



Roj: **SAP SE 1893/2016 - ECLI: ES:APSE:2016:1893**

Id Cendoj: **41091370052016100239**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **5**

Fecha: **24/06/2016**

Nº de Recurso: **3931/2015**

Nº de Resolución: **258/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN MARQUEZ ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

REFERENCIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 15 DE SEVILLA

ROLLO DE APELACION 3931/15-T

AUTOS Nº 143/14

SENTENCIA

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

DON JUAN MÁRQUEZ ROMERO

DON JOSÉ HERRERA TAGUA

DON CONRADO GALLARDO CORREA

En Sevilla, a 24 de Junio de 2016.

VISTOS por la Sección Quinta de esta Ittma Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario nº 143/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Sevilla, promovidos por D. Juan Luis , representado por el Procurador Don Francisco Javier Macarro Sánchez del Corral contra D. Pedro Francisco , D. Victor Manuel y D. Alejo , representados por el Procurador Don Javier Otero Terrón; autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la *Sentencia* en los mismos dictada con fecha 25 de Febrero de 2015 .

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuya parte dispositiva literalmente dice: *"Que estimando la demanda formulada por D. Juan Luis , representada por el Procurador D. Francisco Javier Macarro Sánchez del Corral, contra D. Pedro Francisco , D. Victor Manuel Y D. Alejo , declaro:*

1.- El derecho del demandante a retraer el porcentaje del 7,28% de la finca registral número NUM000 del Registro de la Propiedad número 10 de Sevilla, al Tomo NUM001 , Libro NUM002 , que ha quedado descrita en el hecho primero de la demanda, como consecuencia de la venta efectuada por Dña. Marina a los demandados, a quienes habrá de reembolsar la suma de 5458,63€.

2.- *El derecho del demandante al reintegro con cargo a la cantidad de 8371,88€ que "ad cautelam" ha puesto a disposición de los demandados, el exceso consignado.*

3.- *La obligación de los demandados a otorgar escritura pública de compraventa a favor del demandante, con advertencia que de no hacerlo, será otorgada de oficio por el Juzgado.*



Y condenando a los demandados:

1.- A estar y pasar por las anteriores declaraciones.

2.- Al abono de las costas de este procedimiento."

PRIMERO.- Notificada a las partes dicha resolución y apelada por el citado litigante, y admitido que le fue dicho recurso en ambos efectos, previo emplazamiento de las partes para su personación ante esta Superioridad, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

SEGUNDO.- Acordada por la Sala la deliberación y fallo de este recurso, la misma tuvo lugar el día señalado, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

TERCERO.- En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

VISTOS , siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JUAN MÁRQUEZ ROMERO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recaída sentencia en la primera instancia de este pleito que, estimando por completo la demanda y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.522 del Código Civil , dio lugar al retracto de comuneros ejercitado por el demandante, Don Juan Luis , respecto de la parte indivisa de la finca NUM000 , del Registro de las Propiedad número 10 de Sevilla, un 7,28 % que los demandados, los hermanos Don Pedro Francisco , Don Victor Manuel y Don Alejo , adquirieron de su tía Doña Marina , al pertenecer al retrayente la parte indivisa restante de dicha finca, un 92,72 %, insisten aquéllos, en su escrito de interposición del recurso de apelación, en las mismas alegaciones de la primera instancia, acerca de la falta de legitimación del demandante, que niegan por el hecho de que, a su juicio, no era propietario de parte indivisa alguna cuando se produjo tal transmisión y la existencia, en este caso, de una especial de propiedad horizontal incompatible con el ejercicio del retracto, acerca de la caducidad de la acción, de la cantidad que, en su caso, debería reembolsar el retrayente, y del pronunciamiento por el que se les impuso el pago de las costas causadas en la primera instancia, con el que no están de acuerdo.

SEGUNDO.- Pues bien, tras el examen y valoración del resultado de las pruebas practicadas en la primera instancia y al compartir el tribunal los acertados razonamientos de la juzgadora "a quo" en su sentencia, no puede el tribunal sino acordar su confirmación, con desestimación del recurso de apelación interpuesto.

Y, pasando a examinar cada una de esas alegaciones, y, en primer lugar, la relativa a la falta de legitimación del Sr. Juan Luis para el ejercicio de la acción de que se trata, la misma no tiene sentido, cuando se ha acreditado que, desde que se produjo el fallecimiento de su madre, el 4 de Julio de 1.990, a cuyo momento, como es sabido, se retrotraen los efectos de la aceptación de la herencia, era propietario de una parte indivisa de la finca NUM000 y, por lo tanto, como comunero que era, estaba en condiciones de poder ejercitar el retracto cuando, después, el día 5 de Noviembre de 2.001, se produjo en favor de los hermanos Pedro Francisco Victor Manuel Alejo la transmisión de la parte indivisa de la misma finca que correspondía a su tía, Doña Marina , continuando su legitimación al tiempo de la presentación de la demanda, no obstante el tiempo transcurrido desde dicha transmisión, al acreditarse por la razones que después veremos, que cuando llegó a tener un conocimiento cabal y completo de la venta, que le había sido ocultada, no había transcurrido el plazo de caducidad de la acción.

Respecto del derecho que asiste al Sr. Juan Luis y a los demandados, la sentencia de instancia, en su fundamento de derecho segundo, contiene una detallada y acertada relación de las sucesivas transmisiones que se fueron produciendo de dicha finca, desde su segregación, como finca independiente, de la NUM003 , también del Registro de la Propiedad número 10 de Sevilla, así como de los errores cometidos al escriturarlas y registrarlas, los cuales se fueron arrastrando, hasta que, por fin, a instancias del demandante, fueron subsanados en el año 2.005, y esa relación de sucesivas transmisiones, al no haber sido impugnada por los demandados, en su escrito de interposición del recurso, debe darse aquí por reproducida, para no incidir en inútiles reiteraciones, resultando de la misma que el demandante, en la fecha de transmisión de la porción indivisa de finca objeto del retracto, era propietario de otra porción de la misma y, por lo tanto, se encontraba plenamente legitimación para el ejercicio de la acción.

TERCERO.- Tampoco son de recibo las alegaciones acerca de la existencia, entre las fincas en cuestión, de una especie propiedad del tipo de la prevista en el artículo 396 del Código Civil y en la Ley de Propiedad Horizontal, en la que la finca NUM000 sería el elemento común, frente a las fincas NUM004 y NUM003 , que constituirían los elementos privativos, lo que de ser así, haría imposible la enajenación por separado de una parte indivisa



de tal elemento común, al margen de los elementos privativos de los que constituiría anejo inseparable, y, por ende, impediría el retracto ejercitado respecto de la parte indivisa de que se trata.

Y es que, en la fecha de la venta en cuestión, no estaba regulada dicha propiedad especial y, aunque la finca NUM000 sea necesaria para el uso y disfrute de las otras, al consistir en un pasillo y un patio desde el que se accede a las mismas, se trata, sin embargo, de una finca completamente independiente y no un mero elemento común del tipo de los existentes en el régimen de la propiedad horizontal.

Al segregarse de la primitiva NUM003, se constituyó como finca independiente y, como tal continúa y puede ser enajenada por separado, en su totalidad o una parte indivisa de la misma, al margen de las otras fincas, por lo que, ejercitada en el pleito, respecto de una parte indivisa vendida a los demandados, la acción de retracto, no hay motivos para no acceder a ella.

Precisamente, por el hecho de tratarse de fincas independientes, existe entre ellas una relación de servidumbre, que, en otro caso, no tendría sentido, ya que una de las características esenciales de las servidumbres es la de constituir derechos reales sobre cosa ajena, a lo que se refiere el aforismo "*nemine res sua servit iure servitutis*".

Y es que como resulta de la escritura pública del Notario Sr. Maroto, de 5 de Noviembre 2.001, por la que los demandados adquirieron la parte indivisa que a su tía correspondía en la finca NUM000, ésta constituye predio sirviente respecto de la finca NUM004, que, al mismo tiempo, adquirieron también a su tía, permitiendo el acceso a ésta, que constituye predio dominante; resultando también de la misma escritura que ésta, a su vez, en cuanto al pasillo integrado en la misma, que, desde la finca, NUM000, llega hasta la calle Santa Clara, se constituye en predio sirviente respecto de ésta última. De tratarse de un elemento común, de los existentes en el régimen de la propiedad horizontal, inseparable de las fincas NUM004 y NUM003, como afirman los demandados, no sería necesaria la servidumbre que sobre aquélla existe constituida.

CUARTO.- En cuanto al tema de la caducidad de la acción, que se produce, como es sabido y de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del artículo 1.525 del Código Civil, por su no ejercicio en el plazo de 9 días, contado desde que el retrayente tuvo conocimiento de la venta, lo que hay que presumir, en todo caso, de la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad, lo primero que llama la atención, en este caso, es que, estableciendo dicho precepto un plazo tan breve de caducidad, hubiera transcurrido, sin embargo, al tiempo de la presentación de la demanda, más de doce años desde que la venta tuvo lugar, pero, sin embargo, ello no puede llevarnos, sin más, a la desestimación de la acción, cuando no se han visto desvirtuadas en el pleito, por prueba alguna en contrario, las manifestaciones del demandante de que, durante todo ese periodo de tiempo, se le estuvo ocultando la venta, de la que no tuvo conocimiento hasta que, en determinado momento, solicitó y obtuvo una nota registral de la finca en cuestión, en la que se hacía referencia a un asiento de presentación relativo a la misma, y, promoviendo, después, un procedimiento de diligencias preliminares, le fue exhibida, por fin, la escritura pública correspondiente, sin que transcurriera, después, desde ese momento, hasta la fecha de presentación de la demanda, el plazo referido de nueve días.

Y es que, como reconoce la jurisprudencia, y a falta de inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad, que, en este supuesto, no ha llegado a producirse, y a la que no puede equipararse un simple asiento de presentación, y que hubiera conllevado una presunción legal "*iuris et de iure*" de conocimiento de la misma, hay que estar, en cuanto a la fecha de inicio del cómputo del plazo de ejercicio de la acción de retracto, a la fecha inicial de conocimiento de la venta alegada por el retrayente, como presunción de veracidad, mientras no sea desvirtuada por prueba en contrario a cargo del demandado, a quien incumbe la carga de la prueba de una fecha distinta, conforme a las reglas generales en materia de prueba y lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pone a su cargo la prueba de los hechos extintivos.

Se ha alegado la existencia, en este caso, de una serie de circunstancias que, según se afirma, podrían haber llevado al demandante sospechar acerca de la existencia de la venta, como las conversaciones que ya, desde fechas próximas a la misma, mantuvieron con él algunos de los demandados, acerca de las obras y gastos que era preciso acometer en el patio y pasillo que constituyen la finca en copropiedad, pero, sin embargo, hay que estimar que ello no era bastante para el inicio del cómputo del plazo de caducidad.

El sr. Juan Luis manifiesta que creía que los demandados, al dirigirse a él, con relación a la finca registral de que se trata, lo hacían en representación de su tía, propietaria de la parte indivisa de la misma objeto del retracto, a la que, por no tener hijos, estaban muy unidos, pero, aparte de ello, no se le puede exigir que, supliendo la obligación de éstos de comunicar la existencia de la venta, tuviera que acudir a indagaciones que legalmente no le vienen impuestas, y cuando resulta que, para el inicio de ese cómputo, no basta, sin más, la mera noticia de la transmisión, sino que, como reiteradamente declara la doctrina y la jurisprudencia, el conocimiento de la venta ha de ser claro, preciso y completo, abarcando sus condiciones esenciales, incluido el precio y la forma de pago del mismo, para que, contando con suficientes elementos de juicio, poder decidir el retrayente acerca



de si le es conveniente o no el ejercicio de la acción. Hay que concluir, por lo tanto, que no estaba caducada cuando el Sr. Juan Luis presentó su demanda.

QUINTO.- Pasando a la cuestión de la cantidad que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.518 del Código Civil, debe ser reembolsada por el retrayente a los demandados, y, pese a que en la escritura pública de compraventa, arrastrando los errores a que se ha hecho referencia, aludiera, como objeto de la transmisión, a la totalidad de la finca NUM000, considera el tribunal, al igual que la juzgadora "a quo", que no puede ser dicha cantidad la que determinó el perito judicial como valor de ésta, la suma de 44.701,33 euros, más gastos y la actualización correspondiente, sino la que también determinó correspondiente a la porción de dicha finca del 7,28 % que realmente se transmitió y que es objeto del retracto, la suma de 3.254,29 euros, que con gastos y aplicada la actualización, determina la cantidad final de 5.458,63 euros, que la sentencia de instancia impuso a cargo del retrayente.

Y es que, además de que lo transmitido, en su día, y objeto ahora del retracto, es tan solo una parte, y no el todo, no se puede obligar al actor a abonar lo que, por la compra, dicen los demandados haber pagado, pero que, sin embargo, no prueban, en absoluto, más allá de sus propias manifestaciones, y cuando, además, es muy posible que éstos, al tiempo de la venta, fueran plenamente conscientes de esos errores en las anteriores transmisiones y de que lo que realmente se transmitía era solo una parte indivisa de la finca.

SEXTO.- Y, finalmente, en cuanto al pago de las costas causadas en la primera instancia, que la sentencia dictada en la misma impuso a los demandados, considera el tribunal que no hay motivos para revocar tal pronunciamiento, que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la completa estimación de la demanda y la inexistencia, en este caso, de dudas de hecho o de derecho suficientes como para dar lugar a un pronunciamiento distinto.

Y es que la existencia de tales dudas ha de interpretarse restrictivamente, no solo por la excepción que supone a la regla general de la imposición del pago de las costas al litigante vencido, sino teniendo en cuenta también que, en realidad, en todo pleito hay dudas, de un tipo o de otro, que, precisamente, por su existencia, dan lugar a que se plantee, de modo que, para eximir del pago de las costas al litigante vencido, hay que entender que no basta con cualquier duda, sino que es preciso que se trate de dudas importantes, graves, excepcionales o acerca de cuestiones en las que existan resoluciones contradictorias de los tribunales, o en asuntos verdaderamente oscuros, lo que no ocurre en este caso. En otro caso, nunca se impondría el pago de las costas, que quedaría reservado al supuesto de que estuviera claro que no se plantearan, lo que equivaldría a haber actuado con mala fe, suponiendo la vuelta, a los efectos de la imposición de las costas, al criterio subjetivo, ya superado, de la temeridad, que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil rechazó, acogiendo el criterio objetivo del vencimiento.

Por otra parte, y precisamente por ello, desterrado este criterio, no son de recibo las alegaciones de los demandados, en su escrito de interposición del recurso de apelación, de haber actuado, en todo momento, en este asunto, de buena fe, frente a la actuación, que consideran de mala fe, de la parte contraria; ni tampoco son de recibo sus manifestaciones de que no pudieron evitar el pleito, por el hecho de haberse dirigido a ellos, personalmente, el demandado, con anterioridad a la interposición de la demanda, pues está claro que, una vez seguido el trámite de las diligencias preliminares, el paso siguiente era el de la presentación de dicha demanda y, en todo caso, una vez ya presentada, pudieron haberse allanado a la misma, con lo que hubieran evitado el pago de las costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEPTIMO.- Consecuentemente y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia de instancia, cuyos acertados razonamientos comparte el tribunal, imponiendo a los demandados también, dado el signo de la presente resolución y conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la misma ley, el pago de las costas causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS.-

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Javier Otero Terrón en nombre y representación de D. Pedro Francisco, D. Victor Manuel y D. Alejo, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Sevilla, con fecha 25 de Febrero de 2015, en el Juicio nº 143/14, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Y en su día, devuélvanse las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.



Así por esta nuestra Sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos.

INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS :

Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo (artículos 466 y 478 y disposición final decimosexta LEC).

En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477. Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley (disposición final decimosexta LEC).

El recurso de casación y, en su caso, el extraordinario de infracción procesal, se interpondrán ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla (artículo 479 y disposición final decimosexta LEC), previo pago del depósito estipulado en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la tasa prevista en la Ley 10/2012.

Artículo 477 LEC . Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación. 1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

1º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución .

2º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

3º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional .

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Artículo 469. Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:

1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

3.º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución .

2. Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas.



PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, DON JUAN MÁRQUEZ ROMERO, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mi el Secretario de lo que certifico.

DILIGENCIA.- En el mismo día se contrajo certificación de la anterior Sentencia y publicación en su rollo; doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ