

Roj: STS 5894/2011
 Id Cendoj: 28079110012011100603
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1244/2008
 Nº de Resolución: 656/2011
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Septiembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gernika, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente la Procuradora Dª María del Pilar de los Santos Holgado, en nombre y representación de DON Gabino ; siendo parte recurrida la Procuradora Dª María de los Angeles Gáldiz de la Plaza, en nombre y representación de DON Julio y DOÑA Pilar .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Carlos Muniategui Landa, en nombre y representación de Dª Zaida , D. Primitivo y Dª Angelina , D. Vicente y D. Gabino y Dª Felicidad , interpuso demanda de juicio ordinario contra DON Julio y DOÑA Pilar y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que *se declare que los demandantes y demás copropietarios en cuyo interés actúan, tienen derecho a poseer la vivienda del piso NUM000 derecha del nuevo edificio levantado sobre el solar ocupado antiguamente por los edificios números NUM001 y NUM002 de la CALLE000 de Lekeitio, hasta que los propietarios del antiguo piso NUM000 del mismo número NUM001 ejerciten la opción prevista en el artículo 361 del Código civil y, en su caso, abonen la indemnización dispuesta en el mismo, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración y a dejar el mismo piso derecho libre y a disposición de los demandantes, con apercibimiento de ser lanzados si no lo verifican e imponiéndoles el pago de las costas del juicio.*

2.- La Procuradora Dª Monica D#Acquisto Toña, en nombre y representación de Dª Pilar , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que, *se desestime íntegramente la demanda formulada con expresa imposición de las costas al demandante.*

3.- La Procuradora Dª Irune Gorroño Mentxaka , en nombre y representación de D. Julio , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dicte en su día sentencia por la que *se desestime íntegramente la demanda formulada con expresa imposición de las costas al demandante.*

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La lltre. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gernika, dictó sentencia con fecha 29 de septiembre de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Que debo estimar como estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Muniategui en nombre y representación de DOÑA Zaida , DON Primitivo DOÑA Angelina , DON Vicente , DON Gabino Y DOÑA Felicidad contra D. Julio Y DOÑA Pilar y declaro que los demandantes y demás copropietarios tienen derecho a poseer la vivienda piso NUM000 derecha del nuevo edificio levantado sobre el solar ocupado antiguamente por los edificios nº NUM001 y NUM002 de la CALLE000 de Lekeitio , hasta que los propietarios del antiguo piso NUM000 del mismo nº NUM001 ejerciten la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil y en su caso abonen la indemnización dispuesta en el mismo, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y*

a dejar el mismo piso derecho libre y a disposición de los demandantes con apercibimientos de ser lanzados si no lo verifican con imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de DON Julio y DOÑA Pilar , la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dictó sentencia con fecha 29 de febrero de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** *Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Julio y Pilar contra la Sentencia de fecha 29 de Septiembre de 2006 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gernika, en el procedimiento ordinario L2 406/05 , de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución y con desestimación íntegra de la demanda formulada debemos absolver y absolvemos a los demandados de la pretensiones frente a ellos ejercitadas, condenando a los demandantes al pago de las costas de la instancia. Sin pronunciamiento sobre las costas de la apelación.*

TERCERO .- **1** .- El Procurador D. Juan Carlos Ruiz Gutiérrez, en nombre y representación de D. Gabino , interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: UNICO** .- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 218.2 y 319.1 de la misma Ley . **DE CASACION: PRIMERO** .- Por infracción del artículo 609 del Código civil y jurisprudencia que los interpreta y se cita y del artículo 38 de la Ley Hipotecaria . **SEGUNDO** .- Por infracción de los artículos 361, 453 y 454 del Código civil. **TERCERO** .- Por infracción de los artículos 361 y jurisprudencia que lo interpreta. **CUARTO** .- Por infracción de los artículos 361, 453 y 454 del Código civil .

2 .- Por Auto de fecha 6 de octubre de 2009, se acordó ADMITIR los recursos por infracción procesal de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora Dª María de los Angeles Gáldiz de la Plaza, en nombre y representación de DON Julio y DOÑA Pilar , presentó escrito de impugnación al mismo.

4 .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de septiembre del 2011, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En la acción ejercitada, ahora en esta Sala a los efectos de resolver sendos recursos por infracción procesal y de casación, es preciso partir de tres premisas. La primera, la acción ejercitada; la segunda, la accesión que contempla el artículo 361 del Código civil ; la tercera, el supuesto de hechotal como ha sido expuesto por la sentencia de instancia, objeto de estos recursos.

La acción ejercitada, como dice la sentencia de primera instancia, es, sobre la base del artículo 361 del Código civil , una acción de reintegro de la posesión sobre la vivienda del piso NUM000 derecha del edificio levantado sobre los números NUM001 y NUM002 de la CALLE000 de Lekeitio. Lo cual es reiterado por la Audiencia Provincial en sentencia objeto de los presentes recursos, al afirmar que se trata de la acción contemplada en el artículo 361 del Código civil y precisa, rotundamente: "... a la vista del contenido de la demanda, no existe la más mínima duda de que esa y sólo ésa es la acción que se ejercitaba en la demanda...". El suplico de la demanda ha sido transcrito en el primer antecedente de hecho:

"que se declare que: los demandantes y demás copropietarios en cuyo interés actúan, tienen derecho a poseer la vivienda del piso NUM000 derecha del nuevo edificio levantado sobre el solar ocupado antiguamente por los edificios números NUM001 y NUM002 de la CALLE000 de Lekeitio, hasta que los propietarios del antiguo piso NUM000 del mismo número NUM001 ejerciten la opción prevista en el artículo 361 del Código civil y, en su caso, abonen la indemnización dispuesta en el mismo, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración y a dejar el mismo piso derecho libre y a disposición de los demandantes, con apercibimiento de ser lanzados si no lo verifican e imponiéndoles el pago de las costas del juicio. "

Y los fundamentos de derecho vienen referidos siempre a la accesión que contempla el artículo 361 del Código civil y al derecho de retención por el que edifica, siembra o planta de buena fe que del mismo deriva o, para ser más precisos, el dueño del terreno no puede exigir nada hasta que no ejercite la opción de accesión previa indemnización o evitarla y exigir el precio, como si de una compraventa se tratara (o, en su caso, la renta).

El artículo 361 del Código civil dispone que *El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización*

establecida en los artículos 453 y 454 obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente.

En principio, se aplica el principio de *superficies solo cedit* que proclama el artículo 358 . Si el que edifica (siembra o planta) en suelo ajeno lo hace de buena fe, que es el caso presente, el dueño del terreno tiene derecho de hacer suya la obra por accesión y deberá pagar al que construyó la indemnización o bien tiene el derecho a evitarla obligando al que construyó a pagarle el precio del terreno, como compraventa. Incluso la sentencia de 26 de octubre de 1999 destaca que no se puede ejercitar directamente la acción reivindicatoria sin antes haber hecho uso de la opción que prevé el artículo 361 .

El supuesto de hecho, tal como expone la sentencia de instancia , incólume en casación, parte de que los demandantes eran copropietarios de un edificio, que tras su derribo, decidieron edificar uno nuevo y se distribuyeron las viviendas y locales en su condición de coedificantes.

Dice literalmente las sentencia de instancia:

"tal como se alega en la demanda y se desprende del documento que se acompaña como nº 13, los hoy demandantes, y la práctica totalidad de los propietarios de las casas señaladas con los números NUM001 y NUM002 de la C/ NUM000 de Lequeitio, exceptuando los propietarios de los elementos A) NUM003 y B) NUM004 , acordaron ante la ruina del edificio, señalar las cuotas de participación de cada uno de los elementos de ambos inmueble, en los gastos que la demolición ocasionara, así como el ulterior aprovechamiento, del solar resultante de dicha demolición procediendo a tal fin a constituir expresamente una Comunidad sobre el solar que resultara de la demolición, señalando a cada uno de los elementos independientes, su cuota de participación. En la misma escritura se estableció que cada uno de los copropietarios, tendría derecho a ocupar en el nuevo que en su día se construya, la misma planta, posición derecha, o izquierda, que ocupaba en los inmuebles, que habrían de ser objeto de demolición...en dicha escritura no intervinieron dos de los propietarios) ello no impidió que se les atribuyera su cuota de participación al igual que al resto de los copropietarios, colocándose en idéntica situación que los presentes, surtiendo lo acordado en tal escritura plenos efectos, pues la misma no ha sido objeto de impugnación, por dichos propietarios "

Dicha sentencia resuelve la cuestión de derecho y, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, desestima la demanda por entender que no concurren los presupuestos de la accesión del artículo 361 ni, mucho menos, las de la accesión invertida relativa a la construcción extralimitada, y concluye: *"... todas las partes son copropietarios del suelo y del edificio y, por ello, no existe ajenidad alguna, que no puede dar lugar a ningún tipo de accesión"*.

SEGUNDO .- Al ser desestimada la acción, uno solo de los demandantes de instancia, don Gabino , ha formulado recursos por infracción procesal y de casación.

Analizando, en primer lugar, el recurso por infracción procesal, éste se ha formulado con un único motivo al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 218.2 y 310.1 de la misma ley, relativos a la motivación de la sentencia y a la fuerza probatoria de los documentos públicos. La motivación, tal como dicen las sentencias de 11 de octubre de 2004 y 1 de julio de 2011 , en consonancia con la del Tribunal Constitucional 213/2003 , de 1 de diciembre, es un deber constitucional de los jueces y un derecho de los que intervienen en el proceso, que no exige la argumentación pormenorizada de cada uno de los puntos que han surgido en el proceso, sino la fundamentación del fallo de la sentencia, quedando justificado éste por la exposición, dando a las partes las razones de la decisión, lejos del arbitrio judicial. La sentencia recurrida está sobradamente motivada, contiene unos razonamientos completos y justifica el fallo, con el que está disconforme la parte recurrente. En el desarrollo de este motivo se entra en la valoración de la prueba, especialmente de la prueba documental pública, lo que tampoco cabe en el recurso por infracción procesal y, a través de ello, analiza la cuestión de fondo que también queda fuera de este recurso. La jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterada en que no cabe el pretender revisar la prueba practicada. Las sentencias de 16 de septiembre de 2010 y 5 de mayo de 2011 , entre otras muchísimas, recuerdan que la Ley de Enjuiciamiento Civil no admite la valoración de la prueba como motivo del recurso, que no está incluido en el artículo 469.1, salvo el caso excepcional de que, basado en el nº 4º se haya producido una auténtica vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 .1 de la Constitución Española, que en nada puede pensarse en el presente caso.

Por lo que el motivo se desestima y, por ende, el recurso por infracción procesal con la preceptiva condena en costas, como impone el artículo 398 .1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO .- El recurso de casación formulado por la misma parte, uno de los codemandantes, contiene cuatro motivos. El primero es por la infracción del artículo 609 del Código civil y 38 de la Ley Hipotecaria y debe ser desestimado porque no aparece infracción de norma alguna por la sentencia de instancia, que ni

siquiera aplica tales artículos, sino que en este motivo hace un planteamiento nuevo, como si formara parte de una demanda *ex novo* y como si se tratara de la acción declarativa o reivindicatoria. No es el caso: se ha ejercitado acción derivada de accesión inmobiliaria y lo que plantea en este motivo es cuestión nueva que, como tal, no cabe en casación, como dicen las sentencias de 18 de febrero 2010 , 6 de mayo de 2011 y 13 de julio de 2011 ; esta última dice así:

"cuestión nueva, no tratada en la sentencia de primera instancia, ni ha sido objeto de apelación, ni por tanto, mencionada en la sentencia de la Audiencia Provincial objeto del presente recurso. Como cuestión nueva, no cabe ser planteada en casación, como así han reiterado las sentencias, siguiendo la doctrina que han mantenido otras muchas anteriores, de 18 de febrero de 2010 y 6 de mayo de 2011 , ya que produciría indefensión en la parte contraria, que no ha dispuesto en la instancia de los argumentos y medios de prueba adecuados para combatir la cuestión que se plantea por primera vez en casación."

El motivo segundo se formula por infracción de los *artículos 361, 453 y 454 del Código civil* y el supuesto de hecho en que se basa nadie lo discute; es su consecuencia jurídica la que se impugna, lo que no puede prosperar. La sentencia recurrida, como concluye en el párrafo que ha sido transcrito, resume la situación de hecho y afirma que no es un tema de accesión, sino de relaciones jurídicas entre comuneros. Parte de tres premisas: la buena fe de los que edificaron, la negación de que se dé la llamada accesión invertida que no es otra cosa que la construcción que se extralimita al invadir suelo ajeno y la consideración de que en la construcción por un grupo con condóminos en suelo propio en que no participa alguno de ellos, no cabe la situación jurídica de la accesión. Cuyas tres premisas no se combaten directamente en este motivo, sino que se parte de consideraciones distintas y aquellas premisas sí son aceptadas por esta Sala.

Los motivos tercero y cuarto plantean una cuestión común, cual es la aplicación del que denominan derecho de retención del *artículo 361 Código civil* . Más que derecho de retención, lo que contempla este artículo es una opción relativa a la accesión continua artificial en bienes inmuebles, cuando se construye (aparte del caso de siembra o plantación) en suelo ajeno; el propietario de éste, por razón del principio *superficies solo cedit* que consagra el *artículo 358* hace suya la construcción, pagando indemnización, pero tiene la opción de evitar la accesión (y tener que pagar la indemnización) exigiendo al que construyó que le pague el precio del terreno, a modo de compraventa del mismo. No es el caso de autos, de aquí que el motivo se desestime. El caso presente no es una accesión al que aplicar el *artículo 361* , sino una construcción por una serie de comuneros que eran propietarios de un inmueble arruinado y que pactaron una nueva edificación, unas cuotas y una concreción de viviendas. Esta *litis* no se resuelve por las normas de la accesión, sino por las relaciones entre comuneros, quedando fuera de este litigio la posible reclamación de lo debido por razón de aquella construcción.

Este último motivo, pues, se desestima porque no son aplicables, como dice la sentencia recurrida, las normas que se alegan como infringidas. Y al rechazarse todos los motivos, el recurso de casación decae, como la anterior, con la consiguiente condena en costas.

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de DON Gabino , contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dictó sentencia en fecha 29 de febrero de 2008 , que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se imponen las cosas causadas por ambos recursos a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos -Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Roman Garcia Varela.-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 Secretario de la misma, certifico.