



Roj: **SAP OU 392/2012 - ECLI: ES:APOU:2012:392**

Id Cendoj: **32054370012012100205**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2012**

Nº de Recurso: **269/2011**

Nº de Resolución: **208/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

### OURENSE

#### APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Señores, don Fernando Alañón Olmedo, Presidente, doña Ángela Domínguez Viguera Fernández y doña Josefa Otero Seivane, Magistrados, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

#### **S E N T E N C I A NÚM. 00208/2012**

En la ciudad de Ourense, a cuatro de mayo de dos mil doce.

**VISTOS**, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 (antes mixto nº 7) de los de Ourense seguidos con el nº. 692/05 y 448/07, acumulados, **rollo de apelación núm. 269/11**, entre partes, como apelante, D. Romulo, representado por la procurador de los tribunales Dª ROSARIO OUTEIRIÑO MIGUEZ y asistida por el letrado D. LUIS A. RODRIGUEZ COELLO, y, como apelado, D. Luis Pedro, representado por la procurador de los tribunales Dª Mª CARMEN SILVA MONTERO y asistida por el letrado D. ARTURO FRANCISCO **CASTRILLO** ESCOBAR.

Como co-demandada la **COMUNIDAD HEREDITARIA DE D. Baltasar (D. Eugenio)**, representada por el procurador de los tribunales D. FRANCISCO PEREZ PEREZ, bajo la dirección del letrado D. ANTONIO GONZALEZ LOPEZ.

Como co-demandante Dª Petra, representada por la procuradora de los tribunales Dª Mª CARMEN SILVA MONTERO, bajo la dirección del letrado D. ARTURO FRANCISCO **CASTRILLO** ESCOBAR.

Como demandados rebeldes Dª Azucena y la COMUNIDAD HEREDITARIA DE Dª Graciela.

Es ponente la Ilma. Sra. **Dª. Ángela Domínguez Viguera Fernández**.

#### **I - ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 (antes mixto nº 7) de los de Ourense se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 30 de diciembre de 2010, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que estimando como estimo las demandas del procedimiento ordinario nº 692/05, al que se ha acumulado el seguido con el nº 448/07 interpuestas por la Procuradora de los Tribunales Dª María del Carmen Silva Montero en nombre y representación de D. Luis Pedro y Dª Petra, contra D. Romulo, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª María Rosario Outeiriño Míguez y D. Eugenio, representado por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Pérez Pérez, debo declarar y declaro:

**PRIMERO.-** Que la finca denominada " DIRECCION000 " sita en el término del pueblo de Outeiro de Soutopenedo del municipio de San Cibrao das Viñas, de una superficie de doscientos cincuenta copelos, destinada a labrantía, que linda al Norte con María Purificación, al Sur con Luis Pablo y Aureliano, al Este con camino vecinal o



pista, y al Oeste con la carretera Nacional-540, es propiedad de D. Luis Pedro , debiendo los demandados estar y pasar por esta declaración.

**SEGUNDO.-** La anulación de la inscripción registral practicada en el Registro de la Propiedad de Ourense nº 2, en el folio NUM000 , Libro NUM001 del Ayuntamiento de San Cibrado das Viñas, Tomo NUM002 del archivo de la finca NUM003 , debiendo inscribirse el dominio de la citada finca a favor de D. Luis Pedro por transmisión de sus titulares, D<sup>a</sup> Graciela y D. Baltasar , dejando sin efecto las demás transmisiones.

**TERCERO.-** Se imponen las costas a los demandados."

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por las representaciones de D. Romulo y D. Luis Pedro recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en tanto no contradiga lo expuesto a continuación.

**PRIMERO.-** Se ejercita en la demanda acción declarativa de dominio, esgrimiéndose como título de propiedad contrato de compraventa documentado privadamente, otorgado en 13 de octubre de 1988 y debidamente liquidado a efectos fiscales en 24 de octubre de 1988, adquiriendo así fehaciencia en cuanto a la fecha. Mediante el cual el demandante habría adquirido tal derecho al entrar también en posesión de la parcela objeto del contrato. La cual, según alega, vino poseyendo desde ese momento de modo público y pacífico, mediando por ello tradición material, mediante la entrega de la posesión, por lo que se habría operado la transmisión del dominio en aquella fecha, conforme disponen los artsº 609 y 1095 del Código civil .

La cuestión litigiosa se plantea al haber transmitido los vendedores la misma finca, mediante escritura pública posteriormente otorgada en 28 de mayo de 1990 a un segundo adquirente (D<sup>a</sup> Azucena ), cuando la parcela no constaba aun inmatriculada en el Registro de la Propiedad, toda vez que causó inscripción con posterioridad en mayo de 1993, y lo hizo a nombre de los primitivos propietarios que habían actuado como vendedores en ambos documentos, sin que se rectificase la titularidad registral por ninguno de los sucesivos adquirentes sino hasta la tercera transmisión ya producida en noviembre de 1997. Esto es, tampoco la segunda adquirente inscribió su título en el Registro de la Propiedad, por lo que, cuando la citada D<sup>a</sup> Azucena otorga un nuevo contrato de compraventa teniendo por objeto la misma parcela en favor del aquí demandado, mediante escritura pública otorgada en 4 de noviembre de 1997, quien finalmente sí inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad en 20 de noviembre de 1997 tampoco este último adquirente lo hacía amparado en la titularidad publicada por el Registro de la Propiedad. No obstante al haber inscrito con posterioridad opone la prevalencia de su título frente al del actor reivindicante.

**SEGUNDO.-** La jurisprudencia de la Sala primera ha excluido la aplicación del artº 1473 del Código civil en los supuestos de "venta de cosa ajena", entendiéndose por tal la segunda venta de una misma cosa, por quien habiendo sido su propietario, ya la ha vendido y entregado anteriormente a otro. Aplicándolo solo a los supuestos de doble venta con cierta "coetaneidad cronológica" entre sí y en los que no se había adquirido el dominio de lo comprado al tiempo de perfeccionarse el segundo contrato por no haber mediado entrega efectiva o tradición, sino meramente asumido la obligación de posterior entrega. De no ser así y de haberse consumado la primera venta, la misma doctrina jurisprudencial, señala, que "de ser ya dueño un comprador cuando el mismo vendedor concierta la venta con un tercero, el segundo contrato tendría por objeto una cosa ajena y su régimen jurídico no sería el mismo". Añade, "en tal caso no se trataría de decidir cuál de los dos compradores era el dueño, sino de determinar qué consecuencias tendría sobre el derecho del propietario la venta de un bien que es de otro".

Ha señalado también, que el artº 1473 del Código civil no altera el sistema de transmisión de la propiedad mediante el título y el modo. Por lo que lo fundamental para resolver el conflicto de intereses planteado, estriba en determinar si medió la entrega posesoria subsiguiente a la primera venta. Esto es, si el demandante había comprado y poseía cuando se otorgó la segunda escritura pública, pues en tal caso faltaría el poder de disposición en los transmitentes, al haber dejado de ser dueños con anterioridad, hallándonos en un supuesto de "venta de cosa ajena" y no de "doble venta".

Tal falta de poder de disposición del transmitente determinaría la ineficacia o nulidad del contrato que no puede oponerse frente al verdadero propietario. Y el demandado, pese a haber recibido instrumentalmente su posesión mediante escritura pública, no podría oponer eficazmente su condición de dueño en virtud de



una adquisición a "non domino", salvo que su derecho quedase amparado mediante la tutela que le otorga el artº 34 de la Ley Hipotecaria, ostentando la condición de titular inscrito, frente a un título no inscrito e incompatible con el suyo. Efectivamente, el artº 34 de la Ley Hipotecaria ampara las adquisiciones a non domino y salva el defecto de titularidad del transmitente, que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir el dominio, extendiendo su protección a quien de buena fe adquiere a título oneroso del titular registral y a continuación inscribe su derecho, adquiriendo así la condición de tercero hipotecario.

**TERCERO.-** Del conjunto de la prueba practicada en el curso del procedimiento, se deriva, que el demandante mediante documento privado otorgado en 13 de octubre de 1988, como antes se expuso, adquirió a título de compraventa la finca descrita en el hecho primero de la demanda, de D<sup>a</sup> Graciela y D. Baltasar, contrato debidamente liquidado a efectos fiscales en 24 de octubre del mismo año, adquiriendo así fehaciencia en cuanto a la fecha de su otorgamiento. En el mismo contrato se hace constar, de una parte, que la finca había sido adjudicada a los vendedores en el proceso de concentración parcelaria, (adjudicación que había de entenderse necesariamente como provisional en tanto que el acta notarial de protocolización fue otorgada posteriormente en escritura pública de 28 de noviembre de 1991) y de otra, en su estipulación quinta, se consigna expresamente que el comprador "pasa a posesionarse jurídicamente de la finca en este acto, quedando consumado el contrato de compraventa al reconocer los vendedores que el mismo ha tomado posesión de la finca".

Este hecho posesorio y disfrute efectivo de la parcela, resultó confirmado unánimemente por los testigos que depusieron en el acto de juicio, todos ellos vecinos de la localidad de "Loiro", donde se ubica, manifestando conocerla por proximidad (uno de ellos firmante como testigo del documento privado aludido) y constarle que el actor venía cultivando la finca desde hace más de 20 años. Hecho que se estimó también probado en precedente proceso seguido a instancia del aquí demandado en ejercicio de la acción real registral ( artº 41 de la LH ) frente al aquí actor, (nº 262/2000), en el que recayó sentencia desestimatoria por estimar acreditada la posesión disfrutada por el contradictor, amparada en una relación jurídica directa mantenida con el último titular de la finca, remitiendo a las partes al proceso declarativo. En efecto, como se constata en los documentos testimoniados de aquel procedimiento, incorporados al presente, la testifical allí practicada corroboraba la versión del aquí actor, que alegaba llevar trabajando la finca desde hacía años, teniéndolo los vecinos del lugar por propietario. Sin embargo, y dado que la protocolización del Acuerdo de reorganización de la propiedad adoptado por el IRIDA tuvo lugar posteriormente, en 5 de agosto de 1992, y dado que tal título fue otorgado en favor de los aportantes originarios propietarios de la parcela ya vendida, causando inscripción dicho instrumento público en el Registro de la Propiedad (FR nº NUM003 ), quedó así inscrita a su nombre tal finca desde 20 de mayo de 1993, sin que se hubiere rectificado tal inscripción, ni por los demandantes, primeros compradores y adquirentes del dominio mediante la tradición, ni por la segunda compradora que lo hizo mediante escritura pública de 28 de mayo de 1990 y que tampoco adquirió amparada en la fé pública registral, puesto que en aquella fecha la finca no se hallaba todavía inmatriculada. En tal situación la finca es de nuevo transmitida al demandado mediante escritura pública otorgada en 4 de noviembre de 1997. Siendo ya posteriormente, en 27 de noviembre de 2007, cuando éste inscribe su título en el Registro de la Propiedad, así como el de su causante a fin de reanudar el tracto registral.

**CUARTO.-** En consecuencia, no puede estimarse que el demandado se encuentre amparado por el artº 34 de la Ley Hipotecaria al faltar la condición de titular registral en el transferente, no adquiriendo de persona que en el Registro apareciese con facultades para transmitir el dominio, como no lo era, la citada D<sup>a</sup> Azucena. Estimándose consumada la primera venta por los efectos reales de la tradición, a tenor de la prueba precedentemente analizada, no resulta de aplicación lo dispuesto en el artº 1473 del Código civil, sino la doctrina sobre la venta de cosa ajena. Se trata de una "adquisición a non domino", que solo podría prevalecer por los efectos del artº 34 de la Ley Hipotecaria. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2008, (y en similar sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007) si la primera venta se hubiese consumado, la segunda resulta ineficaz frente al verdadero propietario que puede interesar su ineficacia o ejercitar acción declarativa de dominio sobre el bien en cuestión, que únicamente podría ser enervada en el supuesto de que el último adquirente ostentase la condición de tercero hipotecario, por adquirir de persona que en el Registro de la propiedad aparecía con facultades para transmitir el dominio y a su vez inscribía su derecho, lo que no sucede en el caso.

**QUINTO.-** Cuestiona el apelante en su recurso la identidad de la finca objeto de ambas transmisiones, en lo que constituye una cuestión nueva, pues la falta de concurrencia de tal requisito no fue negada en el escrito de contestación a la demanda, sino al contrario implícitamente admitida, cuyos argumentos defensivos descansan sobre la base de considerar que se trata, en ambas transmisiones, de una misma parcela. Ello vedaría el análisis de tal motivo de recurso, no obstante y aunque la prueba pericial practicada al efecto carece de la debida precisión, valorada conjuntamente con la prueba testifical y habida cuenta la postura procesal adoptada por la parte demandada, conduce a tener por cumplida la concurrencia de tal requisito, preciso para



la viabilidad de la acción declarativa de dominio. Pues, si bien la denominación de las fincas en ambos títulos transmisivos no es coincidente ha de tenerse en cuenta que el primer negocio jurídico tuvo lugar cuando el proceso de concentración parcelaria estaba todavía en curso y atiende a la denominación primitiva de la parcela. Confirmándose la proximidad entre el paraje denominado " DIRECCION000 " (como se la denomina en el primer contrato) y el de " DIRECCION001 ", tal como se denominó a la finca en el segundo contrato de compraventa. La diferencia de superficie, tampoco se considera un dato relevante, pues la consignada en el documento privado figura como aproximada y a tenor del perito informante tal diferencia apreciada puede obedecer a los nuevos caminos contemplados en el proceso de reorganización llevado a cabo por la concentración parcelaria. Sino que ha de estarse primordialmente a la definición de sus linderos, elemento identificativo fundamental y que a tenor de la prueba resultan coincidentes. Así, el informe pericial aportado estima coincidentes los linderos del Este y Oeste, definidos por caminos públicos y carretera, respectivamente. Y respecto de los del Norte y el Sur, si bien no coincide la identidad de los señalados como lindantes, se acreditó, mediante la prueba testifical practicada, que los actuales son descendientes y traen causa de quienes figuraban como lindantes en el primer contrato de compraventa.

**SEXTO.-** En cuanto a la alegación de incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento en la instancia sobre las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda y de caducidad de la acción por efecto de lo dispuesto en el artº 1301 del Código civil . Constituyen igualmente cuestiones nuevas cuyo planteamiento está vedado en el ámbito de la apelación, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión y audiencia bilateral, causando indefensión a la contraparte, lo que conduce, sin más, a la desestimación de dichos motivos.

Por otra parte la sentencia dictada en la instancia resulta congruente con lo interesado, pues ejercitándose acción contradictoria del dominio, se actuó adecuadamente al interesarse simultáneamente la cancelación del asiento correspondiente que resulta contrario a la pretensión dominical que ahora se estima. Que la jurisprudencia ( sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007 ) estima procedente aún en el caso de que no se hubiese solicitado expresamente la cancelación del asiento contradictorio, por entenderse implícito en la acción declarativa de dominio, con el lógico fin de obtener una adecuación entre el Registro de la propiedad y la realidad que resulta de los pronunciamientos judiciales.

**SEPTIMO.-** En materia de costas, teniendo en cuenta que la adquisición de dominio del demandante se efectuó y permaneció a espaldas del Registro de la Propiedad, sin posibilidad, por ello de conocimiento por parte del demandado ( artº 32 de la Ley Hipotecaria ). Siendo el hecho posesorio, por sí solo, de carácter equívoco para los terceros ajenos a la primera transmisión, pues pudiera obedecer a un arrendamiento o a cualquier otro negocio jurídico exclusivamente traslativo de la posesión. Y habida cuenta, también, que el demandado, aun careciendo de la condición de tercero hipotecario, adquiriría de quien, había adquirido a su vez de persona que en el Registro figuraba como titular del dominio, generando así una apariencia de legalidad en la adquisición llevada a cabo por el demandado, que hacía su oposición a la demanda razonable, sin perjuicio del ulterior resultado probatorio. Por lo que se estima de aplicación lo dispuesto en el artº 394.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y considerando que el caso presentaba objetivamente dudas de hecho, no se efectúa una expresa imposición de costas en ninguna de ambas instancias y en este solo sentido procede revocar la sentencia apelada.

Procede, también, la devolución a la recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar ( Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial ).

Por lo expuesto, la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

#### **FALLO:**

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **D. Romulo** , la procurador de los tribunales Dª ROSARIO OUTEIRIÑO MIGUEZ, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 (antes mixto nº 7) de los de Ourense, en autos de Juicio Ordinario nº 692/05 y 448/07, acumulados, **Rollo de Sala nº 269/11**, de fecha 30 de diciembre de 2010, y confirmando el pronunciamiento principal de la resolución recurrida, **se revoca parcialmente** en el solo sentido de no efectuar una expresa imposición sobre las costas de ambas instancias. Manteniéndose en sus restantes pronunciamientos.

Se decreta la devolución a la recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución cabe, **en su caso**, recurso de casación por interés casacional y recurso extraordinario por infracción procesal en el plazo de los veinte días siguientes al de su **no** tificación ante esta Audiencia Provincial.



Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ