



Roj: **SAP IB 1455/2018 - ECLI:ES:APIB:2018:1455**

Id Cendoj: **07040370032018100306**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **03/07/2018**

Nº de Recurso: **197/2018**

Nº de Resolución: **301/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **GABRIEL AGUSTIN OLIVER KOPPEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00301/2018

Modelo: N10250

PLAÇA DES MERCAT Nº 12

Tfno.: 971-71-20-94 Fax: 971-22.72.20

Equipo/usuario: CHM

N.I.G. 07027 42 1 2016 0001103

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000197 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INSTANCIA N.2 de INCA

Procedimiento de origen: JVO JUICIO VERBAL (RECLAMAC. POSESION 250.1.4) 0000222 /2016

Recurrente: Encarnacion , Eulalio , Eulalio , Encarnacion , Eulalio

Procurador: JUANA MARIA SERRA LLULL, JUANA MARIA SERRA LLULL , JUANA MARIA SERRA LLULL , JUANA MARIA SERRA LLULL , JUANA MARIA SERRA LLULL

Abogado: , , , ,

Recurrido: MASAMPE S.L., MASAMPE, S.L.

Procurador: FRANCISCO TORTELLA TUGORES, FRANCISCO TORTELLA TUGORES

Abogado: ,

SENTENCIA Nº 301

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Jaime Gibert Ferragut

MAGISTRADOS:

Don Gabriel Oliver Koppen

Doña María Encarnación González López

En Palma de Mallorca a tres de julio de dos mil dieciocho.

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio verbal de reclamación de la posesión, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Inca,



bajo el número 222/2016 , **Rollo de Sala número 197/2018**, entre partes, de una como demandada-apelante D^a. Encarnacion y D. Eulalio , representados por la procuradora D^a. Juana María Serra Llull y dirigidos por el letrado D. Juan Nadal Aguirre, de otra, como demandante-apelada la entidad MASAMPE, S.L., representada por el procurador D. Francisco Tortella Tugores y dirigida por la letrada D^a. Silvia Bonnín Femenías.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. don Gabriel Oliver Koppen.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Inca, se dictó sentencia en fecha 25 de septiembre de 2017 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

«Estimo la demanda interpuesta por la entidad MASAMPE S.L., representada por el Procurador Don Francisco Tortella Tugores y asistida por la Letrada Doña Silvia Bonnín, contra Doña Encarnacion y contra Don Eulalio , representados por la Procuradora Doña Juana María Serra Llull y asistidos por el Letrado Don Juan Nadal Aguirre

Condeno a los demandados a reintegrar a la actora en la posesión del tramo de terreno descrito en la demanda (que discurre en dirección hacia la finca de la actora desde el portell del camino en línea recta hasta el mar), retirando inmediatamente la valla instalada en fecha de 10 a 13 de julio de 2015, y absteniéndose en el futuro de realizar actos que perturben la indicada posesión

Con imposición a los demandados de las costas causadas en esta instancia».

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo día 21 de junio de 2018.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- Frente a la resolución por la que se estima la demanda de juicio verbal de recobrar la posesión interpuesta por la entidad MASAMPE, S.L., contra D^a. Encarnacion y D. Eulalio y se les condena a reintegrar a la parte demandante en la porción de terreno ocupada mediante la instalación de una valla entre los días 10 y 13 de julio de 2015, se interpone recurso de apelación por la parte demandada que se funda, en síntesis, en los siguientes dos motivos:

1.- Caducidad de la acción pro el transcurso del plazo de un año previsto en el artículo 439.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . La demandante tenía conocimiento de que la franja en discusión había sido incorporada al patrimonio del anterior titular de la finca, Sardasca Inmobilien, y la había hecho valer ante el Ayuntamiento de Pollença para justificar la edificabilidad de la parcela. La demandante tiene conocimiento de que la demandada disponía de esa franja de terreno desde el año 2008 y lo reconoce en su demanda interpuesta ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

2.- Al haber ejercitado el derecho a la posesión civil por considerar que la propiedad de la franja le pertenece, tal pretensión debe ser rechazada, pues las pruebas aportadas en primera instancia demuestran que esa franja de terreno nunca les ha pertenecido.

Todos los documentos a los que hace referencia el juez *a quo* en su demanda se refieren a momentos iniciales en los que la entidad Sardasca Inmobilien en el año 2004 adquiere los terrenos y encarga un proyecto para construir una nueva vivienda. En ese momento se produce un error en la medición de la parcela ya que junto a la vivienda antigua existente había un cercado de rejilla metálica antigua que hizo confundir a los topógrafos.

Ante las denuncias de la actora, se solicitó una nueva medición a ESTOP, que pudo observar como entre las dos fincas había unos antiguos mojones situados en línea recta desde el vial superior hasta el mar.

No se trata de una franja que sea propiedad de la demandante y, por tanto, no nos encontramos ante una posesión que pueda reivindicar la actora como dueño. La instalación de la verja de separación ha sido un acto legítimo de cerramiento de una parcela por el dueño. No ha habido acto de perturbación por cuanto la demandante nunca ha ejercido ningún acto de posesión y tiene conocimiento que desde el año 2008 la demandada ha actuado siempre como legítimo dueño y poseedor de la franja de terreno.



SEGUNDO.- Este tribunal declaró en sentencia de 2 de noviembre de 2016 al respecto de la naturaleza del juicio posesorio:

«Este Audiencia Provincial (Sección 3ª) ha venido declarando, entre otras muchas, en las sentencias de 17 de marzo de 2011 , 20 de noviembre de 2012 o la más reciente de 2 de noviembre de 2016 , que el procedimiento para la tutela sumaria de tenencia o posesión de una cosa o derecho, que puede ejercitar quien ha sido despojado de ella o perturbado en su disfrute, a que se refiere el artículo 250, nº 1 , 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en la terminología clásica, interdicto de recobrar y retener la posesión), es un procedimiento sumario, con limitación de alegaciones y medios de prueba al objeto del mismo que es la protección provisional de una posesión civil o natural, incluso la consistente en la mera tenencia sin que al poseedor le asista un verdadero derecho a poseer, frente a cualquier despojo o perturbación violenta, de manera que excede del ámbito del presente procedimiento la cuestión relativa a la existencia de un derecho real que ampare la acción ejercitada. Así, la Sentencia del TS de 25 de noviembre de 2008 , declara que Los interdictos son procesos posesorios que, al centrarse en la posesión de hecho, la sentencia carece de fuerza de cosa juzgada, no se pronuncia sobre el derecho que pueda justificar la posesión, que cabe dilucidar en un proceso declarativo ulterior. Ciertamente es, que dicha resolución se dictó en un proceso interdictal vigente la LEC de 1881, pero su naturaleza procesal no ha sido modificada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de manera que, resulta irrelevante para la prosperabilidad de la demanda la circunstancia de que el disfrute posesorio del actor, del que haya sido despojado, o inquietado, derive de un derecho de propiedad o de la titularidad de otro derecho que otorgue el derecho a poseer.

Los requisitos necesarios para que pueda otorgarse la protección interdictal son:

a) La posesión, configurada en nuestro derecho en términos muy amplios. Así, el artículo 446 del Código Civil establece que todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen. Este precepto halla su correlato procesal en el artículo 250.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se refiere a la tutela sumaria de la tenencia o posesión de una cosa por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. Entre los dos grandes sistemas posesorios, el romano o de la posesión jurídica y el germano o de la posesión de hecho, el artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el mencionado artículo 250.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 , al requerir, tan sólo la posesión o tenencia de la cosa, se han inclinado claramente por el segundo de ellos. Dada la amplitud con la que en el derecho patrio se configura el instituto de la posesión (artículo 430 del Código Civil), influido por la máxima canonista *spoliatus ante omnia restituendus* y por la *actio spoli* recogida en Las Partidas, la legitimación activa reviste una notable amplitud y concurre en todo aquel que se halle en una situación tangible, nítida y exteriorizada de señorío de hecho o apoderamiento fáctico de un bien.

b) Acto de perturbación o despojo realizado por el demandado. La lesión de la posesión que sirve de base al ejercicio del interdicto consiste en una alteración del estado de hecho posesorio realizada por alguien contra o sin la voluntad del poseedor, y sin estar autorizado por el ordenamiento jurídico para realizarla. La lesión puede implicar o no la privación de la posesión. En el primer caso existe despojo que puede dar lugar al interdicto de recobrar, en el segundo perturbación, base fáctica del interdicto de retener la posesión.

c) *Animus spoliandi* . No existe unanimidad doctrinal sobre la necesidad de que concurra este requisito para que el despojo o perturbación en la posesión dé lugar a la protección posesoria. Solía exigirse, no obstante, este elemento subjetivo con base en el artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que establecía que el interdicto procedía cuando el que se hallaba en la posesión o en la tenencia de una cosa había sido perturbado en ella por actos que manifestasen la intención de inquietarle o despojarle. El Tribunal Supremo en sentencia de 1 de marzo de 2011 ha declarado que En cualquier caso no puede confundirse " *animus spoliandi* " con conciencia de ilegalidad pues la intención de despojo se presume siempre, mientras no se demuestre lo contrario, de modo que si los actos denunciados, y probados en el proceso, fueran objetivamente constitutivos del despojo posesorio, poco ha de importar cuál sea la intención del agente al protagonizarlos, ya que la antijuricidad del hecho no se elimina con la simple alegación de estar en la creencia de que se ejerce un derecho, siendo el ánimo elemento definitorio tan sólo en aquellos supuestos de actuaciones ocasionales o equívocas que, incidiendo en el normal disfrute de la posesión ajena, puedan dar o no lugar a la prestación de la tutela posesoria según la finalidad con la que se llevan a cabo

d) Ejercicio de la acción interdictal dentro del plazo de un año que establece el artículo 439.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y que se viene considerando como de caducidad, de manera que transcurrido el mismo sin que el derecho subjetivo a recabar la protección posesoria se ejercite, éste deja de existir».



TERCERO.- Dispone el artículo 439.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que «no se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo».

El primero de los motivos de apelación debe ser desestimado.

Lo que es objeto de discusión en este procedimiento no es la propiedad de la franja discutida, ni el lugar por el que discurre el linde entre las parcelas propiedad de demandante y demandada, sino la situación posesoria, que se ha visto alterada por el vallado ejecutado por los demandados, según la versión de la parte demandante.

Es cierto que, en el mes de noviembre del año 2008 la entidad ESTOP procedió a realizar por encargo de los demandados una medición de la finca y fijó el linde por el lugar en el que se ha instalado la valla a la vista del descubrimiento de unos mojones alineados. Ahora bien, no quiere ello decir que esa medición se correspondiera con una situación posesoria, ni que esta fuera conocida por los demandantes.

En la demanda presentada ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo en el procedimiento ordinario seguido bajo el número se pone de manifiesto la existencia de una controversia con relación a la superficie real de la parcela y se hace mención de un acta de replanteo elaborado por el Sr. Eliseo en fecha 2 de octubre de 2007 en el que se refleja una superficie real de 4.600 m², que es al que considera que debe estarse, así como a un plano posterior de ESTOP, respecto del que se indica que con el mismo se pretende hacer valer una mayor superficie a costa de un terreno de titularidad de la parte demandante.

En el mismo plano de noviembre de 2008 se señala la franja como «zona en litigio» y se grafía junto a la alineación de mojones el denominado «límite por cerca metálica antigua».

En la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en fecha no se acepta la medición de 4.600 m² y, a los efectos de lo que es objeto del procedimiento, se acepta una superficie de 5.831 m², admitida por la propiedad, inferior a la que figura en el Registro de la Propiedad, pero tras aclarar que «hay que apresurarse a señalar que esa superficie que aquí aceptamos entre las barajadas, entre 4.575 m², 4.600 m², 4.780 m², 5.115 m², 5.831 m² o 5.925,08 m², nada quiere decir sobre su realidad y exactitud, siempre y en todo caso a determinar en la jurisdicción civil».

Lo que revela la documentación es la existencia de una controversia sobre los límites de la parcela, pero no la posesión de la franja objeto de litigio por los demandados, que no quedó determinada hasta el vallado de la finca en el año 2015. No había transcurrido en el momento de la interposición de la demanda un año.

CUARTO.- Comparte también este tribunal la valoración que hace el juez *a quo* sobre la prueba practicada para acreditar la realidad del despojo de la posesión.

Tal y como se deriva de las alegaciones formuladas por la parte apelante en su escrito de recurso, existe una disputa entre las partes acerca de la extensión y límites de la parcela propiedad de los demandados. Tal controversia se puso de manifiesto tras la elaboración en el año 2008 de una nueva medición y el hallazgo de unos mojones que determinarían el linde por un lugar distinto del que hasta ese momento era el aceptado por las partes, indicado en el plano de ESTOP como «límite por cerca metálica antigua».

Hasta ese momento se reconocía por los anteriores titulares de la parcela de los demandantes que el linde se encontraba en esa cerca metálica, con reconocimiento de la posesión. Así se refleja en el conjunto de la documental a que se hace referencia en la sentencia de instancia y que no es necesario reproducir dado que su contenido no ha sido objeto de discusión.

El propio contenido del plano elaborado por ESTOP muestra el inadecuado actuar la parte demandada al proceder de la parte demandada al proceder al vallado de su finca incluyendo en su interior una zona que se califica en el mismo plano como «en litigio», sin que conste acto posesorio anterior alguno sobre ella, incurriendo en una vía de hecho que no debe ser amparada. Si existe una controversia sobre la titularidad de la porción de terreno discutida, el ámbito adecuado de discusión es el del procedimiento declarativo ordinario.

Procede la desestimación del recurso.

QUINTO.- Dado lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siendo la presente resolución desestimatoria del recurso de apelación, serán a cargo de la parte apelante las costas causadas en esta alzada.

En virtud de lo que dispone la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por el número diecinueve del artículo primero de 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, se acuerda la pérdida del depósito consignado para recurrir.



FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por D^a. Encarnacion y D. Eulalio contra la sentencia dictada en fecha 25 de septiembre de 2017 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Inca en los autos del juicio verbal de los que el presente rollo dimana.

En consecuencia, se confirma la resolución recurrida en todos sus términos, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada y pérdida del **depósito** consignado para recurrir.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ