

Roj: **STS 530/2016 - ECLI:ES:TS:2016:530**Id Cendoj: **28079110012016100079**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/02/2016**Nº de Recurso: **331/2014**Nº de Resolución: **64/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MU 2438/2013,**  
**STS 530/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.ª), en el rollo de apelación nº 760/2010 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1342/2008 del Juzgado de Primera Instancia 7 de Murcia.; cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora doña María del Carmen Giménez Cardona, en nombre y representación de Talleres Micol, S.L.; siendo parte recurrida el Procurador don Cesáreo Hidalgo Senén, en nombre y representación de Promociones Murcianas Inmobiliarias System, S.L.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** - El Procurador don José Augusto Hernández Foulquí en nombre y representación de Promociones Murcianas Inmobiliarias System, S.L. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario contra Talleres Micol, S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia:

«Se declare que mi representada es legítima propietaria de la finca sita en término de Beniaján, que se corresponde con la parcela P-29 del Plan Parcial Montezahar de cuatrocientos noventa y dos metros cuadrados con forma irregular que linda: Norte, calle E; Sur, rambla de Torreaguera; Este, zona de aparcamientos y calle P y Oeste, Construcción de la calle Luis Federico Guirao y se condene a la demanda va a estar y pasar por tal declaración y, en su consecuencia a que proceda a demoler a su costa la obra que ha construido en la parcela reponiéndola a su estado primitivo, todo ello con expresa condena al pago de las costas procesales a la parte demandada ».

**SEGUNDO**.- El Procurador don José Miguel Hurtado López, en nombre y representación de Talleres Micol, S.L.. contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia:

«Por la que se desestime la demanda con expresa condena al pago de las costas procesales a la parte demandante».

**TERCERO**.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Murcia, dictó sentencia en fecha 28 de septiembre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por la mercantil "Promociones Murcianas Inmobiliarias System SL", representada por el procurador D. José A. Hernández Foulquie, contra la mercantil "Talleres Micol



SL", representada por el procurador D. José Miguel Hurtado López, debo declarar y declaro que la demandante es legítima propietaria de la parcela objeto de la demanda que es la parcela P-29 del Plan Parcial Monteazahar de cuatrocientos noventa y dos metros cuadrados con zona de aparcamientos y calle P y Oeste, Construcción de la calle Luis Federico Guirao y, en su consecuencia debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, todo ello sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales a ninguna de las partes que deberán de abonar cada una las causas a su instancia y las comunes por mitad . Posteriormente se dictó auto de aclaración el día 5 de marzo de 2010, acordando lo siguiente: dar lugar a la aclaración/subsanación en los términos que se exponen en el segundo razonamiento jurídico de la presente resolución de la Sentencia dictada el pasado día 28 de septiembre de 2009 en el presente procedimiento de Juicio Ordinario 1342/2008 seguido entre las partes, de una y como demandante, la mercantil "Promociones Murcianas Inmobiliarias System SL", representada por el procurador D. José A. Hernández Foulquie, y, de otra, como demandada, la mercantil "Talleres Micol SL", representada por el procurador D. José Miguel Hurtado López».

**CUARTO.-** Interpuestos sendos recursos de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de Talleres Micol, S.L. y Promociones Murcianas Inmobiliarias System, S.L., la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue :

«FALLAMOS: Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por Promociones Murcianas Inmobiliarias System S. L. representada por el Procurador D. José Augusto Hernández Foulquí y por Talleres Micol S.L. representada por el Procurador D. José Miguel Hurtado López contra la sentencia dictada el día veintiocho de septiembre de dos mil nueve por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Murcia en autos de juicio ordinario n.º 760/10, debemos confirmar y confirmamos la misma imponiendo a las apelantes las costas causadas por sus respectivos recursos ».

**QUINTO.-** El Procurador don José Miguel Hurtado López, en nombre y representación de Talleres Micol, S.L. interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos de casación:

«UNICO: Violación por incorrecta aplicación del artículo 361 del Código civil e inaplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que excluye la acción reivindicatoria en los casos de aplicación del artículo 361 del Código civil expresada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 diciembre 1957 , 2 diciembre 1960 , 22 julio 1993 , 18 mayo 1999 y 26 octubre 1999 ».

**SEXTO.-** Por Auto de fecha 25 de noviembre de 2014, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el Procurador don Cesáreo Hidalgo Senén, en nombre y representación de Promociones Murcianas Inmobiliarias System, S.L., presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario.

**SÉPTIMO .-** No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de febrero de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .- 1.-** El antecedente jurídico que se plantea en el caso que hoy pende ante esta Sala por mor del recurso de casación, se refiere a una parcela fruto del plan parcial Monteazahar, de Murcia. Promociones Murcianas Inmobiliarias System, S.L. es propietaria de una parcela -sobre lo que no hay discusión- y en la parcela vecina Talleres Micol, S.L. (demandada en la instancia y recurrente en casación) había construido una nave.

Aquella sociedad -Promociones Murcianas- formuló demanda con dos peticiones: la primera, que se declare que es propietaria de la parcela en la que la demandada ha construido la nave y la segunda, que a ésta se le condene a demoler la construcción «reponiéndola a su estado primitivo».

La demandada se opuso alegando el artículo 361 del Código civil (base del recurso de casación) por lo que no puede ejercer la acción reivindicatoria al aplicarse dicha norma.

**2.-** El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Murcia dictó sentencia en fecha 28 septiembre 2009 en la que estimó el primer pedimento de la demanda: «debo declarar y declaró que la demandante es legítima propietaria de la parcela...» y condenó a la demandada «a estar y pasar por dicha declaración» y rechazó el segundo pedimento. En auto aclaratorio de 5 marzo 2010 precisó que la demandada no está obligada a cesar en la posesión de la parcela objeto de la demanda.



La Audiencia Provincial, Sección 11.º, de Murcia, en su sentencia de 14 octubre 2013 confirmó la anterior. Insistió en la acción reivindicatoria, rechazó la usucapión por la entidad demandada y expresó que «acreditada la legítima propiedad de la demandante, la demandada ha de estar y pasar por ésta, sin perjuicio de que no proceda la condena a la demolición de la nave, en atención a las previsiones establecidas en el artículo 364 del Código civil ».

**3.-** La sociedad demandada, Talleres Micol, S.L. formuló recurso de casación contra la anterior sentencia, alegando, como motivo único, la incorrecta aplicación del artículo 361 del Código civil y la inaplicación de la jurisprudencia que excluye la acción reivindicatoria en los casos de aplicación del artículo 361 del Código civil .

**SEGUNDO .- 1.-** Al tratar del recurso de casación que ha sido mencionado procede hacer tres precisiones.

La primera, que la entidad demandante, Promociones Murcianas, se ha aquietado a la resolución de la Audiencia Provincial confirmatoria de la del Juzgado de 1ª Instancia y, por tanto, está conforme con la declaración de propiedad (pedimento primero de la demanda) de la parcela controvertida y el mantenimiento en la misma de una nave construida (rechazo del segundo pedimento de la demanda).

La segunda, no se ha ejercitado una acción reivindicatoria. Esta supone la reclamación de la posesión que ostenta el demandado, es decir, la restitución de lo que se reivindica. La acción declarativa de propiedad es la que pretende la declaración del derecho, sin incluir la reivindicación de la posesión y ésta es la acción que ha ejercido la sociedad demandante, que ha estimado el Juzgado de 1ª Instancia que incluso ha aclarado que no incluye la posesión de la parcela. Lo que ha confirmado la Audiencia Provincial.

La acción que contempla el artículo 361 del Código civil sobre la accesión de buena fe en la construcción en terreno ajeno prevé una opción que debe ejercer el propietario del terreno, antes de ejercer la acción, opción previa que resalta la jurisprudencia en las sentencias que alega y transcribe la parte recurrente. Esta acción no se ha ejercitado en el presente caso y no puede afirmarse que excluye la acción reivindicatoria o la declarativa de propiedad, que puede ser necesaria para poder ejercitar la opción que prevé este artículo 361. La demandante ha ejercitado la acción declarativa y nada ha pedido de lo que contiene este artículo sino que ha interesado la demolición que, por cierto, le ha sido negada y se ha aquietado a ello. Resulta así que se declara la propiedad de una parcela ocupada por la nave de un tercero y así queda por sentencia.

**2.-** El motivo único del recurso de casación, como se ha apuntado, es la infracción del artículo 361 y su incompatibilidad con la acción reivindicatoria.

No es así y el motivo se desestima. En primer lugar, no se ha ejercitado la acción reivindicatoria, sino la declarativa de dominio y en segundo lugar, no es incompatible y la jurisprudencia no dice esto. Lo que sí reitera y así lo expresan las sentencias que cita el escrito de recurso es que el ejercicio del artículo 361 precisa la previa opción que contempla, tras lo que puede pasar al ejercicio de las acciones pertinentes. Incluso precisa que para la acción reivindicatoria, en caso de accesión del artículo 361, es necesario el ejercicio previo de la opción que prevé este artículo.

Lo que se considera inadmisibles es la pretensión de esta parte recurrente de que ni siquiera se declare la propiedad que ha sido proclamada por las sentencias de instancia, como se ha derivado de la prueba practicada. Se basa en que el artículo 361 -no queda claro si se refiere a la opción o a la accesión- pero esta norma no se ha ejercitado, ni tampoco la acción reivindicatoria, sino la declarativa.

No hay que obviar que la demandada, actual recurrente no ha ejercitado reconvencción y la cuestión jurídica que se ha ejercitado en la presente acción no es la de accesión, sino la declarativa de propiedad, sin que el propietario haya empleado la opción que exige el artículo 361 del Código civil .

**TERCERO .- 1.-** En consecuencia, debe ser confirmada la sentencia recurrida, manteniendo la estimación de la acción declarativa de dominio (no reivindicatoria) y negando, por haberse aquietado la demandante y estar el pedimento fuera de lugar, la demolición de la obra construida en el terreno cuya propiedad se ha declarado ser de la demandante y así se confirma.

**2.-** En cuanto a las costas, se imponen a la parte recurrente, conforme a los artículos 398.1 en su remisión al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la que se condena también a la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, 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.

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

**FALLAMOS**



1.º Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Talleres Micol, S.L., contra la sentencia dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, en fecha 14 de octubre de 2013 que se confirma.

2.º Se condena a dicha parte al pago de las costas causadas en estos recursos y a la pérdida del depósito constituido.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Eduardo Baena Ruiz.-Fernando Pantaleon Prieto.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEN