



Roj: **SAP GR 1794/2010 - ECLI:ES:APGR:2010:1794**

Id Cendoj: **18087370032010100421**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **3**

Fecha: **24/11/2010**

Nº de Recurso: **496/2010**

Nº de Resolución: **474/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE REQUENA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN TERCERA

ROLLO Nº 496/10 - AUTOS Nº 673/06

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº TRES DE MOTRIL

ASUNTO: P.ORDINARIO

PONENTE SR. JOSÉ REQUENA PAREDES.

S E N T E N C I A N º 474

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JOSÉ REQUENA PAREDES

MAGISTRADOS

D. JOSÉ M^a JIMÉNEZ BURKHARDT

D. ENRIQUE PINAZO TOBES

En la Ciudad de Granada, a veinticuatro de noviembre de dos mil diez.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial constituida con los Iltrmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo nº 496/10- los autos de P. Ordinario nº 673/06, del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Motril, seguidos en virtud de demanda de D^a Mónica contra D. Higinio y D^a Violeta , D^a Apolonia y D. Mariano , este último declarado en rebeldía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que, por el mencionado Juzgado se dictó resolución en fecha diecisiete de marzo de dos mil nueve, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*Que, desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora señora Bustos Montoya en nombre y representación de D^a Mónica contra D. Higinio , D^a Violeta , D^a Apolonia Y D. Mariano , y sin hacer expresa imposición de las costas procesales, absuelvo a los demandados de los pedimentos efectuados en su contra. Asimismo, estimando la reconvenición formulada por la Procuradora señora Rojas Arquero en nombre y representación de D. Higinio , D^a Violeta contra D^a Mónica y sin hacer expresa imposición de las costas procesales, se declara el **deslinde** de las fincas de los litigantes en la forma que ha sido practicada en este procedimiento por el informe pericial de D. Carlos Francisco "*

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, al que se opusieron los demandados D. Higinio , D^a Violeta y D^a Violeta y D^a Apolonia que impugnaron asimismo la mencionada resolución; la parte apelante se opuso a la impugnación efectuada por las contrarias; una vez



elevadas las actuaciones a este Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO.- Que, por este Tribunal se han observado las formalidades legales en ésta alzada.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ REQUENA PAREDES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a Mónica como titular de la Finca Registral nº NUM000 inscrita en el Registro de la **Propiedad** nº 1 de Motril, al tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003, formuló demanda interesando, previa declaración de **propiedad**, la inscripción-rectificación del exceso de cabida de esa finca que inscrita con una superficie de 15 áreas, alega que, en realidad, tiene 3.107'90 m². Así lo sostenía ya en el expediente de dominio tramitado en su día bajo el nº .../.... que no prosperó tras oponerse los ahora demandados, que a su vez formalizaron con posterioridad (2005) expediente de jurisdicción voluntaria para el **deslinde** de la finca que, al haber sido archivado por la oposición de la actora, también llevan igual pretensión a estas actuaciones pues al contestar a la demanda, tras oponerse a la misma, volvieron a interesar el **deslinde** como petición de su demanda reconvenional.

La sentencia dictada por el Juzgado de Instancia desestimó la demanda y acogiendo la reconvenición determinó el **deslinde** dando por bueno el dictamen del perito judicial sobre los puntos por los que debería correr la línea de separación y con ello vino a reconocer a la actora una cabida de 2.678'66 m² que supondría un aumento de 1.178'66 m² sobre la que consta inscrita frente a los 1.607'90 m² reclamados para esta finca en suelo urbano de la población de Vélez Benaudalla (Granada).

La sentencia es recurrida en apelación por la actora denunciando distintos errores de apreciación en el dictamen del perito judicial que atribuye tanto a falta de rigor por no haber interpretado bien los respectivos títulos y datos catastrales como por dejarse influir por la parte demandada-reconviniente cuando realizó el estudio en las fincas o parcelas en conflicto. La Sala al reexaminar la prueba practicada no aprecia motivo alguno para dar por cierta esta última censura, pero sí para advertir errores de apreciación y valoración en el dictamen del perito, favorecidos por la acusada confusión documental de los títulos y arrastrados por la sentencia ante la escasa prueba sobre la efectividad del dominio sobre los terrenos que una y otra parte considera propios y la desperdiciada prueba testifical tan abundante y cualificada como estéril al no haberse concretado sus manifestaciones con la simultánea identificación del terreno controvertido, bien señalando las distintas parcelas a que aludían en sus declaraciones, razón por la que se desplazó hasta allí la comisión judicial, bien haciéndolo sobre los distintos planos aportados a las actuaciones.

SEGUNDO.- Centrada así la cuestión, momento es de señalar, una vez más, que las acciones reales de dominio sean reivindicatorias o declarativas de la **propiedad**, esta última implícita en la de aumento de cabida, como presupuesto para la rectificación tabular de la finca inscrita, ciertamente son de las que más rigor acreditativo precisan, pues sabido es que la exigencia de probar el dominio con título bastante no es equiparable al concepto de documento (por todas, STS de 20 de febrero de 1995), sino a la exacta y puntual demostración de su derecho de **propiedad** frente al que exhibe quien se lo discute o niega. Título de dominio para el que habrá de estarse a la realidad material y no a la meramente formal que declara el Registro pues sus menciones y descripciones, no gozan de valor absoluto ni demuestran la realidad de la **propiedad** tal como ha reiterado una y otra vez la doctrina legal de la que sirven de ejemplo las STS de 6 de julio y 26 de noviembre de 1992. Dicho de otro modo, el Registro de la **Propiedad** carece de base física fehaciente ya que reposa sobre simples declaraciones de los otorgantes y así caen fuera de la garantía que presta cuantos datos registrales se corresponden con hechos materiales tanto a los efectos de la fe pública como de la legitimación registral sin que la institución responda de la exactitud de los datos y circunstancias de puro hecho ni por consiguiente de los datos descriptivos de la finca. Esto es, la presunción de exactitud registral del art. 38 no alcanza a los datos fácticos. Estos datos físicos como son los referidos a la superficie de las fincas o los propios linderos, los facilitan los interesados y no gozan por ello de ninguna garantía de exactitud (STS de 23 de octubre de 1997), por lo que la acción exige una prueba del dominio con certeza superior a la conjetura o a la simple deducción sin permitir que albergue dudas racionales sobre la perfecta y exacta identidad de lo que se reclama, lo que equivale a una identificación perfecta, clara y precisa hasta conseguir demostrar que ese terreno así identificado es el mismo al que se refiere el título y que por ello le pertenece con exclusión de los demás (STS 16 de febrero de 1996 ó 18 de junio de 1992).

También que la misma insuficiencia para declarar el dominio, o incluso mayor, presenta la oficina del Catastro sobre los que una consolidada y constante jurisprudencia ha señalado hasta la saciedad que no son definidoras del derecho de **propiedad** por ser esta función reservada a los Tribunales de Justicia (por todas, SSTs de 4 de mayo de 1994 ó 23 de diciembre de 1999).



TERCERO.- Pues bien, en el caso de autos la dificultad de su resolución obedece a una y otra carencia fidedigna de los datos que suministran tanto el Registro como el Catastro, generando la incertidumbre fáctica y jurídica a que ya aludía la sentencia, al menos para en uso del artículo 394 de la LEC, no hacer expresa imposición de costas.

Sin embargo, esa incertidumbre va más allá hasta comprometer la viabilidad de la acción declarativa de dominio, implícita en la demanda como presupuesto de la rectificación y aumento de cabida, como también para dar por válido, sin más, el **deslinde** informado por el perito judicial, en base a unos títulos que no hay certeza de haber sido correctamente valorados, como tampoco las distintas mediciones realizadas en el transcurso del tiempo sea por el Sr. Onesimo, sea por el Sr. Victorio, sea por Don. Victor Manuel, a instancia de una y otra parte.

Dicho más claramente, se acepta por todos que la finca registral de la actora tiene bastante mayor cabida de los 1.500 m² que proclama el Registro pero se ignora cuál es ese cuánto más. También que sus linderos están desfasados de la realidad actual y la propia demandante ya lo rectifica en el suplico de la demanda. Por otro lado, los datos catastrales no son fiables en cuanto a la superficie de las fincas en **controversia** y basta para ello advertir la facilidad con que las partes la han ido variando -no sabemos bajo qué control- en el transcurso del tiempo.

Así se acepta que la finca n^o NUM000 de la actora consta de tres parcelas catastrales que se corresponden con la división no inscrita de esa finca a cada uno de sus tres hijos y que además de su identificación catastral propia cuentan con un número distinto y correlativo de parcelas dentro de la CALLE000 en la que se ubican.

Así la del n^o NUM004, cercada y construida que se corresponde con la referencia catastral NUM005, mientras en 2001 aparecía inscrita en el catastro con 1.445 m² (f.51) en 2006, ha reducido su superficie catastral a 11.36'20 m², superficies ambas superiores a la cabida con que en 1993 fue medida en 1.049'25 m². Así las cosas, se ignora realmente cuánto mide esta parcela porque las partes y el perito erróneamente han prescindido de medirla por entender que sobre ella no existe **controversia** entre los litigantes y el mismo descuido presenta la finca también cerrada y construida correspondiente al n^o NUM006 de la C/ CALLE000, catastral n^o NUM007, que aparecía en 2001 con 988 m² (f. 48) y en 2006 con 1.130 m² (f.110) mientras que en la medición Don. Onesimo, en abril de 1993, contaba con 1.082 m² y en la realizada por Don. Victor Manuel, para preparar el expediente de rectificación de cabida, era de 1.030,68 m². Como tampoco sobre esta parcela las partes plantean **controversia**, quedó también sin medir por el perito judicial, aunque una y otra medición eran imprescindibles para saber, sobre el total reclamado de 3.107'90 m², cuánto correspondería a la no cerrada ni construida, solar sito en el n^o NUM012 de la misma calle, catastral NUM008, que es la verdaderamente controvertida y objeto de **deslinde**, pero de la que la actora no presentó, por la razón que sea, su certificación catastral en 2001 ignorando, por tanto, qué cabida se le había asignado por entonces a la misma, apareciendo en 2006 inscrita con una superficie catastral de 941 m² (f. 112) conforme con la medición del perito Don. Victor Manuel (f. 62), cuando en abril de 1993 había sido medida también a instancia de la actora en 884'80 m².

CUARTO.- Sobre esta base, la sentencia, al dar credibilidad al dictamen del perito judicial Sr. Carlos Francisco, lo que hace es adjudicar a esta última parcela -única en **controversia**- por su linde Norte, con la demandada, y que no está ni ha estado nunca cerrada, ni cultivada, una superficie de 511'78 m² muy inferior a la que aparece en el catastro y cuya reducción ha permitido adjudicar, como consecuencia del **deslinde** propuesto y aprobado por la sentencia apelada, una mayor superficie a los demandados reconvincentes, titulares del solar ubicado al n^o NUM009 de la C/ CALLE000 catastral NUM010 que en 2001 aparecía inscrita (f. 74) con 640 m² a nombre aún de D^a Virginia, que la transmitió a la demandada-reconviniendo mediante escritura de 17 de diciembre de 1996 y que en 2008 aparece reducida a 481 m² de superficie (ff. 105 y 308) más próxima a la que consta transmitida (450 m²) en esa escritura y de los que 24 m² están inscritos en el Registro de la **Propiedad**, Finca n^o NUM011 (doc. n^o 22 de la demanda) y el resto sin inmatricular. Don. Victorio había medido esta finca en 596'51 m² en febrero de 2002 y el perito judicial (Sr. Carlos Francisco) le asigna una superficie de 599,80 m².

Es de advertir, o al menos, así lo aprecia este Tribunal de apelación, que una y otra medición parte del error de efectuarse al margen de la propia certificación catastral, esto es, de la que comprendía la citada venta a la Sra. Virginia y que aparece en esas certificaciones que se acaban de analizar como parcela catastral NUM010 por lo que carece de sentido añadir a esa superficie (481 m²) otros 600 m² en razón al mismo título de dominio esgrimido convirtiendo en más de mil metros cuadrados una venta aproximada de 450 m² por más que se trate de explicar o justificar esa mayor extensión, por la agrupación de facto de esa finca con otras fincas y por otros títulos, pero donde el único que podría invocarse es el relativo a la compra en documento privado (f. 174) con fecha 17 de diciembre de 1997 al Sr. Rubén padre de los actores, de un solar de 150 m² no inmatriculada y cuya ubicación, dentro de la zona de **controversia**, no se ha determinado impidiendo ello decidir la superficie que en base a la misma había que respetar dentro de la franja litigiosa calificada de "en

blanco o, lo que es igual, sin reconocimiento ni inscripción catastral a favor de ninguna de las partes, tal como se advierte de forma elocuente no solo en los planos del perito judicial, sino en las propias certificaciones catastrales gráficas (ff. 108 y 112) y que también sin medir son las que parecen reivindicar una y otra parte alegando la demandada su colindancia entre las catastrales 408 (la actora) y la 409 (los demandados). Así las cosas, como el perito judicial, al dejar intacta esta última, como ya hizo Don. Victorio que reconoció en su día (ff. 351, 359 y 360) haber actuado y medido conforme le indicó el padre de los ahora demandados (Don. Rubén) ese dictamen, acogido por la sentencia de instancia, incurre en el error de asignarle una superficie de casi 600 m² cuando únicamente podría estar justificado por aquella parcela, no identificada, sobre el terreno, de 150 m², pero no por el título invocado también a la vista de la escritura de donación (f. 160) de 21 de julio de 1999 de una finca no inmatriculada de 548'78 m² pues aunque la misma tampoco se ha identificado sobre el terreno, su descripción en 1999 (reciente) al situarla al nº 7 de la C/ CALLE000 la aleja irreversiblemente de la controvertida franja "en blanco" existente entre los solares nº NUM009 y NUM012 de esa misma calle.

Finalmente, la medición realizada por el perito judicial e impugnada por la apelante ha de añadirse el previsible error, pues no consta lo contrario, consistente en que dentro de los 599'80 m² asignados a los reconvinientes no tuviera en cuenta la obligada merma o reducción de superficie, tampoco medida, de la parte cedida y ocupada por el Ayuntamiento en la ampliación de la CALLE000 .

QUINTO.- Así pues, y llegados a este punto, más que una verdadera confusión de linderos, que ciertamente existe porque no parece que el solar de una y otra parte esté deslindado, ni se trata de ver quién se hace con los llamada zona en blanco o sin aparente dueño, lo que realmente compromete la estimación de la demanda es la falta de medición de la totalidad de la finca inscrita cuya rectificación hasta 3.107 m² se busca en este pleito sobre los datos de superficie que el Catastro asigna a las tres parcelas que la integran, pero sin ninguna certeza de cuál es la medición real de cada una de ellas dadas las variaciones que al respecto han venido ofreciendo cada una de ellas en su más reciente historia catastral. Dicho de otro modo, el éxito de la demanda y del propio **deslinde** precisa saber, aunque solo lo sea por razones de congruencia, cuál es la medición real de la Registral nº NUM000 y cuánto lo que, por defecto, corresponde a la catastral NUM008 , así como el **deslinde** en su caso con los 150 m² aproximados procedentes de la compra a las hermanas Lorena (f. 174) una vez se acredite su ubicación y colindancia y sin que en todo caso la finca de la actora, sumadas las tres parcelas en su actual configuración catastral incluso con las irregularidades perimetrales que presenta su descripción gráfica en la linde debatida, pueda exceder del aumento de superficie reclamada que tratan de inscribirse mediante esa vía de rectificación registral.

En definitiva, sobre esta base debe acogerse parcialmente el recurso y dejando sin efecto el **deslinde** pericial aprobado por la sentencia, ordenar otro en trámite de ejecución de sentencia y como obligación de hacer sobre las bases que se acaban de exponer, dando así respuesta estimatoria tanto a la reconvenición como a la demanda principal, cuyo exceso postulado por esta última ya quedó probado y admitido parcialmente, pero pendiente de comprobar en su delimitación física al estarse, realmente, ante una situación de lindero confuso o no bien delimitado por el lado (parece que norte) de la finca de la actora y cuya opción, acumulando esta acción a la declarativa y de incremento de cabida, debió haber planteado la actora tras archivarse, en sede de jurisdicción voluntaria, tanto el expediente de dominio como la acción de **deslinde** a la que, los respectivos juzgados que conocieron de ellos, se emplazaban a las partes al juicio declarativo que ahora nos ocupa.

SEXTO.- Acciones una y otra como tantas veces ha señalado este Tribunal de apelación cuya acumulación se acepta jurisprudencialmente (por todas, SSTs de 24 de marzo de 1983 y 10 de octubre de 1998), aunque en principio conceptualmente son contradictorias (STS de 27 de enero de 1995). El **deslinde** excluye toda contienda sobre la **propiedad**, la reivindicatoria por el contrario tiene como fundamento el resolver este tipo de **controversias**. Sus presupuestos son también distintos. Por regla general la falta de **deslinde**, la falta de delimitación de la respectiva **propiedad** en pugna afectará a dos requisitos esenciales de la acción, la prueba del título y la identificación de lo reivindicado, haciéndola fracasar (STS de 23 octubre de 1998). Por su parte carecerá de sentido la acción de **deslinde** cuando no existe confusión de linderos o éstos estén bien delimitados, sea por mantenerse lo señalado en su día de mutuo acuerdo por los actuales o anteriores propietarios o estar fijados en título válido (SSTs de 6 de julio de 1992 y 14 de octubre de 1991). Esto es, el **deslinde** será preciso, únicamente cuando se está ante linderos confundidos o no bien delimitados en palabras de la STS de 21 junio de 1997 por la existencia de una linde unilateralmente establecida que, no sancionada judicialmente, no puede considerarse a priori como elemento delimitador de las fincas colindantes sino como exponente de una confusión de linderos que como expresa la STS de 10 de febrero de 1997 es de apreciar cuando no pueda venirse en conocimiento exacto de cual sea la línea perimetral y topográfica que delimita ambas fincas, momento en que toma razón de ser la acción de **deslinde** despejando, mediante su realización, la situación confusa o incierta hasta lograr de este modo la concreción superficial y la manifestación de un estado posesorio sobre la cosa que no impedirá el ejercicio de una reivindicatoria con fines restitutorios. Acción que a veces no será necesaria cuando el propio **deslinde** al recomponer la situación fáctica y jurídica, al delimitar



material y externamente la finca mediante el trazado perimetral divisorio, ya consigue precisar los derechos de **propiedad** que corresponden a los titulares interesados.

Así las cosas, la aplicación de esta doctrina al caso de autos junto al resto de los fundamentos expresados en esta resolución determina la estimación del recurso y la revocación de la sentencia acordando como decisión más ajustada a Derecho para la resolución del litigio la que ya anunciada se pasa a ordenar en la parte dispositiva de esta sentencia.

SÉPTIMO.- Por aplicación del art. 398 la estimación parcial del recurso determina no hacer expresa imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes.

Y por lo que antecede,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto en nombre de D^a Mónica contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 3 de Motril en Juicio Ordinario seguido con el n^o 673/06 de fecha 17 de marzo de 2009, revocamos la misma y en su lugar con estimación parcial de la demanda y de la reconvenición acordamos:

Declarar que la finca registral **propiedad** de la actora apelante, n^o NUM000 sita en la C/ CALLE000 de Vélez Benaudalla, nos NUM012 a NUM004, consta al menos con un exceso de cabida catastralmente declarada de 666'20 m2 correspondiente a las parcelas que dentro de esa registral comprende y se ubica en los n os NUM006 y NUM004 de la C/ CALLE000 .

Que a la parcela n^o NUM012 de esa misma calle (catastral NUM013) integrada también en la Finca Registral n^o NUM000, le corresponderá como cabida la que, previa medición de la superficie real de las dos parcelas a que se refiere el apartado anterior en trámite de ejecución de sentencia por perito topógrafo o similar, le resta como cabida de la misma hasta completar el máximo total de 3.107'90 m2, y determinado ello se proceda en la misma ejecutoria a realizar el **deslinde** en la forma y sobre las consideraciones y bases señaladas en el fundamento quinto de esta sentencia.

Determinada la superficie real y total de la finca n^o NUM000 y la de cada una de las parcelas catastrales que la integran líbrese mandamiento, tan pronto sea firme, para la rectificación de su cabida ante el Registro de la **Propiedad** n^o 1 de Motril.

No se hace expresa imposición de las costas de ambas instancias a ninguna de las partes.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.

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