



Roj: **SAP SE 2418/2016 - ECLI:ES:APSE:2016:2418**

Id Cendoj: **41091370062016100265**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **6**

Fecha: **10/11/2016**

Nº de Recurso: **290/2016**

Nº de Resolución: **267/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCA TORRECILLAS MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla

REFERENCIA: ORDINARIO

JUZGADO DE ORIGEN: **JUZGADO MIXTO Nº5 DE DOS HERMANAS**

ROLLO DE APELACIÓN Nº **290/2016**

JUICIO Nº 178/2014

S E N T E N C I A Nº 267

PRESIDENTE ILMO SR:

D MARCOS ANTONIO BLANCO LEIRA

MAGISTRADAS ILMAS SRAS:

Dª ROSARIO MARCOS MARTIN

Dª FRANCISCA TORRECILLAS MARTINEZ

En la Ciudad de SEVILLA a diez de noviembre de dos mil dieciséis.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 25/09/15 recaída en los autos número 178/2014 seguidos en el JUZGADO MIXTO Nº5 DE DOS HERMANAS promovidos por D Aquilino representado por el Procurador Sr **ENRIQUE CARAVACA CLEMENTE**, contra D Constantino representado por el Procurador Sr. **SALVADOR ARRIBAS MONGE**, pendientes en esta Sala en virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandada, siendo Ponente del recurso la Magistrada Iltra. Sra. Doña **FRANCISCA TORRECILLAS MARTINEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por el Sr. Juez del **JUZGADO MIXTO Nº5 DE DOS HERMANAS** cuyo fallo es como sigue: "Que **ESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta, del Procurador Sr. Enrique Caravaca Clemente, en representación de D. Aquilino, bajo la dirección letrada del Sr. Aurelio Onieva Luque, contra D. Constantino, representado en el acto del juicio por la Procuradora Sra. Elena Arrivas Monge y asistido por el letrado Sr. Alejandro Jurado Mejías, debo: 1º.- Declarar el Derecho de Retracto legal de Comeneros a favor de D. Aquilino, sobre las 2251 avas partes de la finca sito: Dos Hermanas, camino al pago de los Ingleses, polígono NUM000, parcela NUM001, inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de Dos Hermanas, al tomo NUM002, libro NUM002, folio NUM003, finca registral NUM004, que eran propiedad de la mercantil BASARELI SLU, y que fueron enajenadas mediante escritura pública de venta el 26 de febrero de 2014 al Sr. Constantino. 2º.- Condenar al Sr. Constantino a que otorgue escritura pública de compraventa de las 251 avas partes, de la finca anteriormente descrita, a favor del Sr. Aquilino, por el precio de venta de TREINTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS QUINCE EUROS. (37.415). 3º.- Condena en costas de la parte demandada."**



SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de D. **Constantino** que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal y dándose al recurso la sustanciación que la Ley previene para los de su clase, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución, tras la deliberación y votación de este recurso.

TERCERO.- Que en la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda que dio inicio a las actuaciones se ejercitaba una acción de retracto de comuneros. El actor, D Aquilino, afirmaba que era copropietario de un finca rústica en Dos Hermanas, camino al Pago de los Ingleses parcela nº NUM001 inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Dos Hermanas, al tomo NUM002, libro NUM002, folio NUM003, finca registral nº NUM004. de la que era propietario del pleno dominio con carácter ganancial en la proporción de 2908 avas partes indivisas de 5159 partes indivisas en que idealmente se consideraba dividida la finca. A su vez, el demandado, D Constantino era propietario del pleno dominio de la finca en la proporción de 2251 avas partes indivisas de 5159 partes indivisas en las que idealmente se consideraba dividida la finca. La anterior propietaria, la entidad "BASARELI SA", vendió su cuota parte al demandado en estado de indivisión lo que autorizaba al actor para el ejercicio de la acción de retracto de comuneros.

Afirmaba que desconocía con exactitud los gastos de la venta, aunque había podido conocer a través de un representante de la vendedora que se había pagado alrededor de 35.000 euros, por lo que se tomaba esa cantidad como precio de venta, sin perjuicio de que una vez conocida la cantidad exacta la parte se comprometía a abonar la diferencia al demandado, así como cualquier otro gasto legítimo que procediera y se acreditase. Terminaba solicitando se declarase el derecho del actor a la acción de retracto sobre la referida finca y se condenase al demandado a otorgar escritura pública de compraventa a favor del actor y en su defecto, se otorgase por el Juzgado.

El demandado se opuso a la demanda alegando que había adquirido la finca de la entidad BASARELI, habiéndose puesto en contacto por intermediario con el administrador concursal de dicha entidad. La finca adquirida procedía por segregación de otra de mayor cabida, registral NUM005, y por ello ningún derecho de tanteo correspondía al actor quien conocía desde su adquisición en 1993 que la finca adquirida por el demandado era una finca independiente, correspondiendo en todo caso un derecho de retracto de colindantes y no de comuneros. Como podía observarse del historial registral ya cuando BASARELI adquirió la finca en el año 1990 lo hizo mediante escritura de compraventa en la que se hizo constar la segregación de la finca. La finca comprada por el actor si bien registralmente se encontraba dividida en participaciones indivisas, física y realmente no constituía una copropiedad sino una finca independiente, de forma que la finca del actor y la del demandado no constituían un condominio sino dos fincas independientes, no surtiendo por tanto derecho de retracto de comuneros.

En segundo lugar alegaba que el demandante había tenido pleno conocimiento de la compraventa antes de hacerse efectiva, habiendo por ello caducado la acción de retracto. Subsidiariamente alegaba que el precio de la compraventa ascendía a 33.765 euros, más las obligaciones que por ley pudieran corresponder a BASARELI que habían sido asumidas por la parte compradora, hasta la fecha los gastos satisfechos por el demandado habían ascendido a 3.348,86 euros. Por las razones expuestas solicitaba la desestimación de la demanda formulada.

En la sentencia dictada se estimó la acción de retracto porque la segregación alegada por el demandado no impedía la existencia del derecho de retracto que tenía como fundamento el interés general, constituyendo una limitación a las facultades dominicales, estimando que se trataba de una única finca como resultaba de los datos registrales, con independencia de que se encontrase físicamente dividida, lo cual era irrelevante porque se trata de evitar múltiples e incontroladas segregaciones, no amparadas por el ordenamiento jurídico. Asimismo desestimó la caducidad de la acción y fijó el precio en 37.415 euros, imponiendo al demandado las costas causadas.

Contra dicha sentencia se ha interpuesto recurso por la representación de la parte demandada interesando la revocación de la misma e íntegra desestimación de la demanda. La parte actora se ha opuesto al recurso y ha solicitado la confirmación de dicha resolución.

SEGUNDO.- El recurrente denuncia error en la valoración de la prueba porque la finca objeto del procedimiento es una finca independiente, es decir, que si bien en el Registro la finca adquirida y la finca propiedad del



demandante son porciones indivisas de una única finca, esa realidad registral no tiene correspondencia con la realidad extrarregistral en la que no existe condominio alguno.

La Sala, una vez apreciadas la prueba documentales aportadas por el demandado, fotografías de la finca del demandado y su cerramiento, las declaraciones del propio actor, en la que ha admitido que su finca está delimitada mediante un muro de forma que no existe la indivisión que fundamenta el retracto del comunero, así como las declaraciones de los testigos en el acto del juicio: D Aquilino , hijo del actor, D Juan Ramón , intermediario en la compraventa, D Artemio y D Diego , quienes ratifican esta situación física de división material, ha de coincidir con el apelante y estimar el recurso interpuesto, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en la Sentencia de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de octubre de 2005 que se remite a las siguientes sentencias:

La Sentencia del TS de 15 de febrero de 2000 , nº 111/2000, en su tercer Fundamento Jurídico se dice: "Como han recogido las sentencias de la Sala 1.ª del TS, de 18 de julio de 1.990, 12 de marzo y 11 de junio de 1991 y 15 de noviembre de 1992 , cuando hubiera incluso que partirse de la contradicción entre la realidad registral y extrarregistral y, - pese a que la la tiene a su favor el principio de exactitud, ello no es absoluto, porque si la realidad extrarregistral se acredita en debida forma [es nuestro caso], ésta es la que ha de prevalecer sobre aquélla."

La S T.S., Sala 1.ª, Sentencia de 18 de julio de 1990, con ocasión de una supuesta infracción del art. 38 de la Ley Hipotecaria, deja bien sentado que la presunción de exactitud que tal precepto consagra lo es mientras la declaración judicial, en el oportuno proceso, no contradiga la existencia o alcance del Derecho inscrito. (Ss. de 26 de enero, 24 de abril, 17 de octubre y 28 de noviembre de 1989).

La ST.S., Sala 1.ª, Sentencia de 12 de marzo de 1991 y con ocasión de la supuesta infracción del art. 38 de la Ley Hipotecaria proclama que la presunción de exactitud registral que emana de dicho artículo es meramente iuris tantum.

El Tribunal Supremo, Sala 1.ª, sentencia de 31 de octubre de 1989 establece:

"No existiendo una situación de condominio o proindivisión resulta impracticable el retracto de comuneros que se ejercita, ya que aunque la finca parezca inscrita en el Registro de la Propiedad en su original unidad, este dato puede ser destruido mediante prueba en contrario, al predominar la realidad extrarregistral sobre la registral y existir de hecho una división de la finca patentizada en la colocación de postes, alambradas divisorias, y entradas diferentes y respectivas a cada una de las parcelas resultantes de la división."

Además se ha acreditado que la finca estaba segregada antes de la compraventa del demandado, es decir, que la vendedora, la había adquirido segregada de la finca matriz.

Por lo tanto, la situación real prevalece sobre la situación registral y no concurre el presupuesto del retracto que es la situación de indivisión, ni la venta contribuye a una mayor división de la finca, que ya se encontraba en esa situación con anterioridad al retracto, por lo que la demanda debe ser desestimada.

TERCERO.- La estimación del recurso de apelación determina, en materia de costas, que: 1º) las derivadas de la primera instancia han de imponerse a la parte actora, según se establece en el núm. 1 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y 2º) no procede efectuar expresa imposición de las derivadas de esta alzada, a tenor de la regla prevista en el núm. 2 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé que no se condenará en las costas del recurso a ninguno de los litigantes en caso de estimación total o parcial del mismo.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla acuerda:

1.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D Constantino contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Dos Hermanas en el procedimiento núm. 178/2014 del que este rollo dimana.

2.- Revocamos la resolución recurrida, y en su lugar acordamos desestimar la demanda formulada por la representación de D Aquilino contra D Constantino absolviendo a éste de las pretensiones deducidas de contrario, imponiendo al actor las costas causadas.

3.- No hacemos expresa imposición de las costas derivadas del recurso de apelación.

Dada la estimación total del recurso, devuélvase al recurrente el depósito constituido para recurrir.



Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer, en el plazo de 20 días, recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario de infracción procesal, a partir del siguiente al de su notificación, y al que deberá acompañar resguardo de ingreso, por la suma de 50 € por cada uno de ellos en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección.

Y a su tiempo, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con copia autentica de la presente resolución remitida vía telemática y oficio para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido publicada en el día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ