



Roj: **STS 3532/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3532**

Id Cendoj: **28079110012017100517**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2017**

Nº de Recurso: **846/2015**

Nº de Resolución: **541/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 4 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por El Ayuntamiento de Felanitx, representado por el procurador D. Manuel de Benito Oteo bajo la dirección letrada de D. Edmundo Angulo Rodríguez, contra la sentencia dictada el 28 de enero de 2015 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el recurso de apelación n.º 493/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 54/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Manacor, sobre acción reivindicatoria. Ha sido parte recurrida la mercantil Inversions i Planificacions Sa Mola S.L., representados por la procuradora D.ª Consuelo Rodríguez Chacón y bajo la dirección letrada de D.ª Catalina Riera Planisi.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia*

1.- El Ayuntamiento de Felanitx, interpuso demanda de juicio ordinario contra la empresa Inversions y Planificacions Sa Mola S.L. en la que solicitaba se dictara sentencia

«[D]eclarando que pertenece al Ayuntamiento de Felanitx, la propiedad de las fincas registrales n.º 44.067 y 44.069, descritas en la certificación acompañada a la demanda como documento n.º 2, ordenándose al Registro de la Propiedad a inscribirlas a nombre del Ayuntamiento demandante, condenando a la entidad demandada a estar y a pasar por estas declaraciones y al pago de las costas».

2.- La demanda fue presentada el 28 de enero de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Manacor y fue registrada con el n.º 54/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada..

3.- Inversions y Planificacions Sa Mola S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia absolviéndola de las pretensiones de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Manacor dictó sentencia de fecha 1 de septiembre de 2014 , con el siguiente fallo:

«Estimo la demanda interpuesta por el Ayuntamiento de Felanitx contra Inversions i Planificacions Sa Mola S.L., declarando que las fincas núms. 44.067 y 44.069, inscritas en el Registro de la Propiedad de Felanitx, al Tomo 3.963, Libro 726 de Felanitx, Folios 192 y 197, respectivamente, son titularidad del Ayuntamiento de Felanitx, procediendo a la Inscripción de su domicilio y la cancelación de las inscripciones contradictorias con el mismo.

»No se efectúa expresa imposición de costas».

### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*



1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del Ayuntamiento de Felanitx.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 493/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de enero de 2015, cuyo fallo dispone:

«1.º- Se estima el recurso de apelación interpuesto por el procurador doña María Mascaró Galmés en nombre y representación de Inversions i Planificacions SL. contra la sentencia de 1 de septiembre de 2014 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Manacor en los autos de juicio ordinario de que deriva el presente rollo y en consecuencia, se revoca la expresada resolución.

»2.º- Se desestima la demanda interpuesta por el procurador don Antonio Sastre Gornals en nombre y representación del Ayuntamiento de Felanitx contra Inversions i Planificacions SA Mola SL, a quien se absuelve de los pedimentos formulados en su contra.

»3.º- Se imponen a la parte actora las costas de la primera instancia.

»4.º- No se hace expresa imposición de las costas de esta alzada».

**TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El Ayuntamiento de Felanitx, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero: Al amparo del número 4.º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en cuanto este precepto constitucional reconoce el derecho a la intangibilidad de la eficacia prejudicial de las resoluciones judiciales precedentes, de manera que unos mismos hechos no puedan existir y dejar de existir para dos órganos jurisdiccionales distintos.

»Segundo: Al amparo del número 4.º artículo 469. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, por valoración irracional e ilógica de la prueba documental pública que se dirá en infracción manifiesta del artículo 319. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero: Al amparo de los apartados 1, 2.3 .º y 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 609 y 1095 del Código Civil con oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sentada en las sentencias de su sala primera de 7 de septiembre de 2007, recurso 3150/2000, 13 de mayo de 2013, recurso 280/2011, y 19 de junio de 2014, recurso 1115/2012, para que se fije como jurisprudencia que la ausencia de tradición mediante escritura pública no excluye la adquisición del dominio cuando quien cuenta con título adquisitivo es también poseedor efectivo y real, como lo era el Ayuntamiento de Felanitx en el momento en que tuvo lugar la cesión del remate a favor de Inversions i Planificacions Sa Mola S.L.

»Segundo: Al amparo de los apartados 1, 2.3 .º y 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sentada en las sentencias de su sala primera de 11 de octubre de 2006, rec. 4490/1999, 11 de diciembre de 2012, rec. 1028/2010, y 12 de enero de 2015, rec. 9677/2012, a fin de que se fije como jurisprudencia que los deberes de cesión basados en la legalidad urbanística, cuando existe constancia registral de ellos, excluyen la buena fe del tercero adquirente y, con ello, la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por no haber levantado aquél la carga de diligencia básica que la buena fe impone».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 10 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal del Ayuntamiento de Felanitx contra la sentencia dictada con fecha 28 de enero de 2015 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (sección tercera), en el rollo de apelación n.º 493/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 54/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Manacor».



3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 13 de julio de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 26 de septiembre de 2017 en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre una acción de dominio ejercitada por un Ayuntamiento para que se declare que son de su propiedad dos fincas y que se ordene la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad. Las fincas estaban comprendidas en la cesión de terrenos con destino a zona verde, vial, aparcamientos y ensanchamiento de una avenida a que se comprometió el constructor que obtuvo una licencia para edificar en **1988**. La acción se ejercita frente a quien se adjudicó las fincas en 1996 en un proceso de ejecución judicial e inscribió en el Registro de la Propiedad.

En el caso es relevante que, con anterioridad al actual proceso, ha habido otros dos referidos a las mismas fincas. En primer lugar, en la vía civil, el Ayuntamiento ahora demandante obtuvo en 1996 sentencia de condena al constructor a otorgar la escritura pública de cesión de los terrenos, pero la sentencia no llegó a ejecutarse. En segundo lugar, en la vía contencioso administrativa, una sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 2011 declaró la nulidad de un acuerdo del jurado de expropiación que fijó el justiprecio de las fincas a instancias de la ahora demandada. La sala tercera consideró que no procedía fijar el justiprecio porque la adjudicataria de las fincas se subrogó en los deberes urbanísticos y no estaba protegida por el art. 34 LH.

1.- Son antecedentes necesarios para la resolución del presente recurso, tal y como resulta de los hechos acreditados en la instancia, los siguientes.

1.º- Mediante escrito de 12 de abril de **1988**, por el que solicitaba la oportuna concesión de la licencia de obras, D. Emiliano, en representación de las entidades Construcciones Miguel Sánchez S.A. y Sur Cala d' Or S.A., manifestaba la intención de ceder, aparte de Zonas Verdes, Viales y Aparcamientos que se citaban en el Anexo de la Memoria, los locales edificadas en el edificio 8 y enumerados por 31, 32 y 33, así como el chalet existente en la Zona Verde del Plan General situada en el Sur de los terrenos en el estado en que se halla.

2.º- Vistos el proyecto y la solicitud, el Ayuntamiento de Felanitx, por acuerdo de la Comisión de Gobierno de fecha 10 de junio de **1988**, concedió licencia para construir nueve edificios aislados de locales y viviendas y una piscina en la parcela sita en la calle Sant Marçal de Porto Colom, con las siguientes condiciones:

1.ª- La franja de zona verde de 30 metros de ancho que se sitúa en el frente marítimo de la parcela y que conecta con la Zona Verde fijada por el Plan General, así como la edificación unifamiliar aislada, deberán cederse para uso público, teniendo la consideración de inedificables. La ejecución y el mantenimiento de esas zonas verdes y el paso peatonal perimetral, de uso público, correrán a cargo de los promotores.

2.ª- Simultáneamente a la presentación del Proyecto de Ejecución de la obra que preceptivamente se deberá presentar, deberá acompañarse Proyecto de Ejecución de las obras necesarias para cumplimentar las cesiones establecidas por los promotores en sus escritos de fecha 12 de abril de **1988**, RGE 1141. Así como también se entregará un aval justificando suficientemente a criterio de este Ayuntamiento que garantice el desarrollo de dichas obras.

3.ª- Paralelamente se formalizará la entrega de las zonas señaladas por los promotores como la cesión a este Ayuntamiento, mediante las fórmulas que oportunamente dicte la Comisión de Gobierno, así como de los locales ofrecidos en su escrito de fecha 12 de abril de **1988**, RGE n.º 1141.

3.º- El 6 de junio de **1988**, D. Emiliano presenta escrito comprometiéndose a entregar al Ayuntamiento, con anterioridad a la terminación y puesta en servicio de las edificaciones, las superficies que se obligaba a ceder en el escrito de solicitud de licencia.

4.º- El 23 de septiembre de 1994 el Ayuntamiento de Felanitx interpuso contra D. Emiliano, D. Lucas, Construcciones Miguel Sánchez S.A., Sur Cala d' Or S.A. y Jardins del Rey S.A., demanda de juicio declarativo de menor cuantía en solicitud de que se dictara sentencia condenando a los demandados a otorgar las escrituras públicas de cesión de los viales, zonas verdes, aparcamientos y de los locales n.º 31, 32 y 33 de la Urbanización Jardins del Rey.

Dicha demanda dio lugar a los autos 281/1994 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Manacor, en los que recayó sentencia en fecha 14 de marzo de 1996 que, estimando la demanda respecto de



Jardins del Rey S.A., condenaba a otorgar escritura pública a dicha entidad, por ser la propietaria de la parcela. Razonó el Juzgado que en la inscripción de la obra nueva a favor de Jardins del Rey figuraba una anotación marginal en la que se señalaba que la concesión de la licencia de obras estaba sujeta a las condiciones establecidas en la misma así como que la licencia de obras fue cedida y traspasada a Jardins del Rey, quien asumió las obligaciones contenidas en la misma.

Dicha resolución, apelada por los codemandados absueltos por no hacer expresa condena en costas, fue confirmada por la dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de 28 de abril de 1998.

5.º- En los autos de juicio ejecutivo 541/1993 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Manacor, promovidos por Cristalería Llevant S.L. contra Jardins del Rey S.A., se sacaron a subasta las fincas 44.069 y 44.067 en fecha 22 de enero de 1996. Se aprueba el remate a favor de la entidad actora, que se adjudicó las fincas por 500.000 pts. y 2.700.000 pts. respectivamente. En fecha 29 de enero de 1996, Cristalería Llevant S.L. cedió el remate a Inversions i Planificacions Sa Mola S.L. y el 28 de marzo de 1996 se dictó auto de adjudicación de las referidas fincas a favor de esta última. El auto se inscribió en el Registro de la Propiedad el 10 de mayo de 1996.

6.º- El 2 de julio de 1996, Inversions i Planificacions Sa Mola S.L. instó la expropiación de dichos terrenos. El 31 de mayo de 2000 se dictó acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa que fijaba el justo precio de los bienes expropiados en la suma de 120.971,654 pesetas.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el mismo por parte de Inversions i Planificacions Sa Mola S.L. y por el Ayuntamiento de Felanitx, en fecha 27 de septiembre de 2006 la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears dictó sentencia por la que se desestimaba el recurso interpuesto por Inversions i Planificacions Sa Mola S.L., y se estimaba el formulado por el Ayuntamiento de Felanitx, anulando la resolución dictada el 31 de mayo de 2000 por el Jurado Provincial de Expropiación, por considerar que la entidad hoy apelante no es propietaria de los bienes que dicho órgano justipreció en la cantidad de 120.971,654 pesetas.

Interpuesto contra la expresada resolución recurso de casación, en fecha 25 de febrero de 2011 la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia por la que casó y dejó sin efecto la sentencia recurrida por falta de motivación. Resolviendo la Litis en los términos en los que aparecía planteado el debate, la sentencia estimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Felanitx contra el acuerdo del Jurado de expropiación, anulándolo por no ser conforme a derecho y desestimó el recurso interpuesto por Inversions i Planificacions Sa Mola S.L.

2.- El 28 de enero de 2014 el Ayuntamiento de Felanitx interpuso demanda de juicio ordinario, origen de los autos de que deriva el presente recurso, contra Inversions i Planificacions Sa Mola S.L., en solicitud de que se dicte sentencia por la que se declare que pertenece al Ayuntamiento la propiedad de las fincas registrales n.º 44.067 y 44.069 y se ordene la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad.

Inversions i Planificacions S.L. se opuso a las pretensiones articuladas en su contra, alegando que el Ayuntamiento demandante no había adquirido la titularidad de las fincas litigiosas, al no haber existido tradición. Alegó que, por el contrario, ella se adjudicó dichas fincas en pública subasta, celebrada en el juicio ejecutivo 541/1993 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Manacor, a instancias de la entidad Cristalerías Llevant S.L. contra Jardins del Rey S.A., de buena fe y bajo la protección del artículo 34 LH.

3.- En fecha 1 de septiembre de 2014 el Juzgado dictó sentencia por la que se estimaba la demanda y declaraba que las fincas 44.067 y 44.069 son titularidad del Ayuntamiento de Felanitx, por lo que procedía la inscripción de su dominio y la cancelación de las inscripciones contradictorias con el mismo.

En síntesis, la decisión del Juzgado se basó en las siguientes razones.

En primer lugar, entiende el Juzgado que, en el caso, el Ayuntamiento adquirió la propiedad de las fincas litigiosas por aplicación de la teoría del título y el modo: el título lo constituyó la licencia de obras de 10 de junio de 1988, que estaba sujeta a las condiciones establecidas en la misma, en concreto la cesión de viales, zonas verdes aparcamientos y locales y tal licencia, según la sentencia de la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, ganó firmeza al no ser impugnada en su momento; el modo fue la toma de posesión de tales espacios por el propio Ayuntamiento (que se considera acreditada por la construcción de los inmuebles, la inscripción de la obra nueva en el Registro de la Propiedad, por el hecho de que la demandada presentara poco después de dictarse a su favor el auto de adjudicación de los inmuebles un escrito dirigido al Ayuntamiento para la determinación del justiprecio, revelador del conocimiento de la ocupación por el Ayuntamiento y por el dato de que la Audiencia Provincial de Baleares constatará en auto de 21 de octubre de 1998 la ocupación de los locales por el Ayuntamiento, doc. 9 de la demanda).





En segundo lugar, declarada la propiedad de las fincas del Ayuntamiento, el Juzgado descarta que la demandada quedara amparada por el art. 34 LH cuando se le adjudicaron los inmuebles en subasta pública el 28 de marzo de 1996 (doc. 5 de la contestación). Ello por dos razones. En primer lugar, con cita de la sentencia de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, la sentencia del Juzgado recuerda la doctrina jurisprudencial que señala que la protección del art. 34 LH no alcanza a las limitaciones y deberes instituidos en la Ley del suelo o impuestos en actos de ejecución de sus preceptos. Añade, en segundo lugar, que, aunque se hubiera tratado de una limitación voluntaria, la sentencia del Juzgado n.º 3 de Manacor que condenó a Jardins del Rey a otorgar escritura pública a favor del Ayuntamiento declaró que en la inscripción de la obra nueva en la finca matriz a favor de Jardín del Rey S.A. figura una anotación marginal en la que se señala que la concesión de la licencia de obras está sujeta a las condiciones establecidas en la misma y, además, poco después de la adjudicación, la demandada presentó el escrito al Ayuntamiento, revelador del conocimiento de la ocupación de los terrenos por el propio Ayuntamiento.

**4.- Inversions i Planificacions Sa Mola S.L.** interpuso recurso de apelación. El Ayuntamiento se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. La Audiencia lo estima, revoca la sentencia del Juzgado y desestima la demanda interpuesta por el Ayuntamiento de Felanitx. Impone a la actora las costas de primera instancia y no hace expresa imposición de las costas para recurrir. La decisión de la Audiencia se basa en dos tipos de razonamientos, uno acerca de la adquisición de la propiedad de las fincas litigiosas por parte del Ayuntamiento demandante y otro acerca de la tutela de la demandada apelante por el art. 34 LH.

A) Por lo que se refiere a la adquisición de la propiedad de las fincas litigiosas por parte del Ayuntamiento, dice la Audiencia:

« Es cierto que en fecha 14 de marzo de 1996 el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Manacor dictó sentencia que condenaba a Jardins del Rey S.A. a otorgar escritura pública de cesión de los viales, zonas verdes y aparcamientos y de los locales 31, 32 y 33 de la Urbanización Jardins del Rey a favor del Ayuntamiento de Felanitx, en cumplimiento de lo dispuesto en la licencia de obras; pero también lo es:

».- Se trata de una sentencia de condena de una obligación de hacer: otorgar las escrituras públicas de cesión de bienes.

».- En los autos de juicio declarativo de menor cuantía 281/1994, en que recayó aquella sentencia, Inversions i Planificacions Sa Mola S.L. no fue parte.

».- Dispone el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos.

».- Las sentencias de las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Illes Balears y del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2006 y 25 de febrero de 2011, se pronunciaron sobre la propiedad de las fincas a que se contrae el presente litigio, como cuestión prejudicial, ya que la cuestión relativa a la propiedad está reservada al orden civil.

».- En nuestro Derecho la propiedad de la cosa vendida no se transmite por la mera perfección del contrato, si no es seguida de la tradición, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 609 del Código Civil, sólo la conjunción de los dos elementos, el título y el modo de adquirir, determina la transmisión de la propiedad.

»Dispone el artículo 1462 del Código Civil que se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador.

»Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujera claramente lo contrario.

»No consta en autos un acto formal de entrega de la finca litigiosa, que es precisamente a lo que se condenó a Jardins del Rey en la sentencia de 14 de marzo de 1996, y que una vez firme, no fue objeto de ejecución.

»Ello se debió a que en aquel momento la entidad hoy demandada ya se había adjudicado dichas fincas por auto de 28 de marzo de 1996 en ejecución de sentencia recaída en el juicio ejecutivo instado por Cristalería Llevant S.L. contra Jardins del Rey S.A.

»Es cierto que este mismo Tribunal en fecha 21 de octubre de 1998 dictó auto, confirmando el de instancia, que acordaba no haber lugar a la entrega a La Caixa, de las fincas litigiosas, en el procedimiento del art. 131 LH, al estimar que el Ayuntamiento de Felanitx no podía ser despojado de las mismas sin ser oído y vencido en un procedimiento contradictorio, con igualdad de armas entre las partes y con todas las garantías procesales.



Pero dicho auto recayó en un procedimiento en que no era parte Inversiones i Planificacions Sa Mola S.L., basado únicamente en la sentencia de 14 de marzo de 1996 , ya firme en aquel momento».

B) Por lo que se refiere a la tutela de la demandada apelante por el art. 34 LH , dice la Audiencia:

«En el supuesto hoy enjuiciado y según se desprende de la sentencia de 14 de marzo de 1996 , en la inscripción de la obra nueva a favor de la entidad Jardins del Rey S.A. figura una anotación marginal en la que se señala que la concesión de la licencia de obras está sujeta a las condiciones establecidas en la misma, concedida en fecha 10 de junio de **1988**.

»Las fincas registrales n.º 44.069 y 44.067, objeto del presente litigio, no forman parte de la obra nueva ejecutada por Jardins del Rey S.A. y en su historial registral -documental de los folios 31 y siguientes- no consta la anotación anteriormente indicada.

»Como señala la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, el auto judicial por el que adjudicó la parte apelante la propiedad de los bienes justipreciados en la resolución del Juzgado es de fecha 28 de marzo de 1996, y poco tiempo después, el 2 de julio siguiente, ya presentó un escrito en el Ayuntamiento en el que advierte de la intención de iniciar expediente de determinación de justiprecio de dichos bienes, revelador del conocimiento de la ocupación de los mismos por la Administración municipal; escrito que al no ser contestado en el plazo de dos años, justo cumplidos los dos años, dio lugar a la presentación de un nuevo escrito al que se adjuntó la hoja de aprecio, la cual al no ser objeto de respuesta en el plazo de tres meses, determinó a la recurrente a instar del Jurado Provincial de Expropiación, el 5 de octubre de 1998, la fijación del justiprecio".

»Este Tribunal estima que éste único dato, es insuficiente para destruir la presunción de buena fe de la entidad hoy apelante, en el sentido de desconocer, al momento en que se adjudicó las fincas litigiosas, la cesión operada con anterioridad a favor del Ayuntamiento de Felanitx.

»Señalar, por último, que según refiere el Ayuntamiento de Felanitx al folio 138, en el momento de la concesión de la licencia, el 10 de junio de **1988**, el sector del Polígono 9 clasificado como Reserva Urbana en el PGO-1969, no contaba con Plan parcial aprobado ni en tramitación, por lo que no existía ningún proyecto de compensación o de parcelación aprobado o en tramitación».

**5.-** El Ayuntamiento de Felanitx interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. Solicita que, al estimar el primer recurso, se anule la sentencia y se dicte otra en la que, estimando el recurso de casación, se desestime el recurso de apelación interpuesto en su día por la demandada y se confirme la sentencia de primera instancia estimatoria de la demanda interpuesta por el Ayuntamiento, con condena a la demandada de las costas de las instancias.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

##### **SEGUNDO.-** *Primer motivo.*

1.- El primer motivo denuncia violación del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 CE en cuanto este precepto reconoce el derecho a la intangibilidad de la eficacia prejudicial de las resoluciones judiciales precedentes, de manera que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir por dos órganos jurisdiccionales distintos.

En el desarrollo del primer motivo se expone la doctrina del Tribunal Constitucional, acogida por la jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo, sobre el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y la incompatibilidad con el principio de seguridad jurídica de la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales.

Señala que, en el caso, la sentencia recurrida llega a un pronunciamiento que se basa en apreciación contrapuesta a la que sobre los hechos realizaron la sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 , la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Instrucción n.º 3 de Manacor de 14 de marzo de 1996 y el auto de la misma sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 21 de octubre de 1998 :

i) Razona que la sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 fundó su decisión en que el Ayuntamiento adquirió la propiedad de las fincas antes de que se adjudicaran a la demandada (fundamentos 3 y 6 de la sentencia). La sentencia recurrida, en cambio, niega que el Ayuntamiento adquiriera la propiedad.

ii) Respecto de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Instrucción n.º 3 de Manacor de 14 de marzo de 1996 , dice el recurrente que no es cierto, contra lo que afirma la sentencia recurrida, que condenara a



entregar al Ayuntamiento la posesión de las fincas, sino que condenó a que se otorgara a su favor la escritura pública de cesión para poder acceder al Registro de la Propiedad.

iii) Respecto del auto de la misma sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 21 de octubre de 1998 dice que «reafirma» que la sentencia de 14 de marzo de 1996 había reconocido la propiedad del Ayuntamiento sobre las fincas.

2.- La recurrida se opone al primer motivo porque dice que confunde los hechos con la fundamentación jurídica y pretende deducir de esta última unos hechos (la posesión por el Ayuntamiento de las fincas litigiosas) no probados y sobre los que no existe pronunciamiento alguno en las resoluciones aportadas. En síntesis:

i) Argumenta que, conforme al art. 4 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa, los pronunciamientos sobre cuestiones prejudiciales o incidentales no pertenecientes al orden contencioso no producirán efectos fuera del proceso en que se dicten y no vincularán al orden jurisdiccional competente. Sostiene que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, los tribunales pueden realizar una apreciación de los hechos diferente a la realizada en otro orden jurisdiccional y que, en el caso, la sentencia recurrida rebate las consideraciones de la sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo explicando cómo Inversions y Planificacions Sa Mola deviene propietaria de las fincas y no lo es el Ayuntamiento.

Argumenta que el conocimiento sobre las cuestiones referentes a la propiedad y sus formas de adquisición corresponden al orden civil y que la sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 2011 no se pronuncia sobre si hubo o no *traditio* y que el motivo por el que estimó el recurso del Ayuntamiento fue porque consideró que Inversions y Planificacions Sa Mola no gozaba de la protección pública registral del art. 34 LH.

ii) Sostiene que la sentencia del Juzgado de Manacor no reconoció la propiedad del Ayuntamiento, pues no se ejerció una acción declarativa de dominio y se limitó a condenar a Jardins del Rey a otorgar la escritura pública, lo que además no se realizó porque la sentencia no se ejecutó.

iii) Finalmente, argumenta que el auto de 1998 no se refiere a las fincas litigiosas, sino a unos locales, cuya situación fáctica era diferente, pues según la licencia su momento de entrega era otro (el de terminación de las obras y no el requerimiento del Ayuntamiento, como sucedía para las fincas litigiosas, y que el Ayuntamiento no realizó fuera de la interpelación judicial para el otorgamiento de la escritura pública).

**TERCERO.-** *Desestimación del primer motivo de infracción procesal.*

El recurrente reprocha a la sentencia que, a la vista de los pronunciamientos judiciales anteriores, no haya tenido por probada la adquisición de la propiedad por el Ayuntamiento.

Las partes discrepan acerca de los efectos que producen las sentencias precedentes sobre las fincas litigiosas e interpretan de manera diferente el sentido y el alcance de sus pronunciamientos. Hay que advertir, con carácter general que se trata de resoluciones de diversa naturaleza (sentencia y auto del orden civil, de una parte, y sentencia del orden contencioso-administrativo de otra) y, en todo caso, para poder realizar una valoración de los efectos que en el actual proceso debe otorgarse a tales sentencias resulta preciso analizar su contenido.

1.- a) La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Instrucción n.º 3 de Manacor de 14 de marzo de 1996 condena a Jardins del Rey a otorgar las escrituras públicas de cesión de los viales, zonas verdes, aparcamientos y locales de la urbanización Jardins del Rey en favor del Ayuntamiento y en cumplimiento de lo dispuesto en la licencia de obras.

b) La sentencia recurrida en el presente recurso de casación dice de esta sentencia del Juzgado de Manacor que contiene una obligación de hacer y que la ahora demandada no fue parte en ese proceso.

c) Las dos afirmaciones son correctas, por lo que la Audiencia no contradice los hechos fijados en la sentencia del Juzgado de Manacor y otra cosa es la valoración jurídica que de estos hechos se realice, junto con otros hechos probados, a efectos de apreciar si se han aplicado correctamente o no las normas sustantivas que regulan el régimen de adquisición de la propiedad, lo que es objeto del recurso de casación.

También dice la sentencia recurrida que esta sentencia del Juzgado de Manacor condenó a Jardins del Rey a entregar la finca litigiosa, pero tal afirmación, más que a una apreciación contrapuesta de los hechos responde a la concepción de la Audiencia acerca del significado que tiene el otorgamiento de la escritura en el sistema de transmisión de la propiedad y, por tanto, es igualmente revisable en el recurso de casación, por referirse a la aplicación incorrecta de normas sustantivas.

2.- a) La sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 casa la sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares dictada el 27 de septiembre de 2007, por entender que adolece de falta de motivación suficiente y ello causó indefensión.



Entiende la sala tercera del Tribunal Supremo que el Tribunal de Justicia de Baleares hizo descansar su conclusión sobre la titularidad dominical del Ayuntamiento en lo resuelto en la jurisdicción civil y en el examen que prejudicialmente realizó de los títulos aducidos por el Ayuntamiento, pero sin decir nada sobre el título esgrimido por la recurrente (el auto de adjudicación en pública subasta de bienes inscritos en el Registro de la Propiedad), lo que la sala tercera del Tribunal Supremo considera insuficiente. Reprocha también a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que no contestara a la argumentación de Inversions y Planificacions Sa Mola de que la licencia de 1988 daba lugar a un hecho obligacional, pero no probaba la propiedad del Ayuntamiento y que ella no fue parte en el proceso a que se refería la sentencia del Juzgado de Manacor

A continuación, la sentencia del Tribunal Supremo resuelve el fondo del asunto, desestima el recurso de Inversions y Planificacions Sa Mola y estima el recurso del Ayuntamiento, anulando la resolución dictada el 31 de mayo de 2000 por el Jurado Provincial de Expropiación en la que se fijaba el justo precio que el Ayuntamiento de Felanitx debería pagar a Inversions y Planificacions Sa Mola.

b) La sentencia recurrida en el presente recurso de casación, respecto de esta sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, dice, frente a los argumentos de la parte demandante, que su pronunciamiento sobre la titularidad del Ayuntamiento fue como cuestión prejudicial y que los pronunciamientos sobre propiedad están reservados a la vía civil. Además, la sentencia recurrida discrepa del razonamiento por lo que se refiere a la aplicación del art. 34 LH y cree que no es suficiente el argumento de la sala tercera para excluir la buena fe de la demandada.

c) La propia sentencia de la sala tercera sostuvo que la cuestión relativa a la propiedad está reservada al orden civil, pero que ello no era obstáculo para su tratamiento en la vía contenciosa como cuestión prejudicial. La sala tercera, tras advertir que existió un verdadero acuerdo de cesión de las fincas litigiosas entre el Ayuntamiento y el promotor, añadió que: «Otra cosa es que pueda cuestionarse la efectiva transmisión por falta de un acto formal de entrega, que es precisamente a lo que condena la sentencia del Juzgado de Manacor» y terminó la frase diciendo «pero ello carece, como a continuación veremos, de relevancia en el caso de autos».

La sala tercera admite que es posible un pronunciamiento sobre la titularidad dominical partiendo de pronunciamientos precedentes en la vía civil y comparte con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares que, en el caso, la vía civil se había pronunciado sobre la titularidad civil del Ayuntamiento, pero añade: «Otra cosa es que la recurrente no fuera parte en dicho proceso y pueda cuestionar su alcance frente a su esgrimido título».

Para la sala tercera la razón decisiva para la anulación del acuerdo que fija el justiprecio no es esa supuesta declaración de titularidad dominical hecha en la vía civil, sino el carácter *propter rem* de los deberes urbanísticos, al margen de su constancia registral, así como las circunstancias concurrentes en el caso, que le llevan a excluir la buena fe de Inversions y Planificacions Sa Mola.

Frente al argumento de Inversions y Planificacions Sa Mola en el sentido de que su adquisición estaba protegida por el art. 34 LH, sostiene la sala tercera que prevalece el principio subrogatorio, por aplicación del art. 88 de la Ley del suelo, texto refundido de 1976. Añade que, con más razón en un caso como el litigioso en el que concurren las siguientes circunstancias: que una vez adjudicadas las fincas en la subasta, Inversions y Planificacions Sa Mola presenta un escrito en el Ayuntamiento advirtiendo sobre su intención de iniciar expediente de determinación del justiprecio de las fincas, lo que revela un conocimiento de la ocupación; que «salvo una mención abstracta a su adquisición de buena fe del titular registral, no la concreta: no se molesta en indicar en que momento comprendido entre el 28 de marzo de 1996 (fecha del auto de adjudicación) y el 2 de julio del mismo año (fecha de la presentación del escrito del auto al Ayuntamiento), tiene conocimiento de las cargas urbanísticas que pesan sobre los bienes»; que la sentencia del Juzgado de Manacor afirma que en la inscripción de obra nueva a favor de Jardins del Rey figura una nota marginal en la que se señala que la concesión de la licencia de obras está sujeta a las condiciones establecidas en la misma (cesión de viales, zonas verdes, aparcamientos y locales).

En definitiva, para la sala tercera, si hubo o no verdadera transmisión es irrelevante porque la razón decisiva para declarar la nulidad del acuerdo del Jurado de Expropiación que fijó el justiprecio es que la entidad Inversions y Planificacions Sa Mola se subrogó en los deberes urbanísticos, por aplicación del art. 88 de la Ley del suelo de 1976, tal y como era interpretado por la jurisprudencia de la sala tercera. El art. 88 no exigía previa inscripción en el Registro de la Propiedad y, por otra parte, entendía la sala tercera, el art. 34 LH, salvo que así lo disponga una norma legal y expresa, no alcanza a las limitaciones y deberes instituidos en la Ley del Suelo o impuestos en actos de ejecución de sus preceptos. La sentencia de la sala tercera refuerza la aplicación de su doctrina de prevalencia de la publicidad urbanística frente a las circunstancias del caso con el argumento del conocimiento por parte de Inversions y Planificacions Sa Mola de la ocupación de las fincas por el Ayuntamiento, lo que excluiría su buena fe.





No es cierto, por tanto, contra lo que dice el recurrente, que la sentencia de la sala tercera anulara el acto administrativo de fijación del justiprecio basándose en que la expropiada no fuera propietaria por serlo el Ayuntamiento y que tal pronunciamiento implique una apreciación fáctica de que el Ayuntamiento adquirió la propiedad y era propietario antes de su adquisición por Inversions y Planificaciones Sa Mola S.L.

**3.-** Finalmente, el auto de la sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Baleares de 21 de octubre de 1998 (doc. 9 de la demanda), dictado en un procedimiento judicial sumario, acordó no haber lugar a la entrega de la posesión de unas fincas a la Caixa, que se las había adjudicado en un ejecutivo promovido contra la promotora, porque afirmó que no se podía despojar al Ayuntamiento que ocupaba los locales como propietario por habérselos cedido la empresa promotora en virtud de un derecho reconocido en una sentencia. El auto, que afirmó que los derechos de la entidad se podían hacer valer en un declarativo, se refiere a la ocupación material por el Ayuntamiento de los locales que también fueron objeto de cesión por el promotor, y no a las fincas litigiosas, por lo que carecen de valor para acreditar la tradición de estas últimas.

**CUARTO.-** *Segundo motivo.*

**1.-** Al amparo del n.º 4 del art. 469.1 LEC denuncia violación del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 CE, por valoración irracional e ilógica de la prueba documental pública, en infracción manifiesta del art. 319.1 LEC.

En el desarrollo del segundo motivo se expone que la sentencia ha valorado de manera irracional las resoluciones judiciales citadas en el motivo anterior, que son documentos públicos (art. 317.1.º LEC): los documentos judiciales hacen prueba plena (art. 319.1 LEC) y la sentencia recurrida se aparta arbitrariamente de la apreciación de la propiedad municipal que resulta de la sentencia del Juzgado de Manacor de 1996 y es reiterada por el auto de la Audiencia Provincial de Baleares de 1998 y por la sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 2011.

El recurrente argumenta también que la presunción de buena fe de la demandada contenida en la sentencia recurrida es incompatible con las certificaciones registrales aportadas como doc. 2 de la demanda (inscripción de las fincas) y doc. 2 de la contestación a la demanda (certificación de cargas), que son documentos públicos conforme al art. 317.4.º LEC que hacen prueba plena de la situación y del destino de las fincas. De estos documentos resultaría que en la inscripción primera de las fincas, de fecha 12 de septiembre de 1989, figura que la finca n.º 44.067 está «destinada a zona verde y paso con una anchura de zona verde y la zona de paso de seis metros» y la finca 44.069 está «destinada a vial, aparcamientos y ensanchamiento de la Avenida de Cala Marçal».

**2.-** La recurrida se opone al segundo motivo porque, tras reiterar la cita del art. 4 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa, argumenta que la doctrina de la sala primera sobre el art. 319 LEC es la de que los tribunales pueden valorar con los demás medios de prueba las consecuencias que pueden derivarse de las circunstancias que constan en los documentos públicos y que, en el caso, la Audiencia ha valorado los documentos públicos que menciona el recurrente conforme a las reglas de la sana crítica y mediante una valoración de conjunto de las pruebas aportadas, por lo que no existe vulneración alguna del art. 24 CE.

**QUINTO.-** *Desestimación del segundo motivo.*

La impugnación que el recurrente hace de la valoración realizada por la sentencia de instancia de las resoluciones judiciales citadas es una reiteración de lo defendido en el primer motivo del recurso de infracción procesal, por lo que nos remitimos a lo expuesto para su desestimación.

Por lo que se refiere al valor de las certificaciones registrales de las fincas litigiosas hay que observar que se trata de los historiales registrales de las fincas (doc. 2 de la demanda) y su certificación de cargas (doc. 2 de la contestación). Por lo que interesa en este recurso, de las mismas resulta que la descripción de las fincas consiste en su destino a zona verde y a vial, aparcamientos y ensanchamiento de avenida. Frente a lo que dice el recurrente, no puede reconocerse que de tales certificaciones resulte la prueba plena respecto de la situación de las fincas litigiosas, porque las descripciones de las fincas no gozan de la protección de la fe pública ni existe una presunción de exactitud registral de los datos de la descripción que permitan considerar como probado que las fincas litigiosas son zonas verdes o viales. Como resume la sentencia 556/2011, de 13 de julio:

«Esta Sala ha declarado con reiteración que la fe pública del Registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas (sentencias de 30 de octubre de 1961, 16 de abril de 1968, 3 de junio de 1989; y, como más recientes, las de 5 junio 2000, 6 julio 2002, 15 abril 2003 y 30 junio 2010). Por ello la presunción del art. 38 de la Ley Hipotecaria (principio de legitimación registral) y la norma del art. 34 de la misma Ley (protección del tercero hipotecario) se refieren



a la titularidad sobre el derecho inscrito y no a los datos de hecho que figuran en la inscripción. Baste citar al respecto la sentencia de esta sala 580/2000, de 5 de junio, la cual afirma que «el principio de legitimación registral así como el de fe pública, art. 34 de la Ley Hipotecaria, debe ser matizado ya que, siguiendo la doctrina de la sala primera del Tribunal Supremo, la fe pública del registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1961, 16 de abril de 1968 y 3 de junio de 1989)».

Otra cosa es el acierto de la valoración que lleva a cabo la sentencia recurrida acerca de cómo esta descripción debe ser tenida en cuenta a la hora de enjuiciar la buena fe del tercero adquirente. Pero eso es una cuestión jurídica que debe ser revisada en casación.

### Recurso de casación

**SEXTO.-** *Motivos del recurso.*

1.- El recurso se funda en dos motivos, al amparo del art. 477.1, 2.3.º y 3 LEC.

1.º- El primer motivo denuncia infracción de los arts. 609 y 1095 LEC, con oposición a la doctrina de esta sala (sentencias de 7 de septiembre de 2007, de 13 de mayo de 2013 y 19 de junio de 2014).

Sostiene, en esencia, que no se excluye la adquisición del dominio por falta de otorgamiento de escritura pública cuando quien cuenta con título es también poseedor efectivo y real, como sucedía en el caso, en el que el Ayuntamiento había adquirido la posesión efectiva de las fincas antes de que las mismas fueran adjudicadas a la demandada por la cesión del remate.

2.º- El segundo motivo denuncia infracción del art. 34 LH, con oposición a la doctrina de esta sala (sentencias de 11 de octubre de 2006, 11 de diciembre de 2012 y 12 de enero de 2015).

Sostiene que los deberes de cesión basados en la legalidad urbanística, cuando existe constancia registral de los mismos, excluyen la buena fe del tercer adquirente y, con ello, la protección del art. 34 LH por no haber levantado la carga de diligencia básica que impone la buena fe.

En el desarrollo del motivo argumenta que en la primera inscripción de las fincas ya constaba el deber de cesión basado en la legislación urbanística (art. 88.3.1.º Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril) y que tal deber recaía sobre los terceros adquirentes, de acuerdo con el art. 88 del mismo texto normativo. La constancia registral de que los terrenos estaban destinados a zona verde, viales y aparcamiento debió llevar a un adquirente que obrara con una diligencia mínima a cerciorarse en el Ayuntamiento del régimen urbanístico de las fincas, ejerciendo a tal efecto el derecho de consulta que concedía el art. 55 del Real Decreto 1346/1976 vigente cuando se otorgó la licencia (e igualmente el art. 43.1 del posterior RD Leg. 1/1992, de 26 de junio).

2.- En su escrito de oposición, la demandada recurrida alega defectuosa técnica casacional: por no concurrir interés casacional y falta de respeto a los hechos probados; por referirse las sentencias citadas en el primer motivo a supuestos en los que el demandante era propietario, cuando en el caso litigioso la sentencia no considera probado que el Ayuntamiento fuera poseedor real y efectivo; por introducir en el segundo motivo un hecho nuevo, la falta de diligencia, que justifica en que en el Registro de la Propiedad constaba el destino de las fincas, obviando que la Audiencia considera que las fincas no formaban parte de la obra nueva ejecutada por Jardins del Rey al amparo de la licencia otorgada en su día, de modo que en el historial registral de las fincas no consta limitación referida a la licencia; que no existía en el momento de concesión de la licencia Plan parcial aprobado o en tramitación por lo que no procede la aplicación de la norma urbanística citada.

Como motivos de fondo, al motivo primero opone que parte de una premisa contraria a los hechos que declara probados la sentencia, por cuanto no quedó acreditada la posesión real y efectiva de la finca por el Ayuntamiento.

Al motivo segundo opone que la sentencia recurrida niega tanto el deber de cesión como la constancia registral del mismo. Argumenta que las sentencias citadas se refieren a casos diferentes, en los que o bien la propia demandada obviaba actos realizados por ella misma o la evidencia de la irregularidad era cegadora, o la situación posesoria clara y manifiesta, cuando en el caso litigioso no ha quedado probada la situación posesoria del Ayuntamiento.

Añade que no se trata de cesión de terrenos derivada de limitaciones y deberes de la Ley del suelo porque no había Plan parcial ni proyecto de reparcelación o compensación aprobados en el momento de la concesión de la licencia, lo que legalmente hubiera determinado la cesión de los terrenos, sino que el Ayuntamiento optó por la vía contractual, al condicionar la licencia a la cesión de los terrenos, por lo que la protección que brinda el art. 34 LH al tercero hipotecario es aplicable al caso. Cita la sentencia de esta sala 179/2013, de 20 de marzo,



que consideró aplicable el precepto frente a un Ayuntamiento que no realizó las actuaciones oportunas para incorporar al patrimonio municipal unos terrenos cuya afección al destino de dotación escolar no aparecía en ninguna de las inscripciones del Registro de la Propiedad.

Sostiene, finalmente, que la demandada obtuvo la finca en una subasta judicial y que en la certificación de cargas expedida por el Registro de la Propiedad no aparecía referencia alguna a la inscripción de la declaración de obra nueva en el Registro de la Propiedad ni de que hubiera condicionante alguno respecto de la finca que adquiriría. Sostiene que, de acuerdo con la legislación urbanística, instó la expropiación cuando conoció que no se podía construir en las fincas litigiosas, no por la previa ocupación de los inmuebles por el Ayuntamiento.

**SÉPTIMO.-** *Decisión de la sala. Estimación del recurso .*

**1.-** Se rechazan los óbices de admisibilidad invocados por la recurrida.

De una parte porque sin alterar la base fáctica establecida por la sentencia recurrida, la valoración acerca de si los hechos probados comportan «tradición» tiene carácter jurídico y no fáctico y requiere una interpretación y aplicación de las normas invocadas que se ocupan del modo de adquirir la propiedad. Esta sala considera que existe interés casacional porque la sentencia recurrida, al valorar que la falta de otorgamiento de escritura pública excluye que se haya transmitido la propiedad se opone a la doctrina jurisprudencial que entiende que la tradición no se identifica con el otorgamiento de escritura pública. En segundo lugar, no se introducen hechos nuevos en el recurso de casación porque la demandante ha venido sosteniendo desde su demanda la ineficacia del título de la demandada para adquirir la propiedad frente a la propiedad adquirida por el Ayuntamiento. Finalmente, porque las normas invocadas son las normas que regulan la adquisición de la propiedad.

**2.-** La sentencia recurrida basa su decisión desestimatoria de la acción declarativa en dos razones: en primer lugar, que el Ayuntamiento demandante no adquirió la propiedad de las fincas litigiosas y, en segundo lugar, que la demandada la adquirió de modo irreivindicable al serle adjudicadas las fincas en una subasta judicial.

Tiene razón el recurrente cuando advierte que, negada la adquisición de la propiedad de las fincas por el Ayuntamiento, fallaría el presupuesto de la acción declarativa de dominio y sería innecesario para desestimar su demanda analizar la adquisición de la titularidad por la demandada. De hecho la sentencia recurrida se limita a desestimar la demanda y no contiene pronunciamiento alguno sobre la propiedad de la demandada, que no reconvino solicitando tal pronunciamiento y figura en el Registro de la Propiedad como titular de las fincas, con los efectos de presunción de titularidad que de allí derivan. Por el contrario, cabe observar que la adquisición de la propiedad por el Ayuntamiento no sería suficiente para poder estimar su demanda si quedara acreditado que, con posterioridad, la demandada adquirió de modo irreivindicable la propiedad. Tiene sentido por ello que los dos motivos del recurso de casación se dirijan, respectivamente, a rebatir las dos conclusiones de la sentencia recurrida.

**3.-** El recurrente sostiene, en su primer motivo, que la sentencia recurrida infringe los arts. 609 y 1095 CC porque, a partir de la falta de otorgamiento de la escritura pública de cesión, la Audiencia deduce que el Ayuntamiento no llegó a adquirir la propiedad de los terrenos que debían serle cedidos en virtud de las condiciones a que se sometió la licencia para edificar otorgada en su día.

El motivo se estima.

1.º- Ciertamente que, de acuerdo con la legislación urbanística aplicable, en el caso, al tratarse de la obligación de ceder unos terrenos nacida de un compromiso con el Ayuntamiento, la adquisición por el mismo no se produjo de modo automático (adquisición *ope legis* que resultaba en cambio del acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación respecto de los terrenos de cesión obligatoria conforme a los usos previstos en el Plan, conforme al art. 100.1 del texto refundido de la Ley del suelo de 1976, aprobado por Real Decreto 1346/1976 ; también, arts. 124.1 y 179.1 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana).

Descartada la adquisición automática de la propiedad del Ayuntamiento sobre los terrenos cedidos, la adquisición de la propiedad, queda sometida a la regla del art. 609 CC que responde a la teoría del título y el modo.

2.º- No se discute en este momento la existencia de título. Título es la cesión de bienes contemplada en la licencia como condición y aceptada expresamente por el promotor, por lo que se produjo un acuerdo de voluntades entre el mismo y el Ayuntamiento.

Se discute en cambio si hubo tradición. El Juzgado entendió que sí pero la sentencia recurrida, por el contrario, entiende que no la hubo. Dice la Audiencia:



«Dispone el art. 1462 CC que se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador.

»Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujera claramente lo contrario.

»No consta en autos un acto formal de entrega de la finca litigiosa, que es precisamente a lo que se condenó a Jardins del Rey en la *sentencia de 14 de marzo de 1996*, y que una vez firme, no fue objeto de ejecución.

»Ello se debió a que en aquel momento la entidad hoy demandada ya se había adjudicado dichas fincas por auto de 28 de marzo de 1996 en ejecución de sentencia recaída en el juicio ejecutivo instado por Cristalería Llevant SL contra Jardins del Rey SA.»

En definitiva, para la Audiencia es decisivo que no se realizara un acto formal de entrega porque no se ejecutó la sentencia de 14 de marzo de 1996 (sentencia que condenó a otorgar escritura pública) a favor del Ayuntamiento.

Al razonar de esta forma la sentencia recurrida identifica el otorgamiento de la escritura con la tradición precisa para la transmisión de la propiedad en virtud de la teoría del título y el modo.

Se trata de una incorrecta comprensión del funcionamiento del sistema de transmisión de la propiedad, por partir erróneamente de la idea de que el otorgamiento de la escritura pública lleva consigo necesariamente la entrega de la posesión y la transmisión de la propiedad, lo que no siempre es así. Además, que haya habido previa tradición no excluye el ejercicio de la acción de otorgamiento de escritura pública, pues de esta forma se logran las ventajas que reporta el documento público y, en particular, la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad.

Lo cierto es que, aunque el otorgamiento de la escritura pública en principio equivale a la entrega (tradición instrumental), la escritura no es otra cosa que la formalización del acuerdo (en el caso, un acuerdo de cesión) y la tradición puede ser simultánea (lo será si el acuerdo se formaliza en escritura), pero puede otorgarse escritura y aplazarse la entrega y también puede haber existido tradición con anterioridad al otorgamiento de la escritura, de forma que se habrá producido la tradición y la transmisión de la propiedad aunque no se haya otorgado escritura.

3.º- La tradición, como traspaso posesorio, remite a los preceptos que regulan la posesión. Conforme al art. 438 CC la posesión se adquiere, además de por la ocupación material y por las formalidades legales, por el hecho de quedar las cosas o derechos «sujetos a la acción de nuestra voluntad» y, al mismo tiempo, quien transmite pierde la posesión por la «cesión» fundada en un título, entendiendo por tal cesión no el propio negocio o convenio, sino el acto de ejecución del convenio que permite el apoderamiento del cesionario ( art. 460.2.º CC ).

En el caso, a la vista de los hechos probados, no puede compartirse la valoración de la Audiencia de que no ha quedado acreditada la adquisición de la propiedad por el Ayuntamiento demandante y, por el contrario, esta sala entiende que el Ayuntamiento adquirió la propiedad de las fincas litigiosas mediante tradición y que el hecho de que no se formalizara en ningún acta la toma de posesión no excluye que se produjera la tradición. Nuestro sistema se basa en la separación entre el título de efectos obligacionales y la tradición, pero no requiere que esta última tenga lugar mediante la entrega material ni tampoco mediante un acto formal. En este caso, la tradición deriva, no del acuerdo de cesión, sino de los actos posteriores realizados en cumplimiento de tal acuerdo.

La licencia preveía que se formalizaría la entrega de las fincas como cesión y esta formalización no tuvo lugar pero, como afirma correctamente la sentencia de primera instancia, la toma de posesión de los espacios se acredita «mediante la construcción de los inmuebles en los términos acordados (se observa en la sentencia del Juzgado mixto n.º 3, entre otros escritos obrantes en autos, que la obra nueva se inscribió en el Registro de la Propiedad), unido al hecho de que, según la STS la demanda presentara poco después de dictarse a su favor el auto de adjudicación de los inmuebles un escrito al Ayuntamiento para la determinación del justiprecio "revelador del conocimiento de la ocupación de los mismos por la Administración municipal"».

La licencia explicitaba la condición de la cesión de los terrenos litigiosos para su destino y, al segregar las fincas, en la finca matriz se inscribió la obra nueva y en la descripción registral de las dos fincas segregadas objeto de este pleito se hizo constar su destino a zonas verdes, viales, aparcamiento y ensanche de avenida.

Todo ello es revelador del cumplimiento por parte de la promotora de los compromisos materiales asumidos en el momento de la concesión de la licencia y pone de relieve que las fincas litigiosas quedaban sujetas a la voluntad del Ayuntamiento quien, en el sentido del art. 438 CC, adquirió su posesión al mismo tiempo que la promotora la perdía ( art. 460.2º CC ).





Es irrelevante, por lo demás, frente a lo que argumenta la demandada, que ella no fuera parte en el proceso dirigido contra la promotora y por tanto no se le pueda oponer, porque lo que se está analizando ahora es si el Ayuntamiento llegó a adquirir la propiedad de los terrenos cedidos antes de que fueran adjudicados en la subasta judicial a la demandada, lo que es independiente de quién fuera parte en el proceso dirigido a exigir el otorgamiento de escritura pública, que tenía por objeto que se formalizara el convenio de cesión de los terrenos.

4.- Es preciso entrar en el análisis del segundo motivo de casación porque, a pesar de la estimación del primer motivo, como se ha dicho, la adquisición de la propiedad por el Ayuntamiento no sería suficiente para poder estimar su demanda si quedara acreditado que, con posterioridad, la demandada adquirió de modo irrevindicable la propiedad.

El recurrente impugna la valoración realizada por la Audiencia en el sentido de que la demandada estuviera de buena fe en el momento en el que se adjudicó las fincas litigiosas como consecuencia de la cesión del remate en la ejecución judicial seguida contra la promotora.

El motivo se estima por las siguientes razones.

1.ª) Partiendo de que el Ayuntamiento era propietario de las fincas litigiosas pero que no llegó a inscribir en el Registro de la Propiedad su titularidad, el adquirente en la subasta pudo quedar protegido en su adquisición por aplicación del art. 34 LH .

La sentencia del Pleno de 5 de marzo de 2007 (Rec. 5299/1999 ) -que, por la época en que sucedieron los hechos, al igual que sucede en el presente litigio, hubo de aplicar el derecho anterior al art. 594 LEC del año 2000 , que zanjó la cuestión- sentó como doctrina la de que «la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al domino y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata, en definitiva, de un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro».

2.ª) El adjudicatario en la ejecución de cosas que no pertenecen al ejecutado y que inscribe su adquisición, para quedar protegido frente a la acción del verdadero propietario debe estar de buena fe, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 34 LH .

Partiendo de los hechos probados, esta sala no puede compartir el juicio de la sentencia recurrida sobre la buena fe del adjudicatario en la subasta y, por el contrario, entiende que los hechos probados destruyen la presunción de buena fe de la demandada.

Como dijo la sentencia 928/2007, de 7 de septiembre , «la jurisprudencia suele identificar la buena fe con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si se quiere, con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa. Sin embargo, sentencias como las de 25 de octubre de 1999 , 8 de marzo de 2001 y 11 de octubre de 2006 también consideran desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia "de la negligencia del ignorante". La concepción «ética» de la buena fe, según la cual no basta la simple ignorancia de la realidad, sino que se precisa una actuación diligente, que va más allá de la simple consulta del Registro, ha sido confirmada por la sentencia de 12 de enero de 2015 (Rec. 967/2012 ) .

La carga ética de la diligencia del adquirente no significa que se prescinda del Registro, pero la protección registral se limita, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 34 LH , que exige buena fe, cuando el adquirente no ha desplegado una diligencia acorde de las circunstancias para cerciorarse de que hay coincidencia entre la realidad y el Registro, es decir, cuando «tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente» ( arg. art. 36 LH ).

En el caso, la descripción de las fincas litigiosas como destinadas a zona verde, vial, aparcamientos y ensanchamiento de una avenida, tal y como figura en la certificación de cargas, imponía el despliegue de una diligencia mínima por parte del adjudicatario para conocer la verdadera situación de las fincas. Esa descripción sugiere que se trataba de terrenos sujetos a cargas urbanísticas y resulta motivo suficiente como para que la demandada tratara de cerciorarse de la situación posesoria que, de hecho, se oponía a la titularidad publicada en el Registro. Ello no puede considerarse una carga desproporcionada o extraordinaria, más tratándose de una finca segregada y que en la inscripción de la obra nueva en la finca matriz, según se considera probado, figuraba la anotación marginal de que la concesión de la licencia estaba sujeta a las condiciones de la misma.



Finalmente, a efectos de dar respuesta a los argumentos de la demandada recurrida, hay que señalar que no puede invocarse como caso semejante el de la sentencia 179/2013, de 20 de marzo, en el que se desestimó la demanda, pues se trata de un supuesto sustancialmente diferente: en ese caso el Ayuntamiento demandante no solo ejerció acción en la que solicitaba la declaración de su propiedad de una finca, la nulidad de las escrituras de los contratos de compraventa celebrados por sucesivos subadquirentes y sus inscripciones registrales, sino también, y a diferencia de lo que sucede en el presente litigio, la condena a la formalización de la cesión y entrega material. La citada sentencia tuvo en cuenta que en el caso el propio Ayuntamiento no solo reconoció que no había habido cesión efectiva sino que incluso procuró a su favor y sobre la finca anotaciones de embargo por deudas por el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.

**OCTAVO.-** Conforme a los arts. 394.1 y 398 LEC se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se imponen las costas del recurso de casación.

Las costas de la segunda instancia se imponen a la demandada, puesto que su recurso de apelación debió ser desestimado (arts. 398.1 y 394).

Se confirma la sentencia de primera instancia en su integridad, incluida la no imposición en costas, que no fue impugnada por el Ayuntamiento.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario de infracción procesal interpuesto por el Ayuntamiento de Felanitx contra la sentencia dictada el día 28 de enero de 2015 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (rollo de apelación 493/2014), que conoció del recurso contra la sentencia de 1 de septiembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Manacor (autos de juicio ordinario 54/2014). **2.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha parte litigante contra la misma sentencia dictada el día 3 de diciembre de 2014 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (rollo de apelación 493/2014). **3.º-** Casar la sentencia recurrida, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por Inversions i Planificacions Sa Mola S.L. y confirmar en su integridad, incluido lo que decidió sobre costas, la sentencia de 1 de septiembre de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Manacor (autos de juicio ordinario 54/2014), estimatoria de la demanda interpuesta por el Ayuntamiento de Felanitx. **4.º-** Imponer a Inversions i Planificacions Sa Mola S.L. las costas de la apelación. **5.º-** Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se imponen las costas del recurso de casación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.