relevancia constitucional, infringiendo no sólo los preceptos procesales ( artículo 218, apartado 1, Ley de Enjuiciamiento Civil ) sino también el artículo 24 de la Constitución cuando afecta al principio de contradicción si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses. La delimitación de la cuestión litigiosa viene determinada por la demanda y por las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito [...]. Hay incongruencia, en definitiva, cuando en el pronunciamiento judicial se altera el objeto del proceso y se varían los términos en que se planteó el debate procesal, en tanto se vulnera el principio de contradicción y con ello el derecho de defensa».

Esta correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 245/2008, de 27 de marzo, recurso núm. 2820 / 2000, y núm. 330/2008, de 13 de mayo, recurso núm. 752/2001 ).

Hay congruencia allí donde la relación entre el fallo de la sentencia y las pretensiones procesales de las partes no está sustancialmente alterada. A su vez, esta relación no debe apreciarse exigiendo una conformidad literal y rígida, sino racional y flexible. Siempre que se respete la "causa petendi" [causa de pedir] de las pretensiones de las partes, esto es, el acaecimiento histórico o relación de hechos que sirven para delimitarlas, el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo "iura novit curia" [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión.

La tesis del recurso sobre la exigencia de ajuste riguroso de los razonamientos de la sentencia desestimatoria a los argumentos de defensa utilizados por la parte demandada, de ser aceptada, llevaría al extremo absurdo de impedir la desestimación de la demanda cuando el demandado no la ha contestado o el tribunal no comparte sustancialmente los argumentos de la contestación a la demanda; o a impedir la desestimación del recurso de apelación cuando el apelado no se ha opuesto a la apelación o el tribunal no comparte sustancialmente los argumentos esgrimidos en la oposición al recurso.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 469/2001 de 17 de mayo, recurso núm. 1221/1996, se pronuncia sobre esta cuestión, declarando lo siguiente:

«Y el hecho de que la Sentencia recurrida utilice para desvirtuar la fundamentación de la Sentencia de 1ª Instancia argumentos jurídicos no invocados en el escrito de contestación, con independencia de venir determinados por la solución adoptada por el juzgador de primer grado, en absoluto supone atentado a la "causa petendi", ni afecta al objeto del proceso, pues se hallan dentro del planteamiento jurídico del proceso, forman parte del "iura novit curia" y no implican cuestión nueva, por lo que no se da situación sorpresiva, ni asomo de indefensión. De mantenerse otra tesis se incidiría en el absurdo (y debe rechazarse toda interpretación que conduzca al mismo, Sentencias 2 junio 1873, 25 marzo 1915, 22 noviembre 1963, 21 diciembre 1990) de que no cabría rebatir en apelación una fundamentación jurídica de la Sentencia del Juzgado no prevista en los escritos de alegaciones, aparte de que la admisión ( art. 565 LEC ) y la "ficta confessio" por "silencio o respuestas evasivas" ( arts. 549 y 690, Sentencia 28 de febrero 1985 ) se refieren a los hechos».

La contestación a la demanda no introduce propiamente una "causa petendi" a la que haya de ajustarse la sentencia para desestimar la demanda sin incurrir en incongruencia. La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador ( Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm.: 476/2012, de 20 de julio, recurso núm. 2034/2009, y las citadas en ella).

La parte actora, al formular una pretensión basada en determinados hechos y fundamentos jurídicos, la introduce en el debate procesal. El tribunal ha de analizarla y puede desestimarla si considera que carece de fundamento fáctico o jurídico apreciable, aunque el demandado no haya contestado a la demanda o, habiéndolo hecho, el tribunal considere desacertados sus argumentos, supuesto en el cual los razonamientos de la sentencia absolutoria no se ajustarán a los alegados en la contestación a la demanda.



Como consecuencia de todo lo expuesto, la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado.

2.- En el supuesto enjuiciado, la Audiencia Provincial no ha introducido ningún hecho por su propia iniciativa, distinto de los alegados por las partes.

Los hechos relevantes fueron introducidos adecuadamente por las partes, y los mismos eran la cesión verbal reflejada en el acta del Pleno del Ayuntamiento de 14 de septiembre de 1977 y la cesión documentada por escrito de fecha 9 de abril de 1980. La sentencia no ha tenido en cuenta otros hechos para decidir sobre la legitimidad de la ocupación por el Ayuntamiento de los terrenos reivindicados. No es por tanto correcta la afirmación de la recurrente de que la Audiencia ha ignorado los hechos alegados por las partes.

La Audiencia ha descrito correctamente lo sucedido, esto es, que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia otorgó a las cesiones realizadas por D. Dionisio una calificación jurídica (asumida en lo fundamental por la Audiencia) distinta a la realizada por el Ayuntamiento demandado, considerando que faltaba un requisito para la estimación de la acción reivindicatoria pues con base en la cesión realizada el Ayuntamiento poseía legítimamente el terreno reivindicado (salvo el correspondiente a la cesión documentada por escrito, en que el obstáculo era la falta de identificación de su ubicación), y que ello no suponía incongruencia alguna pues se enmarca dentro de la aplicación del principio "iura novit curia" [el tribunal conoce el Derecho] que también rige en nuestro sistema jurídico.

Por tanto el motivo debe ser desestimado.

#### **CUARTO.- Enunciación del segundo motivo del recurso**

1.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente título: «Infracción del artículo 469.1.2º de la LEC (infracción de normas procesales reguladora de la Sentencia) en relación con el artículo 216 y 218.1 y 21.2 de la LEC, por infracción del principio de justicia rogada, y por incongruencia en la sentencia recurrida; y ello al no tener en cuenta la sentencia el allanamiento parcial del demandado Excmo. Ayuntamiento de Lorquí respecto de la porción de terreno 444,875 metros cuadrados, y la voluntad de indemnizar su valor».

2.- La fundamentación del motivo consiste, sucintamente, en que el Ayuntamiento se ha allanado a la petición subsidiaria de que se pague a la demandante el valor de mercado de la parcela de 444,875 m2 que fue objeto de la cesión documentada por escrito. En consecuencia, la desestimación de la demanda, sin estimar esta petición subsidiaria en relación a esta parcela, infringe la exigencia de congruencia prevista en el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### **QUINTO.- Valoración de la Sala. Requisitos del allanamiento**

1.- El motivo del recurso no puede aceptarse. No existe un allanamiento que reúna los requisitos necesarios para que sea estimada la petición de la demanda a que se hace referencia.

Las alegaciones de la contestación a la demanda a que hace referencia la recurrente son confusas y no permiten fijar con suficiente claridad la existencia de un allanamiento que reúna los requisitos exigidos por el art. 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia de esta Sala, esto es, una declaración de voluntad por la que se muestre la conformidad del demandado con la pretensión contenida en la demanda que ha de provocar, salvo que se haya hecho en fraude de ley o suponga renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, que el juez dicte sentencia de conformidad con la demanda.

En la contestación a la demanda se hace mención a la estimación de una reclamación administrativa de restitución de esos metros cuadrados que habría tenido lugar anteriormente (pág. 7) y en otro extremo (pág. 9) a que "el Ayuntamiento ya se ha pronunciado en vía administrativa reconociendo el derecho del actor a ser indemnizado en la cuantía que resulte determinada" (pág. 15), para posteriormente alegar que existe una resolución municipal "por la que se reconoce el derecho a la restitución de la propiedad, aunque se emplace al actor a la fijación de la indemnización correspondiente, por la imposibilidad de restitución in natura" (pág. 17), y finalmente en el suplico se solicite "se condene a esta parte a la restitución de los terrenos que acrediten formar parte de la finca propiedad del actor, mediante la indemnización económica sustitutiva de los mismos, a través del correspondiente expediente expropiatorio".

No se trata, por tanto, de un allanamiento a pagar al demandante el valor de mercado de ese terreno, como se pide en la demanda, sino de menciones imprecisas e incluso contradictorias a la existencia de un expediente administrativo, sin concretar los términos del mismo, y de una remisión al "correspondiente expediente expropiatorio".



En el acta de la audiencia previa consta que la representación del Ayuntamiento manifiesta "que se allana respecto a los 444 metros a falta de que el perito determine donde están". Además de la imprecisión, no se trata siquiera de un allanamiento parcial, puro y simple, cuya estimación conduciría a una reducción del objeto litigioso, sino que está formulado en forma de allanamiento condicional, sometida a una condición que además no se habría cumplido puesto que la Audiencia ha concluido que en la prueba pericial no se ha podido determinar la ubicación de esa porción de terreno.

Faltan por tanto los requisitos de claridad e incondicionalidad necesarios para que exista allanamiento que produzca los efectos previstos en el art. 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no es necesario entrar siquiera en las consecuencias, a estos efectos, del carácter de administración pública del demandado.

#### **SEXTO.-Enunciación del tercer motivo del recurso**

1.- El tercer motivo del recurso se titula del siguiente modo: «Infracción del artículo 469.1.2º de la LEC (Infracción de normas procesales reguladoras de la Sentencia), en relación con el artículo 217.7 de la LEC, al entender que el tribunal "a quo" no ha tenido presente en orden a la distribución de la carga de la prueba en el proceso, el principio de la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, respecto de la ubicación e identificación topográfica de la porción de terreno 444.875 metros cuadrados dentro de la finca litigiosa perfectamente identificada como un todo».

2.- Como fundamento del motivo se alega, sintéticamente, que el Ayuntamiento disponía de medios probatorios (proyectos, planos, bases de concursos, contratos públicos de ejecución, conocimiento de sus empleados) para probar la ubicación de la parcela de 444,875 metros respecto de la que se consideró que el Ayuntamiento ya no tenía título que legitimara la posesión, por lo que debía apreciarse una inversión de las reglas de la carga de la prueba «haciéndole pechar con las consecuencias de la falta de acreditación de dicho elemento ante su pasividad y falta de colaboración en la cumplida acreditación de dicho extremo».

#### **SÉPTIMO.- Valoración de la Sala. Eficacia limitada de los criterios de flexibilidad y disponibilidad en la carga de la prueba.**

1.- El art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda.

Cuando en la demanda se ejercita una acción reivindicatoria, uno de los hechos cuya acreditación es necesaria para el éxito de la acción es la identificación de la cosa reivindicada. En el caso de tratarse de una porción de terreno, ha de identificarse su ubicación con un grado suficiente de exactitud.

2.- Es cierto que el apartado séptimo del citado precepto prevé que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, entre otros el que ha sido transcrito, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Dicha previsión legal positiviza el criterio jurisprudencial según el cual las reglas de la carga de la prueba previstas en el hoy derogado art. 1214 del Código Civil debían aplicarse de manera flexible.

Pero esta previsión legal no puede tampoco aplicarse, a su vez, de una forma rígida. Hay ocasiones en que los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria no son suficientes para modificar las reglas sobre la carga de la prueba contenidas en los apartados anteriores. En concreto, en el caso de ejercicio de una acción reivindicatoria como la que es objeto de este litigio, no se sabe, ni el recurrente lo explica, cómo puede "hacerse pechar" al demandante, como dice la recurrente, con las consecuencias negativas de la insuficiencia de la prueba practicada para fijar la ubicación de la parcela de terreno que se reivindica, pues no es posible restituir al demandante la posesión física de una parcela que no está adecuadamente identificada.

3.- Por otra parte, no puede olvidarse que los elementos fácticos a que hace referencia la recurrente son documentos que se hallan en archivos administrativos, a los que como interesado legítimo tienen derecho a acceder ( art. 105.b de la Constitución y 37 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ) por lo que podían haber sido consultados antes de interponer la demanda.

Y asimismo, conforme al art. 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, durante el proceso la parte puede pedir a la contraria la exhibición de los documentos que se hallen en su poder.

Todo ello lleva a que no puede entenderse infringida por la sentencia de la Audiencia Provincial la regla séptima del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### **OCTAVO.- Enunciación del cuarto motivo del recurso**





1.- El tercer motivo del recurso se encabeza con el siguiente enunciado: «Infracción del artículo 469.1.2º de la LEC (Infracción de normas procesales reguladoras de la Sentencia) por considerar que la Sentencia "a quo" incurre en error patente o manifiesto con relevancia constitucional en la valoración de la prueba (vulneración del artículo 24 de la CE), en base a la no apreciación de datos de la realidad, condicionantes de la resolución adoptada, en concreto a la identificación topográfica de la porción de terreno 444,875 metros cuadrados dentro de la finca litigiosa, realizada por la cualificada testigo Doña Beatriz (alcaldesa saliente de la corporación demandada) quien identificó con exactitud en el acto de la vista la ubicación de dicha porción de finca».

2.- El motivo se fundamenta, resumidamente, en que (i) existe arbitrariedad en la valoración de la prueba testifical de la citada señora; (ii) se infringe el deber de motivación de la sentencia; y (iii) se incurre en error en la valoración de un elemento fáctico como es la identificación topográfica sobre el plano que realizó la antigua alcaldesa cuyo testimonio había sido admitido como prueba pertinente y útil.

#### **NOVENO.- Valoración de la Sala. El deber de motivación**

1.- A través del cauce del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, utilizado por la recurrente, puede denunciarse la falta de motivación de la sentencia. Dicho cauce permite fundar el recurso en la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y una de esas normas es el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige la motivación de las sentencias, en línea con lo previsto en el art. 120.3 de la Constitución, que exige que las sentencias sean siempre motivadas.

Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser alegados por la vía del artículo 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este motivo de infracción procesal está reservado al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado. La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 de la Constitución (sentencias de esta Sala núm. 131/2012, de 21 de marzo, y núm. 215/2013 bis, de 8 de abril).

2.- Es doctrina de esta Sala, en línea con lo declarado por el Tribunal Constitucional, que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" [razón de la decisión] que ha determinado aquella (sentencia núm. 294/2012, de 18 de mayo, y las en ella citadas).

En el caso objeto del recurso, la sentencia de la Audiencia Provincial supera ampliamente el estándar mínimo de motivación. De hecho, la recurrente ha desplegado un extenso recurso en el que combate los criterios jurídicos que la Audiencia ha utilizado para fundamentar su resolución.

Si bien la referencia a la prueba testifical de la antigua alcaldesa, para expresar la insuficiencia de dicha prueba, es sumaria, si se analiza la sentencia en su conjunto y se toma en consideración la naturaleza de la cuestión controvertida, se llega a la conclusión lógica de que las pruebas adecuadas para acreditar los extremos relativos a la ubicación de las parcelas de terreno controvertidas eran las pruebas periciales, de cuyo análisis los tribunales de instancia concluyeron de que no podía ubicarse adecuadamente la parcela de 444,875 metros cuya posesión por el Ayuntamiento no podía considerarse legítima, y que el mero señalamiento sobre un plano por parte de una testigo no es suficiente para identificar adecuadamente y con la suficiente precisión una parcela objeto de una acción reivindicatoria cuya posesión debe ser reintegrada a su propietario.

3.- Las alegaciones sobre la arbitrariedad y existencia de error patente en la valoración de esta prueba no pueden ser estimadas puesto que no se está denunciando infracción alguna de las normas reguladoras de la sentencia, cuya vulneración se ha denunciado a través del apartado segundo del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A efectos de agotar la respuesta a las cuestiones planteadas, lo que se plantea a través de estas alegaciones es la conveniencia de realizar una nueva valoración de la prueba testifical acorde a sus intereses, lo cual es factible en un recurso ordinario como el de apelación pero no en el extraordinario por infracción procesal.



Los propios razonamientos expuestos anteriormente en relación a la motivación excluyen que exista arbitrariedad en la valoración de dicha prueba o error que reúna los requisitos precisos para considerar vulnerado el art. 24 de la Constitución .

#### **DÉCIMO.-Enunciación del quinto motivo del recurso**

1.- El quinto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente epígrafe: «Infracción del artículo 469.1.2º de la LEC (Infracción de normas procesales reguladoras de la Sentencia) por considerar que la Sentencia "a quo" incurre en error patente o manifiesto con relevancia constitucional en la valoración de la prueba (vulneración del artículo 24 de la CE ), en base a la no apreciación de datos de la realidad, condicionantes de la resolución adoptada, en cuanto considera hecho probado que la cesión del derecho de uso que describe la resolución recurrida es sin fijación de plazo de devolución y mientras continúe destinado al uso de instalaciones deportivas».

2.- Las razones que se esgrimen son, sucintamente, que (i) no se toma en consideración el documento de 9 de abril de 1980; (ii) el resto de pruebas son meros testimonios referenciales y (iii) se vulnera la regla de interpretación de los contratos contenida en el art. 1289 del Código Civil .

#### **UNDÉCIMO.-Valoración de la Sala. Defectuosa formulación del motivo**

1.- El motivo está defectuosamente formulado. Se plantean como infracciones de las normas reguladoras de la sentencia ( art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) cuestiones relativas a la valoración conjunta de la prueba y selección de elementos probatorios, que no son propias del recurso extraordinario, ni siquiera a través del cauce del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y otras relativas a la interpretación de los contratos, que son propias del recurso de casación.

2.- Las causas de inadmisión dan lugar, en este momento procesal, a la desestimación del motivo.

#### **Recurso de casación**

##### **DUODÉCIMO.- Enunciado del primer motivo**

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente título: «Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la acción de deslinde al resultar plenamente procedente el ejercicio de dicha acción en el presente supuesto».

2.- Los argumentos que se exponen como fundamento del motivo consisten, resumidamente, en que (i) concurre el requisito de la confusión de linderos necesario para que proceda la acción de deslinde; (ii) el muro o cerramiento de las instalaciones deportivas municipales encierra bajo su perímetro terrenos procedentes de la finca registral 1.893, propiedad de la demandante, y de la finca 2548, propiedad del Ayuntamiento de Lorquí; (iii) la línea divisoria entre esas dos fincas discurre por dentro del rectángulo delimitada por dicha valla o cerramiento; (iv) la línea divisoria entre esas dos fincas, que las partes coinciden en que es la llamada senda de Fortuna, ha desaparecido o al menos ha perdido su uso originario como camino; (v) el propio Ayuntamiento en su contestación a la demanda reconoció la procedencia del deslinde, si bien alegó que era preciso realizar previamente una prueba pericial que determinara por donde iba la referida senda, prueba que se ha practicado; y (vi) ante la desaparición del signo ostensible por el que discurría la línea divisoria de ambas fincas registrales, constituido por la senda de Fortuna, procede identificar de nuevo dicho hito, actualmente encerrado parcialmente intramuros de las instalaciones deportivas, para determinar la correcta configuración de la finca litigiosa.

##### **DECIMOTERCERO.- Valoración de la Sala. La acción de deslinde**

1.- Ha declarado esta Sala (sentencia núm. 298/2010, de 14 de mayo ) que el artículo 384 del Código Civil viene a sentar el derecho de todo propietario a obtener el deslinde de su finca mediante la correspondiente acción que habilita para solicitar la delimitación exacta de su propiedad inmobiliaria por medio de la determinación de la línea perimetral de cada uno de los predios limítrofes. Es una acción que presenta caracteres propios, aun cuando pueda ir o no unida a una reivindicatoria, y presupone confusión de límites o linderos de las fincas, no procediendo cuando los linderos están claramente identificados; y que, obviamente, interesa a los propietarios de fincas que están en linde incierta o discutida y no a los demás. Esta misma sentencia afirma que hay confusión real de linderos cuando no existen datos físicos delimitadores de las fincas la que hace necesario del deslinde.

2.- En su contestación a la demanda, el Ayuntamiento reconoció la procedencia de la acción de deslinde, pues el lindero entre ambas fincas (la finca registral 1.893, propiedad de la demandante, y de la finca 2548, propiedad del Ayuntamiento) estaba constituido por el camino denominado "senda de Fortuna", que ha desaparecido como realidad física.



Alegaba el Ayuntamiento que era necesario que una prueba pericial determinara por donde discurría dicho camino que constituía la linde longitudinal de ambas fincas para, una vez identificado, proceder a su fijación cartográfica y luego física.

La prueba pericial se practicó y el perito realizó la fijación cartográfica de la linde.

**3.-** Las sentencias de instancia niegan la procedencia de la acción de deslinde porque «aun cuando no existe propiamente una valla o muro que delimite ambas propiedades, las del Ayuntamiento y la de la sociedad demandante... el mismo cerramiento de las instalaciones municipales impide entender concurrente confusión alguna en los límites de los terrenos» (argumento de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia asumido por la Audiencia) y porque además, añade la Audiencia, el lindero (la senda de Fortuna), aunque desaparecido en la actualidad, ha sido identificado por el perito judicial en su informe y plasmado en un plano del mismo.

**4.-** El motivo del recurso debe estimarse. Estando admitido que las instalaciones deportivas municipales están construidas tanto sobre la finca registral 1.893, propiedad de la demandante, en la parte cuyo uso fue cedido por quien entonces era su propietario, como sobre terrenos de la finca 2548, propiedad del Ayuntamiento, el dato de que exista una valla perimetral es intrascendente, porque se trata de un elemento físico que no separa ambas fincas, sino que rodea las instalaciones construidas sobre una y otra, lo que no elimina la confusión de linderos.

Tampoco es suficiente para impedir el éxito de la acción de deslinde que el perito judicial haya logrado identificar donde se encuentra la linde original (la senda de Fortuna) y la haya plasmado sobre un plano, pues tal operación se ha realizado durante el proceso justamente para permitir el deslinde solicitado por la sociedad demandante, ya que el elemento físico en que consistía la linde (un camino) había desaparecido como tal.

#### **DECIMOCUARTO.- Enunciación del segundo motivo del recurso y desestimación del mismo**

**1.-** El segundo motivo del recurso de casación se inicia con el siguiente epígrafe: «Infracción del artículo 348 del Código Civil así como de la jurisprudencia que perfila los requisitos de la acción reivindicatoria, tanto respecto de la porción de terreno de 444,875 metros cuadrados (falta de identificación dentro de la finca global perfectamente identificada) como con respecto al resto de metros cuadrados (falta del requisito de la posesión ilegítima)».

**2.-** Se alega por la recurrente que la estimación de los motivos cuarto y quinto del recurso extraordinario por infracción procesal deben determinar el éxito de la acción reivindicatoria respecto de la porción de 444,875 m<sup>2</sup>.

**3.-** El motivo debe desestimarse puesto que no tiene consistencia propia, sino que se formula como una simple consecuencia de la estimación de determinados motivos del recurso extraordinario por infracción procesal. Al haber sido desestimados esos motivos, también lo debe ser este motivo de casación.

#### **DECIMOQUINTO.- Enunciación de los motivos tercero y quinto del recurso**

**1.-** El tercer motivo del recurso de casación se encabeza del siguiente modo: «Por infracción de los artículos 618 y ss del Código Civil que definen y regulan la institución de la donación, al negar la Sentencia recurrida que la cesión gratuita de terrenos a favor del Ayuntamiento constituya una donación».

**2.-** El motivo se basa, sucintamente, en que (i) el negocio jurídico por el que el Ayuntamiento ocupa parte de la finca de la demandante reúne todos los requisitos de la donación (disposición gratuita, liberalidad, aceptación, objeto consistente en un derecho real); (ii) al recaer sobre un bien inmueble, exige como requisito de forma imperativo la escritura pública.

**3.-** El quinto motivo del recurso de casación se encabeza así: «Por infracción por inaplicación del artículo 633 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, por adolecer el título del Excmo. Ayuntamiento de Lorquí sobre el inmueble litigioso, cuya existencia se declara por la Sentencia recurrida, ya sea un derecho de usufructo o cualquier otro derecho real atípico, del requisito de forma "Ad solemnitatem" exigible para su constitución (necesidad de escritura pública), al configurarse dicho título, como de naturaleza gratuita, y recaer aquél sobre un derecho real sobre bien inmueble».

**4.-** El motivo se fundamenta, sucintamente, en que i) el derecho que declara la sentencia es configurado como un derecho real limitado sobre cosa ajena; ii) al recaer sobre un bien inmueble, tiene a su vez la consideración de bien inmueble en virtud del art. 334.10 del Código Civil; y iii) la donación de un bien inmueble ha requiere, como requisito constitutivo, ser realizado mediante escritura pública.

Por su estrecha relación e interdependencia, consideramos necesario resolver estos motivos de forma conjunta.

**DECIMOSEXTO.-Valoración de la Sala. Requisitos para la constitución gratuita de un derecho real que legitime la ocupación de la finca por el Ayuntamiento demandado.**

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial consideró que el Ayuntamiento demandado carecía de título que justificara la posesión del terreno objeto de la cesión de uso escrita, de 444,874 m<sup>2</sup>. La causa de que no accediera a la pretensión de la parte actora en orden a la entrega de su posesión se debió a que no estaba identificada físicamente, pues se reivindicó integrada en el total de la parcela y la prueba practicada no permitió ubicarla dentro de la misma.

Respecto del resto de la parcela reivindicada, la Audiencia afirmó lo siguiente:

«En cuanto al terreno cedido de manera verbal y gratuita al Excmo. Ayuntamiento de Lorquí para la construcción de instalaciones deportivas, sin fijación de plazo de devolución, deducidos los 444,875 m<sup>2</sup> y hasta completar los 5.185,35 m<sup>2</sup>, objeto esta superficie de la acción reivindicatoria, en la que se incluían, como se ha dicho, la superficie de 444,875 m<sup>2</sup>, tampoco puede prosperar la reivindicación, pues se considera acreditado que la posesión del terreno que detenta el Ayuntamiento lo es en virtud de una cesión efectuada por el titular del terreno, que legitima la ocupación, en tanto que el terreno cedido continúa destinado al uso de instalaciones deportivas, finalidad para la que se cedió, [...] no estimándose, por tanto, que concurra el requisito exigido de posesión ilegítima para el éxito de la acción reivindicatoria, no apreciándose infracción del artículo 633 del Código Civil, pues la cesión del uso del suelo destinando a la construcción de instalaciones deportivas, teniendo en consideración la propia denominación que se emplea en el documento privado de fecha 9 de abril de 1.980, "cesión del derecho de uso", no es una donación, como tampoco constituye un usufructo, por lo que no es de aplicación el artículo 515 del Código Civil, que se invoca en el recurso, pues dicha cesión tiene más analogía con el derecho superficie».

2.- Los argumentos de la sentencia recurrida no se aceptan por las razones que a continuación se exponen. La Audiencia Provincial configura el derecho del Ayuntamiento sobre el terreno en cuestión como dotado de las características de un derecho real de goce, en cuanto generador de un poder directo e inmediato sobre dicha parcela de terreno, ejercitable directamente sobre la cosa sin necesidad de intermediación de otra persona, y de carácter absoluto, en cuanto que oponible "erga omnes" [frente a todos] pues implica un deber general de abstención que posibilita el ejercicio del derecho sin constreñir a un sujeto pasivo determinado.

Afirma la Audiencia que se trata de una «cesión del uso del suelo destinando a la construcción de instalaciones deportivas», que «no es una donación, como tampoco constituye un usufructo, por lo que no es de aplicación el artículo 515 del Código Civil que se invoca en el recurso, pues dicha cesión tiene más analogía con el derecho superficie». Dicha cesión tendría un carácter perpetuo, condicionada al destino para el que se cedió, pues legitima la ocupación «en tanto que el terreno cedido continúa destinado al uso de instalaciones deportivas, finalidad para la que se cedió».

3.- El reconocimiento de derechos reales innominados ha suscitado controversia. La sentencia de esta Sala núm. 1110/2002, de 26 de noviembre, afirmó en relación a la admisibilidad del derecho de superficie, antes que el mismo fuera regulado en la legislación del suelo, que «aún cuando el Código Civil carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3º, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de "numerus apertus" en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados».

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha mostrado favorable a la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de «numerus apertus» [número abierto] que predicen los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario. Ha considerado que la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales de inmediatividad y absolutividad. Según esta doctrina, han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real no ha recibido sanción legal hasta la reciente legislación catalana), las situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la multipropiedad (antes de su reconocimiento legal) y la variada gama de servidumbres personales y reales.

4.- Pero la constitución de un derecho real limitado (tradicionalmente denominado "sobre cosa ajena"), como es un derecho de goce, exige el cumplimiento de una serie de requisitos.

Su especial trascendencia, dadas las características de inmediatividad y absolutividad a que se ha hecho referencia, exigen, en primer lugar, que sea objeto de constitución precisa y categórica, sin que pueda



presumirse ( sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1928 , 1 de febrero de 1979 , y núm. 1110/2002 , de 26 de noviembre, en relación al derecho de superficie).

Asimismo, y enlazando con lo anterior, la utilidad en que consista el derecho real, las facultades que se conceden a su titular, y la consiguiente limitación del dominio que conlleven, han de quedar adecuadamente precisadas. No son admisibles derechos reales de contenido impreciso que sometan el dominio a limitaciones genéricas, indeterminadas y susceptibles de interpretaciones extensivas, y respecto de los que los terceros no puedan conocer con precisión su alcance y duración y, por tanto, los contornos de su deber de respeto.

**5.-** La Audiencia considera que en este caso, la cesión gratuita de uso del suelo ha otorgado al Ayuntamiento un derecho análogo al de superficie.

El art. 172.2 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril , por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aplicable por razones temporales, establecía que «[l]a constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad».

La jurisprudencia flexibilizó las exigencias de este precepto. La sentencia de esta Sala núm. 1110/2002, de 26 de noviembre , profundizando en la línea antiformalista marcada por las sentencias de 1 de febrero de 1979 y 15 de junio de 1984 para la constitución del derecho de superficie entre particulares, destacó que la Ley del Suelo previera la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie, y consideró que debía concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, a la actuación que los mismos desarrollan y a las finalidades que por ellos se persiguen. Con base en esta regulación, consideró que junto a la modalidad "urbanística" del derecho de superficie, que constituía uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, y que debía someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, podía distinguirse otra modalidad, la "urbana común o clásica", que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no tenía por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil. Por ello, consideraba la Sala en esa sentencia que los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, al constituir una importante excepción de principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente podían encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallaran en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, pero que carecían del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas. De ahí que se afirmara que el Tribunal Supremo no había exigido, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil

En el caso objeto de este recurso, si bien es cierto que en la constitución del derecho de superficie intervino una administración pública, lo cierto es que lo hizo como superficiaria, y no como constituyente del derecho de superficie para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas, por lo que podría considerarse que no eran aplicable la regulación de los requisitos formales contenida en la Ley del Suelo para el derecho de superficie urbanístico.

**6.-** Ahora bien, la jurisprudencia también ha afirmado que la constitución gratuita de un derecho real sobre un bien inmueble es equiparable a la donación, en cuanto negocio de adquisición gratuita de un derecho real ( art. 609 del Código Civil ). Así lo han declarado las sentencias de esta Sala núm. 724/2010, de 11 de noviembre , y núm. 284/2013, de 22 de abril , respecto de la constitución gratuita del usufructo.

Al tener el derecho real sobre un inmueble la naturaleza de bien inmueble ( art. 334.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), su constitución de forma gratuita ha de realizarse en escritura pública en la que conste el "animus donandi" [voluntad de donar] y la aceptación de la donación por el donatario ( sentencias de esta Sala de 11 de julio de 2007 , recurso núm. 5281/1999, de 4 de mayo de 2009 , recurso núm. 2904/2003 , y, entre las últimas, la núm. 285/2013 , de 22 de abril).

**7.-** Lo anterior debe llevar a la estimación de estos motivos del recurso. No existe un título que legitime la detentación de la finca de la demandante por el Ayuntamiento desde el momento en que este no es titular de un derecho real constituido de modo preciso y categórico, con facultades precisas sobre la finca a la que grava, duración determinada, y mediante escritura pública.

La estimación de estos motivos hace innecesario resolver el resto de los motivos de casación y conlleva la estimación de la demanda, si bien fijada la superficie en la extensión que se dirá.



8.- Dado que la parcela de 444,875 metros se hallaba encuadrada en el interior de la parcela mayor que sí está identificada, pues el problema se circunscribía a su ubicación en el interior de la misma, la estimación del recurso debe afectar a la parcela en su totalidad, si bien circunscrita a la superficie de 4.260,07 m<sup>2</sup> que se fijó por la Audiencia con base en la pericial judicial practicada.

#### **DECIMOSÉPTIMO .- Costas**

La estimación del recurso de casación conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las ocasionadas por dicho recurso, y que se condene a la recurrente al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que se desestima, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Procede acordar la devolución a la parte recurrente del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, y la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15<sup>a</sup>, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

No procede imponer las costas de la primera instancia por las serias dudas de hecho y de derecho existentes, por lo confuso de la situación controvertida, y tampoco las de apelación por la estimación de dicho recurso que esta sentencia comporta.

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

#### **FALLAMOS**

1.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por la entidad "PROMOCIONES DE SUELO DE LORQUÍ, S.L.", contra la Sentencia núm. 447/2011, de 22 de septiembre, dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, en el recurso de apelación núm. 463/2011 .

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3.- En su lugar, estimamos sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad "PROMOCIONES DE SUELO DE LORQUÍ, S.L." contra la Sentencia dictada, con fecha 7 de enero de 2010, por el Magistrado-Juez de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Molina de Segura , y en consecuencia:

3.1.- Revocamos y dejamos sin efecto la sentencia apelada.

3.2.- Estimamos sustancialmente la demanda interpuesta por la entidad "PROMOCIONES DE SUELO DE LORQUÍ, S.L." contra el Excmo. Ayuntamiento de Lorquí.

3.3.- Declaramos:

3.3.1.- El lindero oeste/este de separación entre los terrenos del Excmo. Ayuntamiento de Lorquí y la finca registral 1.893 del término municipal de Lorquí, del Registro de la Propiedad de Molina de Segura, propiedad de la demandante, es el que como "Senda Fortuna" aparece en el informe del perito judicial D. Pablo Jesús , planos 6 y 7 (f. 302 y 303)..

3.3.2.- El Ayuntamiento de Lorquí ocupa la finca de la demandante, finca registral núm. 1893, por su lindero oeste/este, en una porción de terreno de unos 4.260,07 metros cuadrados de superficie mediante la construcción y edificación de unas instalaciones deportivas y un muro de cerramiento de las mismas, en la configuración y extensión que se hace constar en el informe del perito judicial D. Pablo Jesús .

3.3.3.- La entidad "PROMOCIONES DEL SUELO DE LORQUÍ, S.L." tiene la propiedad exclusiva de la superficie de 4.260,07 metros cuadrados anteriormente delimitada y determinada por el deslinde anterior, en cuanto integrante de la finca número 1.893 del Registro de la Propiedad de Molina de Segura.

3.4.- Condenamos al Excmo. Ayuntamiento de Lorquí a pasar por las declaraciones anteriores y a que reponga a la entidad "PROMOCIONES DEL SUELO DE LORQUÍ, S.L." la porción de terreno que actualmente posee sin título, debiendo el Ayuntamiento demandado dejar dicha porción de finca libre y expedita a disposición de la demandante, así como al derribo de cualquier edificación que se hubiere ejecutado sobre dicha franja de terreno, de los muros de cerramientos; "o alternativamente, y a su elección, a satisfacer a la demandante "PROMOCIONES DEL SUELO DE LORQUÍ, S.L.", el valor económico de mercado que tengan los terrenos ocupados en el momento de la ejecución de sentencia, y en función de su calificación urbanística actual".

3.5.- No hacemos expresa imposición de las costas de primera instancia ni de apelación.



4.- No procede hacer expresa imposición de las costas ocasionadas por el recurso de casación que se estima, y procede condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que se desestima. Se acuerda la devolución a la parte recurrente del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, y la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Ignacio Sancho Gargallo, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, 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 CENDO