

Roj: STS 350/2013
Id Cendoj: 28079110012013100034
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 629/2010
Nº de Resolución: 23/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil demandada AGROPECUARIA CORO S.A., representada ante esta Sala por la procuradora D^a Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, contra la sentencia dictada el 22 de enero de 2010 por la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, en el recurso de apelación nº 382/09 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 337/09 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cartagena, sobre acción declarativa de dominio e indemnización por accesión extralimitada. Han sido parte recurrida las demandantes D^a Patricia y D^a Sonia, representadas ante esta Sala por la procuradora D^a Silvia Albaladejo Díaz-Alabart.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de enero de 2009 se presentó demanda interpuesta por D^a Patricia y su hija D^a Sonia, esta última como heredera de D. Luis Manuel, contra la compañía mercantil AGROPECUARIA CORO S.A. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: "1º.- *Se declare que las actoras son dueñas de la superficie de terreno invadido por la demandada al extralimitarse en la construcción del edificio "Fuerteventura", sito en la ALAMEDA000 de esta ciudad de Cartagena, y ocupar el callejón de 213,30 m2, propiedad de Don Luis Manuel y de su esposa, Doña Patricia, que nunca fue objeto de permuta, existente detrás de las antiguas casas de los números NUM000 y a NUM001 de la ALAMEDA000, que se agruparon para formar el solar de la nueva construcción, así como del subsuelo existente bajo dicho callejón, y de sus vuelos, igualmente invadidos por la nueva construcción.*

2º.- *Se condene a 'AGROPECUARIA CORO, S.A.' a abonarles a mis representadas el precio de la superficie invadida, así como de su subsuelo y de sus vuelos, en la forma fijada en el informe acompañado como documento nº 6 de esta demanda, esto es:*

- 520.000 (quinientos veinte mil) euros, por los metros cuadrados de superficie del callejón.
- 190.000 (ciento noventa mil) euros, por los metros cuadrados ocupados bajo el callejón.
- Y 380.000 (trescientos ochenta mil) euros, por los metros cuadrados de edificación volada de más sobre la superficie del callejón, entre las plantas 4^a a 9^a, ambas inclusive, del nuevo edificio 'Fuerteventura'.

Y todo ello con los intereses legales de las tres cantidades desde el 27 de septiembre de 2002, incrementados en dos puntos.

3º.- *Se condene a la demandada, 'AGROPECUARIA CORO, S.A.' al pago de las costas de este juicio."*

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cartagena, dando lugar a las actuaciones nº 337/09 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con expresa imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 7 de julio de 2009 desestimando la demanda e imponiendo las costas a la parte demandante.

CUARTO.- Interpuesto por la parte demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 382/09 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, esta dictó sentencia el 22 de enero de 2010 con el siguiente fallo: "*Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a Dª Mª Carmen García - Buendía Martínez, en nombre y representación de Dña. Patricia y Dña. Sonia, contra la sentencia dictada en fecha 7 de julio de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cartagena, en los autos de Juicio nº 337/09, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS íntegramente dicha resolución y por la presente acordamos que, estimando parcialmente la demanda presentada por Dña. Patricia y Dña. Sonia contra Agropecuaria Coro S.A. debemos:*

1.- *Declarar y declaramos que Dña. Patricia y Dña. Sonia son dueñas de la superficie de terreno de 213,30 m2 que fue invadida por la demandada al extralimitarse la construcción del edificio Fuerteventura, sito en ALAMEDA000 de Cartagena.*

2.- *Condenar y condenamos a Agropecuaria Coro S.A. a que abone, en concepto de valor del suelo ocupado por la construcción, a Dña. Patricia y Dña. Sonia la cantidad de ciento cincuenta y un mil cuatrocientos treinta y nueve euros y cuarenta y ocho céntimos (151.439,48 #), más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de esta sentencia.*

3.- *No procede condenar a ninguna de las partes al pago de las costas de la primera instancia."*

QUINTO.- Anunciados por la parte demandada recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, a continuación, dicha parte los interpuso ante el propio tribunal.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, personadas ante la misma ambas partes por medio de las procuradoras mencionadas en el encabezamiento y atendido por la parte recurrente el requerimiento para que constituyera el depósito correspondiente al recurso extraordinario por infracción procesal, el 8 de febrero de 2011 se dictó auto no admitiendo el recurso extraordinario por infracción procesal y admitiendo el de casación.

SÉPTIMO.- El recurso de casación se articula en cuatro motivos: el primero por infracción del art. 348 CC y de la jurisprudencia; el segundo por infracción del art. 1471 CC y de la jurisprudencia; el tercero por infracción del art. 361 CC; y el cuarto por infracción del art. 1257 CC y de la doctrina jurisprudencial de los actos propios.

OCTAVO.- La parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso impugnando sus cuatro motivos y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida con condena en costas a la parte recurrente.

NOVENO.- Por providencia de 27 de noviembre de 2012 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 16 de enero siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Marin Castan**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación es si en un contrato de permuta quedó o no incluida una porción de terreno de 213'30 m2 que excedían de los 436'80 m2 asignados a la finca, resultante de agrupar otras dos anteriores, transmitida por permuta a la compañía mercantil demandada y hoy recurrente, que sostiene que hubo un exceso de cabida porque la finca se le transmitió como cuerpo cierto lindante con dos determinadas fases de un edificio ya construido y, además, en la escritura de adjudicación de la permuta los transmitentes de la finca nada reclamaron sobre aquella porción, pese a haber sido ocupada y construida por la demandada, sino que, muy al contrario, manifestaron que nada tenían que reclamar y que se daban por pagados de todos sus derechos derivados de la permuta.

Se da la circunstancia de que la otra parte permutante fue un matrimonio pero el marido, que en 2001 suscribió junto con su esposa la escritura de entrega en ejecución de permuta manifestando su plena conformidad, falleció en 2005, y la demanda, ejercitando acción declarativa de dominio sobre la referida superficie de terreno y pidiendo la condena de la demandada a pagarles el precio de la superficie invadida, así como del suelo y el vuelo, se interpuso en 2009 por su viuda y la única hija del matrimonio, propietaria esta, a su vez, de una nave de garaje colindante con la porción de terreno litigiosa.

La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda razonando, en esencia, que las demandantes no habían aportado el título de propiedad de su propia finca o finca matriz (registral nº NUM002

) y que, aun existiendo una diferencia entre la superficie de la finca transmitida a la mercantil demandada (436'80 m2) y la edificada por esta (655'94 m2), tal diferencia podía explicarse por *"la existencia de un exceso de cabida no registrado en la finca que fue objeto de permuta"*.

La sentencia de segunda instancia, en cambio, estimando en parte el recurso de apelación de las demandantes, las declaró dueñas de la porción de terreno litigiosa y condenó a la compañía mercantil demandada a pagarles, en concepto de valor del suelo ocupado por la construcción, la cantidad de 151.430'48 euros, inferior a lo pedido en la demanda. Su motivación, extremadamente cuidadosa, comprende una minuciosa declaración de hechos probados sobre la historia de las distintas fincas que guardan relación con el litigio y, a continuación, unos fundamentos de la estimación de la demanda que pueden resumirse así: 1) La cuestión era *"de difícil solución"* porque las partes no habían aportado la historia registral de la finca nº NUM002 sobre la que en su día se habían construido dos fases de un determinado edificio; 2) esta falta de aportación no perjudicaba solo a la parte demandante sino también a la demandada, que si hubiera presentado la historia registral de dicha finca habría podido acreditar que su superficie registral estaba totalmente construida, reforzándose así su tesis de un hipotético exceso de cabida; 3) el tribunal considera probado que los 213'30 m2 discutidos pertenecen a las demandantes por seguir formando parte de la finca registral nº NUM002, ya que la fase 1ª y 2ª del referido edificio se realizaron únicamente sobre esta finca y, sin embargo, *"no toda la finca se integró en dichas fases, sino que quedó una porción que se incorporaría a la tercera fase del EDIFICIO000"*; 4) no cabía aceptar el exceso de cabida en la finca transmitida a la demandada, *"ni siquiera como hipótesis"*, porque dado que la propiedad de todos los inmuebles correspondía en origen al matrimonio Luis Manuel Patricia, estos podían distribuir la superficie de construcción sin necesidad de utilizar toda la finca; 5) la tesis de la demandada fundada en el art. 1471 CC y en la doctrina jurisprudencial de los cuerpos ciertos no podía aceptarse porque, aun siendo cierto que en la descripción de la finca que adquirió se establecía como linderos este y sur el EDIFICIO000, 1ª y 2ª fase, sin embargo el art. 1471 CC no era aplicable a la permuta por tratarse de una norma de la compraventa relativa al precio, claramente no existente en la permuta, y por tanto excluida de la remisión prevista en el art. 1541 CC; 6) la demandada no había construido de mala fe sobre la porción discutida, porque la descripción de la finca que se le transmitió fijaba unos linderos *"ambiguos o confusos"*, justificando así que *"considerase que ese trozo de terreno se encontraba dentro de su propiedad"*; 7) además, en un proyecto de demolición del año 1977 se incluía el terreno litigioso señalando un solar resultante de 658'26 m2, *"suma casi exacta"* de las dos fincas agrupadas para transmitir las a la demandada (436'80 m2) más el trozo discutido (212'30 m2); 8) por otra parte, a la zona litigiosa se acedía *"a través de las dos fincas propiedad de cada una de las partes, hecho este que también podía generar una cierta confusión a la demandada"*; 9) por ende, el marido y padre de las demandantes no había manifestado disconformidad alguna a la demandada antes de su fallecimiento; 10) por último, *"[t]ampoco ayuda mucho el contenido de la estipulación primera de la escritura de ejecución de la permuta"*, en la que los cónyuges Luis Manuel Patricia se habían dado por pagados *"de todos sus derechos"* derivados de la permuta.

Contra la sentencia de segunda instancia recurrió únicamente la compañía mercantil demandada, mediante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, pero inadmitido en su momento el recurso por infracción procesal, solo procede resolver en este acto el de casación, articulado en cuatro motivos.

SEGUNDO .- Dada la inadmisión del recurso por infracción procesal, la decisión de esta Sala sobre los motivos de casación ha de tener como punto de partida los hechos que el tribunal sentenciador declara probados y que, para una mejor comprensión de la cuestión jurídica planteada, se transcriben íntegramente a continuación:

"1º.- El matrimonio formado por D. Luis Manuel y Dª Patricia (matrimonio Luis Manuel Patricia en adelante) eran propietarios de diversas fincas en Cartagena, y en concreto, a lo que interesa a este proceso, de las fincas registrales nº NUM002, NUM003 y NUM004 (antes NUM005), todas ellas del Registro de la Propiedad nº 2 de Cartagena.

Este extremo queda acreditado por los documentos nº 1, 2 y 3 de la demanda y los documentos nº 1 y 8 de la contestación, consistentes todos ellos en documentos privados y públicos en los que consta la propiedad del matrimonio de todas las fincas citadas, hecho por otro lado no controvertido en este proceso por los demandados.

2º.- De la finca NUM002 no consta en las actuaciones ni historia registral ni escritura pública, por lo que se desconoce la superficie total de dicha finca; no obstante, en el documento nº 8 de la contestación de la demanda, informe pericial emitido por el Arquitecto Sr. Florian, se hace constar que la superficie registral

de esta finca NUM002 , en su inscripción 20 de obra nueva y propiedad horizontal, es de 2.065,60 m2, haciéndose constar en los antecedentes haber consultado 'copia de la registral NUM002 , obra nueva'.

Se acredita este apartado por lo previsto en el documento nº 8 de la contestación demanda.

3º.- Sobre esta finca NUM002 se llevó a cabo la construcción por el matrimonio Luis Manuel Patricia de un EDIFICIO000 , construido en su fase 1ª y 2ª con entrada por la calle Pintor Balaca de Cartagena, de acuerdo con el proyecto redactado por el Arquitecto Sr. Sergio de diciembre de 1976, otorgándose escritura de división horizontal y obra nueva de fecha 6 de agosto de 1980.

Sirven para probar esta afirmación los documentos 2, 3 y 8 de la contestación de la demanda, consistentes en los planos y memoria original de dicho proyecto, así como el informe pericial elaborado por la demandada en la que se hace referencia al contenido y alcance de la construcción de las dos primeras fases. Tampoco se trata de un hecho controvertido en las actuaciones.

4º.- Tras la construcción de estas dos fases el matrimonio Luis Manuel Patricia , a los efectos que interesan en este proceso, se convirtieron en propietarios de un local comercial en el EDIFICIO000 con una superficie de 1.279,60 m2, finca número NUM006 de la propiedad horizontal, que dio lugar a la finca registral nº NUM007 . En uso de sus facultades dominicales otorgaron escritura de fecha 29 de diciembre de 1988, de constitución de renta vitalicia, por la que el matrimonio cedía a su hija Sonia el pleno dominio de dicha finca a cambio de la constitución de una renta vitalicia a su favor. Dentro de los lindes de esta finca NUM007 inscritos en el Registro de la Propiedad se señala que lindaba por la izquierda con finca de D. Luis Manuel .

La prueba de este extremo resulta de la aportación de copia, no impugnada, de dicha escritura de constitución de renta vitalicia acompañada como documento nº 1 de la demanda.

5º.- El proyecto inicial del EDIFICIO000 realizado por el Arquitecto Don. Sergio constaba de una tercera fase que no llegó a ser construida por el matrimonio Luis Manuel Patricia y que afectaba a dos fincas propiedad de dicho matrimonio que se correspondían con los números de policía NUM000 y NUM001 de la ALAMEDA000 en Cartagena y a una parte de la finca NUM002 .

Queda igualmente probado por los documentos 2, 3 y 8 de la contestación y por la testifical del propio arquitecto autor de dicho proyecto, así como indirectamente se deduce de los documentos referidos a la permuta que afectaba a las citadas fincas. No es un hecho controvertido entre las partes, con la salvedad de la afectación de una parte de la finca NUM002 , que constituye el objeto principal de este proceso.

6º.- Con fecha 2 de julio de 1990 el matrimonio Luis Manuel Patricia concertó contrato privado de opción de permuta con D. Cecilio , con relación a las dos fincas correspondientes a los números NUM000 y NUM001 de la ALAMEDA000 . Posteriormente se otorgó por el matrimonio Luis Manuel Patricia escritura pública de permuta de fecha 21 de noviembre de 1990 a favor de la mercantil Agropecuaria Coro S.A., a quien el Sr. Cecilio había cedido sus derechos sobre el contrato privado, en virtud de cual se permutaba, en los términos que más adelante se señalarán, y previa agrupación, las fincas NUM003 (correspondiente al nº NUM000) y NUM004 (correspondiente al nº NUM001 , antes finca registral nº NUM005), con una superficie cada una de ellas de 218.40 m2, formando por dicha agrupación una única finca nueva, la nº NUM008 , con una superficie total de 436,80 m2, y a los efectos de este proceso, lindando por el Sur y el Este con el EDIFICIO000 1ª y 2ª fase.

Se trata de un hecho que no ha sido discutido entre las partes y que queda absolutamente probado por los documentos (contrato privado) y 3 (escritura pública de permuta) de la demanda y el documento 1 de la contestación.

7º.- Como consecuencia de la permuta, Agropecuaria Coro S.A. se obligó, a los efectos que interesan en este proceso, frente al matrimonio Luis Manuel Patricia a:

a.- Entregar al matrimonio Luis Manuel Patricia la totalidad de las viviendas de las plantas 1ª, 2ª y 3ª sin contar la baja ni el sótano del nuevo edificio que se construyese sobre el solar resultante de la demolición del edificio (estipulación 2ª).

b.- Concluir por cuenta y riesgo de la mercantil, la obra pendiente de realización en el sótano y nave del EDIFICIO000 , fases 1ª y 2ª, quedando dicha obra en propiedad del matrimonio citado (estipulación 4ª).

La existencia de estas obligaciones no es objeto de controversia dado que las mismas quedan fijadas de forma expresa en los documentos 2 y 3 de la demanda y en el 1 de la contestación. La discusión entre las partes se centra en la obligación b) al entender la apelante que implicaba una serie de obras por las

que tenía que recibir 20 plazas de garaje, 10 en superficie y otras 10 en planta sótano, mientras que por la apelada se considera que únicamente se obligaba a derribar los muros existentes y comunicar los sótanos del aparcamiento de las tres fases en función de una servidumbre de paso a favor de la fase 3ª y para que todas las fases tuviesen salida por la calle Pintor Balaca.

8º.- Por Agropecuaria Coro S.A. se procedió al derribo de las edificaciones existentes agrupadas en la finca NUM008 , lo que se llevó a cabo siguiendo el proyecto del Arquitecto Don. Sergio , de enero de 1992 del que resultaba una superficie de 658,24 m2, superior a la superficie registral de dicha finca.

Se aportó como documento nº 9 de la contestación el proyecto de demolición al que se hace referencia.

9º.- Antes de dicho derribo, entre las edificaciones ya construidas de la finca NUM002 , en concreto la nave de garaje existente y que se convirtió en la finca NUM007 , y la finca NUM008 adquirida por permuta por la mercantil demandada y apelada, existía un trozo de terreno de forma rectangular, limitado en todos sus extremos por paredes, con una superficie de 213,30 m2, y al que tenían acceso tanto desde los locales comerciales existentes en las fincas con número de policía NUM000 y NUM001 de la ALAMEDA000 (finca NUM008) como desde la nave de garaje propiedad de la Sra. Sonia , a través de sendas puertas abiertas en los muros. Los vecinos de los edificios nº NUM000 y NUM001 no tenían acceso a dicha zona no edificada.

No se discute por las partes la existencia de este trozo de terreno, con independencia de que las actoras lo califiquen como callejón y la demandada como patio de los edificios NUM000 y NUM001 de ALAMEDA000 , viniendo a constituir la propiedad de este trozo de terreno la base central de la discusión en este proceso. El terreno, no la adscripción a una u otra finca, está acreditada su existencia tanto por el informe pericial acompañado como documento nº 6 de la demanda, como por el informe pericial aportado como documento nº 8 de la contestación, los planos del proyecto original de 1977, acompañados a los documentos 2 y 3, por las fotografías aportadas, tanto las incluidas en el documento nº 6 (que acreditan la existencia de una puerta de acceso desde la nave de garaje al terreno litigioso) como por las aportadas como documento nº 10 de la contestación, en las que se refleja la existencia del terreno así como la existencia de acceso desde los locales comerciales de las fincas NUM000 y NUM001 de ALAMEDA000 , antes de su derribo.

10º.- Por Agropecuaria Coro se procedió a la construcción sobre el solar de su propiedad obtenido por permuta, un edificio, denominado Fuerteventura, en virtud de proyecto realizado por el Arquitecto Don. Florian , para la construcción de 27 viviendas, locales comerciales y garaje. Dicho proyecto se realizó ocupando una superficie de 665,88 m2, lo que implica que se construyó, en los locales comerciales, hasta el límite con la finca NUM007 , propiedad de la Sra. Sonia , ocupándose por tanto con dicha construcción la superficie de terreno de 213,30 m2 a la que se ha hecho referencia en el punto anterior.

Ambas partes no han formulado contradicción sobre extremo, resultando evidente la ocupación de los 213,30 m2, no sólo por el informe pericial aportado por la actora con su demanda, sino también por los documentos 8 (informe del Arquitecto Sr. Florian), 9 (proyecto de demolición) y 11 (informe geográfico) de la contestación, siendo especialmente clarificadoras en este sentido las fotografías unidas a este último informe. Igualmente no se discute que existe una diferencia de metros cuadrados entre la superficie registral de la finca NUM008 , con la finalmente inscrita tras la construcción del edificio.

11º.- Terminado el edificio Fuerteventura, por Agropecuaria Coro, en cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de permuta, procedió a entregar al matrimonio Luis Manuel Patricia , la propiedad de los pisos de las plantas 1ª, 2ª y 3ª del nuevo edificio, lo que tuvo lugar por escritura de adjudicación o entrega en ejecución de permuta de fecha 17 de diciembre de 2001. En la estipulación 1ª de dicha escritura el matrimonio Luis Manuel Patricia declaró '...que aceptan a su plena satisfacción, manifestando que nada tienen que reclamar y que se dan por pagados de todos sus derechos derivados de la ya mencionada escritura de permuta'.

La entrega de los pisos no es un hecho discutido en este proceso, totalmente acreditado por los documentos 5 de la demanda y 6 de la contestación, centrándose la discusión en la interpretación de la cláusula transcrita."

TERCERO .- Como resulta de poner en relación los hechos probados con la respectiva motivación de las sentencias de ambas instancias, el problema litigioso se reduce, en verdad, a si en la escritura de permuta de 21 de noviembre de 1990 el objeto transmitido a la hoy demandada-recurrente, es decir la finca registral nº NUM008 resultante de agrupar la nº NUM003 y la nº NUM004 , debe quedar identificado estrictamente por su superficie de 436'80 m2, tesis de las demandantes que consideran invadida la finca de su

propiedad, es decir la nº NUM002 , aceptada por la sentencia recurrida, o por el contrario deben prevalecer los linderos al haberse transmitido como cuerpo cierto y, más concretamente, por haberse determinado que lindaba por el sur y el este con el EDIFICIO000 , 1ª y 2ª fase, es decir, con superficie ya construida de la finca nº NUM002 , de manera que entre esta y lo transmitido a la recurrente no podría encontrarse ninguna superficie sin construir ni, por tanto, los 213'30 m2 litigiosos, tesis de la recurrente que fue estimada por la sentencia de primera instancia.

Sobre este problema litigioso versan los cuatro motivos del recurso que, pese a sus distintas perspectivas, deben ser examinados conjuntamente por su estrecha relación entre sí.

El *motivo primero* , fundado en infracción del art. 348 CC y de la doctrina jurisprudencial que para el éxito de la acción reivindicatoria exige la acreditación de su título de dominio por el demandante, alega, en esencia, que las actoras no aportaron el título de propiedad de la finca nº NUM002 ni su inscripción registral ni la más mínima justificación de la propiedad de la porción litigiosa, mientras que, en cambio, la demandada hoy recurrente sí ha aportado su título de dominio, la escritura pública que describe los linderos de la finca que adquirió, una certificación registral en la que constan inscritos 630 m2 en vez de 436'80 m2 y, en fin, un informe pericial identificando la finca poseída por la hoy recurrente con la que se le transmitió por permuta. En suma, la sentencia impugnada habría suplido *"la absoluta falta de actividad probatoria de las actoras"* , pues de haber quedado algún resto no construido en la finca nº NUM002 sin duda habrían aportado la certificación registral correspondiente, a lo que se une que la declaración de obra nueva de las fases 1ª y 2ª del EDIFICIO000 ocupó toda la superficie de la finca nº NUM002 .

El *motivo segundo* , fundado en infracción del art. 1471 CC y de la *"doctrina jurisprudencial de los cuerpos ciertos"* , alega que la permuta sí tuvo un precio fijado por los contratantes, 30 millones de ptas., que no se permutó un solar por otro sino un solar por viviendas a construir, que el art. 1471 CC es aplicable por analogía a toda transmisión onerosa de bienes inmuebles y, en definitiva, que *"se pactó, evidentemente, un intercambio de 'cuerpos ciertos' al que le es plenamente aplicable el art. 1471 y la doctrina de los cuerpos ciertos"* .

El *motivo tercero* , fundado en infracción del art. 361 CC , alega en esencia que, dado el conjunto de pactos de la permuta y los distintos proyectos de edificación, la hoy recurrente venía obligada a construir sobre la totalidad del solar de 658'24 m2, *"fuera cual fuera el origen de los 213 m2 litigiosos"* , ya que de otra forma no podría darse cumplimiento a la servidumbre de paso entre el edificio *Fuenteventura* y el EDIFICIO000 y, además, las viviendas entregadas al matrimonio Luis Manuel Patricia habrían sido bastante más pequeñas, a lo que se une, de un lado, que dichos cónyuges vivían en la primera fase del edificio y por tanto la construcción por la hoy recurrente se hizo *"a su vista, ciencia y paciencia"* , sin que hicieran reclamación alguna, y, de otro, que no tenía sentido alguno dejar un *"callejón interior e inaccesible de 213 m2 vacío o sin construir"* .

Finalmente el *motivo cuarto* , fundado en infracción del art. 1257 CC y de la doctrina jurisprudencial de los actos propios, alega que en la escritura de adjudicación de permuta de 17 de diciembre de 2001 los cónyuges Luis Manuel Patricia manifestaron no tener nada que reclamar y darse por pagados de todos sus derechos derivados de la permuta, por lo que, una vez fallecido el esposo, no cabía la reclamación planteada por la esposa, vinculada a ese acto propio, y la hija de ambos.

CUARTO .- De los cuatro motivos del recurso han de ser estimados el primero, el segundo y el cuarto, siendo innecesario pronunciarse sobre el tercero al estar orientado a impugnar la indemnización por accesión extralimitada, por las siguientes razones:

1ª) En la doctrina jurisprudencial sobre la acción reivindicatoria es una constante la exigencia al demandante de su título de dominio (SSTS 15-12-05 , 15-2-00 , 25-6-98 y 31-1-76 entre otras muchas), hasta el punto de que alguna sentencia considera innecesario que el demandado pruebe su dominio sobre la finca reivindicada, para desestimar la demanda, cuando el demandante no haya acreditado el suyo (SSTS 13-2-06 y 19-2-71).

2ª) Aunque la jurisprudencia considera en general que el título de dominio y la identificación de la finca reivindicada son cuestiones de hecho (SSTS 16-10-98 , 27-1-95 , 10-10-91 y 9-7-91), en el presente caso el motivo primero plantea una cuestión que no es de valoración de la prueba ni de carga de la prueba sino, por el contrario, estrictamente jurídica en cuanto referida a los propios requisitos de la acción reivindicatoria: a saber, si aportada por el demandado una certificación registral de la superficie y linderos de su finca, coincidiendo los linderos con los de la escritura de permuta, puede el demandante, pese a versar la controversia sobre una porción de terreno que alega no haber transmitido, prescindir de la aportación de la correspondiente historia registral que habría facilitado aclarar la cuestión.

3ª) Precisamente en virtud de la jurisprudencia reseñada en la razón 1ª) la respuesta tiene que ser negativa, y por eso la sentencia impugnada, al entender que la omisión de la parte demandante podría haber sido suplida por la parte demandada, ha infringido el art. 348 CC en relación con la jurisprudencia de esta Sala sobre el título de dominio del demandante en la acción reivindicatoria.

4ª) Tampoco se ajusta a la jurisprudencia de esta Sala el argumento de la sentencia recurrida, tal vez la verdadera razón causal de su fallo, sobre la improcedencia de aplicar el art. 1471 CC y la doctrina de la transmisión de una finca como cuerpo cierto al contrato de permuta. Antes bien, lejos de ser dicha improcedencia una opinión doctrinal unánime ni de constituir jurisprudencia de esta Sala, como afirma la sentencia recurrida, la sentencia nº 517/2009, de 30 de junio, rechaza aplicar los arts. 1464 y 1470 CC a un contrato de permuta precisamente porque "el inmueble objeto del proceso se determinó como cuerpo cierto y se fijó no un precio sino una cosa a cambio". En realidad, cuando la jurisprudencia interpreta el art. 1541 CC restringiendo la aplicabilidad del régimen de la compraventa a la permuta lo hace en relación con las normas de la compraventa más estrechamente relacionadas con el pago del precio, especialmente con el art. 1504 CC en cuanto supedita la resolución por falta de pago a un requerimiento judicial o notarial (SSTS 765/2011, de 20 de octubre, y 818/1995, de 31 de julio). Y lo mismo sucede con la sentencia 274/1999, de 30 de abril, especialmente invocada por la sentencia recurrida, porque lo que en tal caso se discutió fue el incumplimiento de la parte que transmitía el solar por no ser verdadera propietaria de toda la finca que transmitía. En el presente caso, por el contrario, lo que se discute no es la contraprestación por la transmisión del solar sino si la porción del terreno litigioso formaba parte o no del solar transmitido y como tal entregado a la parte demandada para construir, y sobre esta concreta cuestión no se aprecia obstáculo alguno para aplicar a la permuta, por remisión del art. 1541 CC, su art. 1471, porque aun cuando esta norma ciertamente se refiere en su párrafo primero al precio, también se refiere, en su párrafo segundo, a la entrega de la finca, y más especialmente para imponer los linderos sobre la cabida en la obligación de entrega del vendedor. En definitiva, no hay ninguna razón para rechazar la aplicación de la doctrina del cuerpo cierto a un contrato de permuta cuando existe conformidad entre las partes sobre la identidad del solar transmitido aunque su superficie real exceda de la asignada en el contrato pero coincida, como en este caso, con los linderos descritos en el propio contrato.

5ª) Que eso fue lo sucedido en el presente caso, es decir que el solar edificado por la hoy recurrente fue el mismo que se le transmitió, lo corroboró la escritura pública "*de adjudicación o entrega en ejecución de permuta*" en la que los cónyuges D. Luis Manuel y Dª Patricia manifestaron el 10 de enero de 2007, es decir doce años después de la permuta y ante notario, "*su plena satisfacción, manifestando que nada tiene que reclamar y que se dan por pagados de todos sus derechos derivados de la ya mencionada escritura de permuta*". Si la sentencia recurrida, en vez de considerar que esta declaración "*tampoco ayuda mucho*" para resolver el conflicto, la hubiera puesto en relación con el art. 1471 CC y con la jurisprudencia sobre los actos propios, habría superado fácilmente las dudas generadas por los elementos ambiguos que la propia sentencia declara detectar en este caso, porque según la jurisprudencia la doctrina de los actos propios impone "un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia" (SSTS 26-5-09, 12-3-08, 21-4-06 y 10-5-04 entre otras muchas), y no cabe mayor incoherencia que manifestar una conformidad plena con la ejecución de la permuta, incluida necesariamente la superficie construida por la hoy recurrente, dada la extrema facilidad de su comprobación, para siete años más tarde, y después de fallecido uno de los cónyuges permutantes que había manifestado su conformidad, presentar una demanda fundada en la indebida edificación de una porción de terreno alegando que esta no se había incluido en la permuta de diecinueve años antes, pidiendo una cantidad de dinero que, materialmente, equivale a un doble pago por la parte recurrente y, en fin, haciendo un planteamiento incompatible con todas las soluciones arquitectónicas contempladas en distintos momentos y conocidas por ambas partes.

QUINTO .- La estimación de tres de los cuatro motivos del recurso determina, conforme al art. 487.2 LEC, la casación total de la sentencia impugnada para en su lugar, conforme a todo lo razonado hasta ahora, confirmar el fallo de la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas por ajustarse a lo dispuesto en el art. 394.1 LEC.

SEXTO .- Las costas de la segunda instancia deben imponerse a la parte demandante, conforme al art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la LEC, porque su recurso de apelación tenía que haber sido totalmente desestimado.

SÉPTIMO .- Conforme a esos mismos artículos las costas del recurso de casación no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes.

OCTAVO .- Conforme al apdo. 8 de la D. Adicional 15ª LOPJ , debe devolverse a la parte recurrente el depósito constituido.

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

FALLAMOS

1º.- **ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la compañía mercantil demandada AGROPECUARIA CORO S.A. contra la sentencia dictada el 22 de enero de 2010 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, en el recurso de apelación nº 381/09 .

2º.- **CASAR TOTALMENTE** la sentencia recurrida.

3º.- En su lugar, confirmar el fallo de la sentencia de primera instancia totalmente desestimatorio de la demanda, incluido su pronunciamiento sobre costas.

4º.- Imponer a las demandantes Dª Patricia y Dª Sonia las costas causadas por su recurso de apelación.

5º.- No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

6º.- Y devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y 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 .-**Francisco Marin Castan**.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-FIRAMDA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Marin Castan**, 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.