

Jose. Don Daniel Nuevo Hidalgo Tel: 666247216



AUDIENCIA PROVINCIAL  
SECCIÓN QUINTA  
Plaza San Agustín nº6  
Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928-325005

Fax: 928-325035

RECURSO: RECURSO DE APELACION

ROLLO: 0000017/2008

Procedimiento origen: JUICIO ORDINARIO

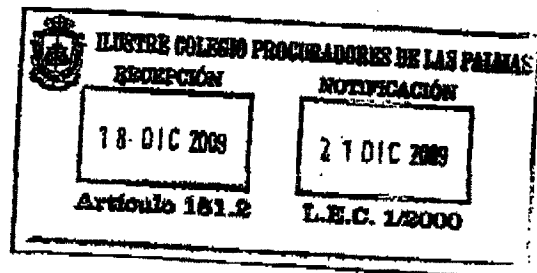
Nº procedimiento origen: 0000116/2006

Juzgado origen: PUERTO DEL ROSARIO - JDO.1A.INST E  
INSTRUCCION N.3

NIG: 3500025120080000005

SENTENCIA 527/09

Ilmos. Sres.  
Presidente:  
D. Carlos García Van Isschöt  
Magistrados:  
D<sup>a</sup>. Mónica García de Yzaguirre (Ponente)  
D. Víctor Manuel Martín Calvo



En Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de diciembre de 2009.

VISTO, ante AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN QUINTA, el recurso de apelación admitido a la parte demandada, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el JDO. 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N.3 de PUERTO DEL ROSARIO de fecha 11 de abril de 2007, instada esta apelación a instancia de Delval Internacional representada por la Procuradora Dña. Beatriz Cambreleng Roca y dirigida por el Letrado D. Fernando Rodríguez Ravelo, contra Dña. Francisca Morera Martín y D. Cipriano Carballo González representados por el Procurador D. Luis León Ramírez y dirigidos por el Letrado D. Daniel Nuevo Hidalgo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada dice: "ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta el procurador David Travieso Darías, en nombre y representación de Francisca Morera Martín y Cipriano Carballo González, frente a DELVAL INTERNACIONAL S.A., y DECLARO que los actores son legítimos propietarios de la finca que se describe así:

"URBANA.- Vivienda localizada en Corralejo, término municipal de La Oliva, sita en la calle La Milagrosa 15. Tiene una superficie de 169 metros cuadrados. Linda: al Norte, vivienda de Francisco Rodríguez Carreño (marido de la titular catastral Carmen González Carballo); Sur, calle Almirante Nelson; Naciente, calle La Milagrosa; y Poniente, vivienda de Cleofé Carballo González". Referencia catastral 0695406FS1709S0001KM.

ACUERDO la inscripción del dominio de la referida finca a favor de Francisca Morera

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias





Martín y Cipriano Carballo González, con cancelación de las inscripciones contradictorias de su dominio obrantes en el Registro de la Propiedad nº 1 de Puerto del Rosario a nombre de DELVAL INTERNACIONAL S.A.

Se imponen las costas procesales causadas a la demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, contra la misma cabe presentar recurso de apelación, en el plazo de cinco días a contar desde su notificación.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo."

Por Auto de 30 de abril de 2007 dictado por el referido Juzgado se acordó complementar la sentencia anteriormente dictada, siendo su parte dispositiva, literalmente copiada, la siguiente: **"ACUERDO** complementar la sentencia de fecha 11 de abril de 2007 en el sentido siguiente:

En la parte dispositiva, debe añadirse después de **"ACUERDO** la inscripción del dominio de la referida finca a favor de Francisca Morera Martín y Cipriano Carballo González, con cancelación de las inscripciones contradictorias de su dominio obrantes en el Registro de la Propiedad nº 1 de Puerto del Rosario a nombre de DELVAL INTERNACIONAL S.A.", lo siguiente: **"en concreto, la correspondiente a la finca nº 951 del Registro de la Propiedad nº 1 de Puerto del Rosario, al folio 23, Tomo 706, Libro 221 del Término Municipal de La Oliva"**.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por este auto lo pronuncia, manda y firma MARÍA COLLADO LÓPEZ, Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Puerto del Rosario y su partido. Doy fe."

**SEGUNDO.-** La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiéndose solicitado prueba, se señaló para estudio, votación y fallo el día 9 de diciembre de 2009.

**TERCERO.-** Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es ponente de la sentencia la litma. Sra Dña. Mónica García de Yzaguirre, quien expresa el parecer de la Sala.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se alza la demandada frente a la sentencia dictada en la primera instancia alegando en primer lugar la incongruencia omisiva. Aduce la recurrente que a la vista de la defectuosa redacción de la demanda esta parte solicitó de la actora una serie de aclaraciones en la Audiencia Previa manifestando el actor que solicitaba la declaración de nulidad de la escritura pública de segregación autorizada por el Notario de Puerto del Rosario Don Francisco Bañegil Espinosa el día 13 de diciembre de 2004 (número de protocolo 4454), así como la declaración de nulidad de la escritura pública de compraventa autorizada por el mencionado Notario el 22 de mayo de 2001 (Número de protocolo 939).

Sin embargo, reseña la apelante, la sentencia impugnada omite cualquier pronunciamiento a propósito de ninguna de las dos peticiones verificadas por el actor. Cita en su apoyo la parte reiterada doctrina del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, denuncia la recurrente la





existencia de un litisconsorcio pasivo necesario derivado de la necesidad de demandar a PLALAFUSA S.A., puesto que fue la vendedora de la finca registral 951 a la apelante en virtud de la escritura pública cuya nulidad se pretende. Cita asimismo la parte numerosa jurisprudencia relativa a este instituto y recuerda que se trata de una cuestión de orden público apreciable incluso de oficio por los Tribunales.

**SEGUNDO.-** Ambas alegaciones que han quedado expuestas en el fundamento anterior deben rechazarse. Lo cierto es que en la demanda no se ha ejercitado la pretensión de declaración de nulidad de las escrituras a que se refiere la recurrente, y el Juez a quo, en consecuencia, no se ha pronunciado sobre dicho extremo, al no formar parte del petitum. Al no pretenderse la nulidad, ni discutirse tal extremo, no existe el alegado litisconsorcio pasivo necesario respecto de la entidad vendedora Plalafusa S.A.

Es cierto que en el encabezamiento del escrito inicial se dice que se formula demanda sobre "declaración de propiedad, nulidad de la escritura de compraventa y cancelación de las inscripciones registrales contradictorias", pero la referencia a la nulidad de la escritura de compraventa hecha en este encabezamiento queda en una mera alegación, toda vez que en los fundamentos jurídicos de la demanda, concretamente el 6º, se dice con claridad que "La acción que se está ejercitando es la DECLARATIVA DE DOMINIO", sin que se realice alusión alguna a la nulidad, como tampoco se contiene en el suplico del referido escrito inicial en el cual se reitera que se tenga por formulada "demanda de declaración de propiedad o dominio", sin que se solicite cosa alguna respecto de las escrituras públicas a que se refiere la recurrente.

El letrado de la apelante en el acto de la Audiencia Previa solicitó del actor que aclarara determinados extremos, entre ellos, la aparente contradicción entre el encabezamiento y el suplico de la demanda en lo relativo a la nulidad de las escrituras. Lo que dice el Letrado en dicho acto, textualmente transcrito, es lo siguiente: <<Si se pide la cancelación de la inscripción porque consideramos que los verdaderos propietarios son mis defendidos, entendemos que la escritura en virtud de la cual la parte contraria adquirió y registró, pues, tiene que considerarse en cuanto a la ubicación o a la cabida de la misma, nula, tiene que ser considerada como nula, es decir, la parte contraria adquiere una finca que es de muchos miles de metros y la vivienda de mis clientes señoría, pues, está ubicada dentro de la misma. Evidentemente por tanto si se pide la cancelación registral de la escritura de la parte contraria tiene que considerarse, o tiene que decretarse la nulidad de la parte en la que se hace referencia a la vivienda que es propiedad de mis defendidos.>>

El Tribunal, al igual que el Juez a quo, no considera en modo alguno que estas declaraciones hayan introducido en el suplico de la demanda la pretensión de que se declare la nulidad de una o varias escrituras públicas, sino que, como indica el propio Tribunal Constitucional, se trata de una alegación y no de una pretensión. La acción ejercitada es la declarativa de dominio, a la que se acumula la de cancelación de inscripciones contradictorias en el Registro de la Propiedad al versar la acción sobre un bien inmueble, y la parte, alega y razona que la escritura de adquisición de la finca por la demandada Delval Internacional S.A. en lo que se refiere a la porción de terreno en que se ubica la vivienda del actor, debe considerarse nula precisamente por pertenecer dicha porción a sus mandantes, negándole el efecto traslativo del dominio a los efectos de la acción declarativa que es la única ejercitada. La parte demandante no pretende pronunciamiento alguno acerca de la nulidad de las escrituras o títulos de la recurrente, sino que, para apoyar su pretensión, alega que estos títulos deben considerarse nulos o sin efecto respecto de la porción de terreno en que se ubica la vivienda de los actores y que es objeto de la acción declarativa, pues que se declare su dominio es en definitiva la verdadera pretensión de la demanda.

Y como señala la parte apelante tiene dicho el Tribunal Constitucional que no toda





ausencia de pronunciamiento expreso sobre las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo distinguirse a estos efectos entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, pues mientras respecto de las primeras no se hace necesaria para la satisfacción del referido derecho fundamental una contestación explícita y pomenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar una respuesta global o genérica al problema planteado, respecto de las pretensiones la exigencia de una respuesta expresa se muestra obligada, aun cuando se admite excepcionalmente la desestimación tácita de la pretensión siempre que del conjunto de los razonamientos incluidos en la resolución y de las circunstancias concurrentes en el caso pueda inferirse razonablemente que el órgano judicial tuvo en cuenta la pretensión y, examinándola, tomó la decisión de desestimaria, omitiendo sólo el pronunciamiento expreso pero no la decisión desestimatoria.

Tratándose de una alegación y no de una pretensión se ha de concluir que la sentencia apelada no incurre en incongruencia, y da respuesta a todas las pretensiones ejercitadas y cuestiones planteadas por las partes, desestimándose en consecuencia los motivos examinados alegados en el recurso de apelación.

**TERCERO.-** Como alegación tercera del recurso de apelación reitera la demandada apelante la improcedencia de la acción declarativa de dominio pues tales acciones se admiten a condición de que su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica, concediéndose en consecuencia únicamente cuando el demandante tenga interés legítimo en que esa relación jurídica puesta en duda o controvertida sea inmediatamente declarada y no pueda utilizar otra acción, con cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo.

Indica la recurrente que es requisito esencial jurisprudencialmente exigido para el ejercicio de la acción meramente declarativa:

- a) Que exista duda o controversia sobre la situación jurídica del actor tan fundada que pueda temerse por su seguridad; y
- b) Que el peligro temido sea de tal naturaleza que para evitarlo la declaración judicial sea precisamente la única medida adecuada y posible.

Indica la recurrente que en la declaración de la parte actora verificada en el acto del juicio reconoce que nunca intentó inscribir en el Registro de la Propiedad su derecho, nunca se molestó en saber si su derecho aparecía en el Registro de la Propiedad inscrito a favor de otra persona, nunca ha sido perturbado en su derecho, nunca ha recibido comunicación en que se le conminara a abandonar su posesión y que interpuso la demanda porque todos los vecinos de Corralejo decidieron demandar a Delval Internacional S.A.

Es igualmente requisito de la acción, al entender de la parte, que vaya dirigido precisamente contra la persona frente a la cual la declaración creando cosa juzgada, cumpla la finalidad de certeza jurídica que satisface la necesidad del actor.

Aduce la apelante que su representada nunca ha perturbado ni discutido el derecho del actor y ha manifestado con claridad que no puede reconocer la titularidad que reclama la contraparte por dos motivos, porque la indefinición de la descripción de la finca hace que la misma sea susceptible de quedar encuadrada dentro de cualquier parte de la descripción que, en origen, tenía la finca 951 (que era de más de 25 millones de metros cuadrados, cuando en la actualidad apenas tiene una superficie de 250 metros cuadrados); y en segundo lugar porque a la luz de los datos que aporta la contraparte, son fundados y considerables los temores de que la finca reclamada no se encuentre dentro de lo que, en la actualidad, constituye el resto de la finca 951.

Por ello la acción declarativa aunque no requiere que el demandado sea poseedor sí exige que de alguna manera contravenga en forma efectiva el derecho de propiedad.





En el caso presente resulta correctamente planteada la acción declarativa de dominio, a la que recordemos se acumula la pretensión de inscripción de dicho dominio a su favor y la cancelación de inscripciones contradictorias, frente a la demandada hoy apelante que con su recurso de apelación no viene más que a constatar su oposición a que sea declarado el dominio de los actores sobre la finca objeto del procedimiento. Los demandantes tienen un interés legítimo en obtener la declaración de su dominio y el acceso del dominio declarado al Registro de la Propiedad, siendo que tal acceso les está vedado al encontrarse ubicada la vivienda cuyo dominio alegan dentro del perímetro del resto de finca registral 951 que figura inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de la demandada apelante, como así se constata con la pericial practicada y planos y fotografías aéreas obrantes en las actuaciones. En consecuencia, el acceso de la finca al Registro debe partir de la previa segregación respecto de la matriz inscrita, que es la finca adquirida por la demandada correspondiente al casco antiguo de Corralejo, pues aun cuando la recurrente considere que no ha discutido ni se ha opuesto a la posesión o al dominio de la parte actora, lo cierto es que conforme al contenido del Registro de la Propiedad, la finca de los demandantes no puede tener acceso sin el consentimiento de la titular inscrita de la finca que por su descripción originaria incluye la de los actores. Y no existiendo este consentimiento se ve obligada la parte a demandar en juicio a la apelante para obtener el acceso de su dominio al Registro de la Propiedad para que no ofrezca ningún género de duda, y así se publique frente a todos, obteniendo la protección de la fe pública registral, que la vivienda de los demandantes debe excluirse precisamente de la actual finca 951 que es resto de la originaria que abarcaba la totalidad del casco antiguo de Corralejo en el término municipal de La Oliva.

**CUARTO.-** Considera la recurrente, también en su alegación tercera del recurso de apelación, que no concurren en el presente caso los requisitos de la acción ejercitada relativos a la identificación del inmueble y el justo título de dominio.

A estos efectos señala la parte que el titular no inscrito tiene proscrito, conforme al artículo 1949 del Código Civil, acudir a la prescripción ordinaria y sólo se le permite la vía de la extraordinaria frente al tercero hipotecario que reúna los requisitos previstos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Argumenta la parte que la demandada es titular registral del derecho dominical sobre el bien y cabe considerarle tercero hipotecario de buena fe, pues reúne los requisitos establecidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Refiere la recurrente que no se ha puesto en duda ni controvertido acerca de los requisitos integrantes de la figura del tercero hipotecario de buena fe, salvo lo atinente precisamente a la buena fe, pero sin olvidar que basta con que el tercero ignore que existe un elemento invalidante de su negocio jurídico traslativo del dominio y aquí, a juicio de la recurrente, la ignorancia es absoluta ya que no existe ese elemento invalidante.

Y si se estima que el único precepto aplicable es el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, expone la parte apelante que el adquirente que reúne los requisitos del artículo 34, si la usucapción ya estuviera consumada, goza de un año, el siguiente a su adquisición, para realizar un acto por el que no consienta esa usucapción, en cuyo caso prevalece su derecho al del usucapiente que ya tenía consumada su usucapción; y si la usucapción y estuviera iniciada pero su consumación se produjera dentro del año siguiente a la adquisición del dominio, gozará del período de tiempo que media entre la fecha de consumación de la usucapción y aquella en la que concluye el plazo de un año desde la adquisición para realizar un acto por el que no consienta esa usucapción, en cuyo caso prevalece su derecho al del usucapiente que tenía consumada la usucapción.

Indica además la parte que para la prescripción ordinaria del dominio se requiere





buena fe y que la buena fe se pierde cuando el poseedor conoce que el dominio estaba inscrito en el Registro de la Propiedad en favor de otro titular, lo que se reconoció el actor en la prueba de interrogatorio así como el resto de los testigos, admitiendo que siempre se supo que la finca figuraba inscrita a nombre de tercera persona.

En el presente caso considera la parte recurrente que debe rechazarse que la parte actora haya adquirido el dominio de la finca litigiosa a través de la prescripción adquisitiva ordinaria, primero por aplicación del artículo 1949 del Código Civil que no permite la usucapción ordinaria contra tabulas; segundo, por no concurrir el requisito de la buena fe; y en tercer lugar por carecer la actora de justo título al no poder reputarse como acreditada la existencia del pretendido contrato privado de compraventa por el que afirma adquirida la propiedad por su causante.

Y respecto de la prescripción extraordinaria del artículo 1959 del Código Civil, señala la parte que no basta la posesión natural o simple tenencia material de la cosa, sino que es imprescindible la posesión civil, siendo aplicables los artículos 444 y 430, siguientes y concordantes del Código Civil, incumbiéndole la carga de la prueba al poseedor de que lo hace en concepto de dueño. A juicio de la parte apelante en el presente caso la posesión de la parte actora no fue en concepto de dueño. Además, destaca la recurrente que los actos de posesión que se dicen realizados no son representativos, y así, pagos de impuestos de basura, contribuciones y licencias, que por su índole, constituyen actos meramente tolerados (artículos 432, 444 y 447, 1941 y 1959 del Código Civil), expresivos de la mera tenencia, y sin que exista constancia cierta de la fecha en que se afirma iniciada.

Alude la parte a la doctrina de la relevancia de acreditar los actos inequívocos con clara manifestación externa de tráfico que considera aplicable al caso de que se pretenda haberse producido un cambio en el concepto posesorio, de "precario" a "en concepto de dueño", sin que pueda operar con el mero "animus" o unilateral voluntad del tenedor sin aquella conducta externa. Concluye la representación de la parte apelante que como quiera que no consta probada la posesión en concepto de dueño, debe aplicarse el artículo 38 de la Ley Hipotecaria a favor de su representada, pues al no existir prueba en contrario prevalece la presunción que el precepto establece.

Reitera la recurrente que la parte actora no ha logrado acreditar que la finca de la que solicita la declaración de dominio a su favor se encuentre dentro de los linderos de la finca 951, puesto que sus alegaciones tienen una indeterminación en la fijación de linderos y el actor no aportó con la demanda ni en la fase probatoria, ni planos de la finca reclamada, ni planos de la finca propiedad de la demandada, ni solicitó el reconocimiento judicial ni tampoco fijó con precisión la ubicación exacta de la finca. Señala la parte que el hecho de que la actora acreditara que la finca se encontraba dentro de los linderos que, en origen, tenía la finca 951, no significa que siga ubicada dentro de los linderos correspondientes al resto de finca matriz que adquiere la apelante en el año 2001 y que constituye menos de un 0,25% de lo que fue la superficie originaria de dicha finca. Pone de manifiesto la parte que se da una falta de identificación de la finca, ya que la actora reclama la declaración de dominio sobre la mitad de una casa en Corralejo y, sin embargo, mediante prueba documental aportó varias referencias catastrales diferentes y numerosas direcciones relativas aparentemente a diferentes domicilios. Igualmente indica la paradoja de la tesis de la sentencia de instancia al reiterar que la finca 951 tiene sus linderos indefinidos por lo que no es posible determinar cuál es su situación, por un lado, y, sin embargo, se considera probado que la finca litigiosa se encuentra dentro de los linderos actuales de la finca 951.

Por su parte, en la alegación cuarta del escrito de interposición del recurso de apelación, estima infringidos la recurrente los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria.





Ataca en primer lugar la sentencia de instancia por cuanto la juzgadora manifiesta que ha quedado acreditado que la adquisición de la finca 951 por parte de Delval no se hizo de buena fe. Estima la parte que la Juez a quo desconoce que la finca registral 951 de La Oliva constituye el resto de una finca que originariamente ocupaba una superficie de más de veintisiete millones y medio de metros cuadrados, y lo que adquirió al recurrente era el resto de la finca, una vez realizada una ingente cantidad de segregaciones, que la habían dejado reducida a apenas 9.500 metros cuadrados, pagando más de ciento veinticinco millones de las antiguas pesetas por adquirirla.

Señala la parte que la juzgadora confunde la existencia de una edificación sobre el inmueble litigioso con la posesión a título de dueño que los actores o sus causantes pudieran ostentar sobre el mismo.

Analiza profusamente la parte distinta doctrina y jurisprudencia acerca del tercero hipotecario así como de la usucapión contra el Registro de la Propiedad, con cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales, en relación con el contenido del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, analizando en definitiva qué debe entenderse por medios suficientes o motivos racionales para conocer por el adquirente la situación posesoria ad usucapionem que se produce extrarregistralmente, así como cuál sea el objeto de conocimiento por el tercer adquirente, si el hecho de la posesión, el título de la misma o la persona sujeto de ella. Cita igualmente la obra de D. Ramón María Roca Sastre y D. Luis Roca Sastre Muncunill y de D. Antonio Alberto Calvo Meijide.

**QUINTO.-** Pese a la gran extensión del escrito de interposición del recurso de apelación y, concretamente, de las alegaciones tercera y cuarta que se han resumido en el fundamento anterior, lo cierto es que se trata de generalidades doctrinales y jurisprudenciales que no se conectan por la recurrente con la especificidad del caso analizado, ni se ataca eficazmente la sentencia recurrida, que es respetuosa con los preceptos del Código Civil que regulan la prescripción adquisitiva, y con la interpretación dada a los mismos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En definitiva lo que se ataca por la parte es la valoración de la prueba que efectúa la Juez a quo en la sentencia de primera instancia pretendiendo que esta Sala no tenga por probado lo que como tal se declara en la resolución apelada, pero sin que aporte la recurrente ningún argumento por el que resulte absurda, ilógica o disparatada la valoración contenida en aquélla.

Este Tribunal, después de haber visionado el soporte audiovisual del acto del juicio, y examinado la totalidad de la prueba aportada alcanza idéntico resultado probatorio, amén de que no se advierte ninguna infracción legal, habiéndose ajustado la valoración de la Juez a quo a las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la lógica del actuar humano y a la sana crítica, debiendo prevalecer la imparcial valoración que de la prueba se contiene en la sentencia recurrida respecto de la parcial que sostiene la recurrente.

En cuanto a la identificación de la finca la acción declarativa de dominio viene referida a la edificación ubicada en la calle La Milagrosa nº 15 del municipio de La Oliva haciendo esquina con la calle Almirante Nelson, con la que linda por el sur, y solar sobre el que la misma se asienta, edificación destinada a vivienda que se encuentra plenamente consolidada en zona urbana y que tiene unos linderos perfectamente definidos. A la demanda se acompaña informe topográfico en el que se expresa que la vivienda tiene la forma de un polígono irregular ocupando ésta una superficie de 169 metros cuadrados, estando plenamente deslindada por el norte con la vivienda de Francisco Rodríguez Carreño, por el Sur por la calle Almirante Nelson, por el Este por la calle La Milagrosa, y por el Oeste por la vivienda de Cleofé Carballo González. La finca que se reclama, al tratarse de una edificación, es un cuerpo cierto, plenamente individualizado, que tiene una correspondencia inequívoca con la realidad





física.

En cuanto al iter acaecido en la venta del resto de finca desde el inicial propietario hasta la recurrente, se está a lo descrito en la sentencia nº 111/2005 de 10 de marzo de 2005 primera de las dictadas por esta Audiencia, y de esta misma Sección 5ª, en asunto análogo, en cuanto a los extremos relativos a la finca matriz 951, que fue además aportada a los presentes autos en la primera instancia.

El representante legal de la entidad apelante declara en el acto del Juicio residir en Fuerteventura desde hace cuarenta años. Manifiesta que compró un resto de finca, compró el suelo no las casas, pero refiere que sabe perfectamente dónde está lo que compró aunque al ser un resto de finca resultó más complicado. Manifiesta que la finca de la calle Milagrosa número 15 no se encuentra dentro de los 9.500 metros que compró Delval Internacional y que además en el plano que aportan estos señores está perfectamente identificada la finca pues aportan una escritura del año 1965 con los Viñoly y la correspondiente a esta finca es la parcela X, cree, que ni pertenecía a Plalafusa que fue quien se la vendió, ni le pertenece a él. A él lo que le vendió Plalafusa son 9.600 metros que a día de hoy están perfectamente identificados metro a metro, que esa finca quedaría en la finca de Viñoly o de otra persona. Afirma que la finca en la que está la casa del actor ni les pertenece ni nunca les ha interesado porque saben perfectamente que no les pertenecía. Que dentro de esa finca había un baile de 2000 o 3000 metros y ellos tuvieron la precaución de requerir a las personas para poder situar sus 9.600 metros, y no es el caso de los demandantes. Se verificaron 140 requerimientos dirigidos a las personas que poseían el suelo a efectos de que presentaran título si lo tuvieran ya que al no estar en el Registro lo desconocían, pero que en relación a esta finca de la calle Milagrosa desde el principio consideran que pertenece a la familia Viñoly que se reservó suelo en esa finca al vender a Plalafusa. Tiene claro que no era de Delval. Dice que hay una serie de divisiones en parcelas, la X, la J la O, etc, y que esa finca cree que queda dentro de la finca X que se la queda Viñoly y no la vende a Plalafusa. Que en origen sí se encuentra dentro de la finca 951 porque es una finca muy grande que abarca todo el caso antiguo de Corralejo, pero respecto al resto de 9.500 metros que es lo que adquiere Delval no está la finca de la calle Milagrosa dentro de la 951.

Ahora bien, estas declaraciones del representante legal de Delval Internacional no se corresponden con las fotografías aéreas, las escrituras y planos incorporados a las mismas, especialmente la de aclaración del año 1965 de 23 de agosto (documento 29 de la demanda) en cuyo folio 6N2111796 vuelto (folio 175 vuelto de las actuaciones) obra el plano que delimita el resto de finca 951 llamada del casco antiguo de Corralejo y sus aledaños, así como dentro del mismo las parcelas designadas con letras que a su vez Plalafusa vendió a los iniciales vendedores, plano que el Ingeniero Técnico en topografía Don Eustaquio Eloy González Figueroa ha traspuesto sobre la fotografía aérea de 1960 (folio 42 de las actuaciones) y sobre un levantamiento planimétrico de la situación actual del casco de Corralejo, comprobándose que la edificación que constituye la vivienda objeto de autos se encuentra dentro del resto de finca que Plalafusa S.A. vendió a Delval Internacional S.A. y no se ubica en ninguna de las parcelas reseñadas con letras alfabéticas que se vendieron de nuevo a los Viñoly. Más concretamente, de dicha escritura resulta que la parcela "K" linda con casas de Felipe Moreno, o Morera, que es precisamente el padre de la actora de quien heredó un sexto de finca, habiendo adquirido la misma y su esposo el resto de cinco sextos de los demás herederos por medio de la escritura aportada en autos de 6 de octubre de 1987. Ello se observa con claridad en la ampliación de dicho plano que figura al folio 109 de las actuaciones y que viene refrendado por el Notario Don Emilio Romero Fernández como que se corresponde con el original unido a la referida escritura.

El actor manifiesta en su declaración que la casa fue toda la vida de sus suegros y







que su esposa, la codemandante, Doña Francisca Morera Martín, nació en dicha casa, y posteriormente ellos la compraron al resto de los herederos y la arreglaron. Estas manifestaciones se corresponden con la certificación expedida por el Ayuntamiento de La Oliva en la cual se refiere que en el Padrón Municipal de Edificios y Solares del año 1930 consta la existencia de una vivienda ubicada en Corralejo nº 25, siendo su contribuyente Don Felipe Morera Figueroa, inmueble registrado con el número 390 que linda derecha entrando, a la izquierda y al dorso con terrenos de Francisco Manrique de Lara y Ríos. El testigo conoce la casa por haber vivido en Corralejo toda la vida, sesenta y un años. La testigo Doña Carmen Estévez igualmente manifiesta que en esa casa ha visto a los padres de Francisca, el señor Felipe y la señora Petronila, de toda la vida y después a los hijos y a los nietos, y que ha vivido toda la vida en Corralejo.

Y pese a lo que manifiesta la parte recurrente lo cierto es que el pago de la contribución al Ayuntamiento, al tratarse de un impuesto que grava la propiedad urbana, es un acto externo de dominio del que resulta la posesión en concepto de dueño, y no un simple acto revelador de una posesión por distinto título como es la contratación y pago de suministros. Por ello, ya en el año 1930 el padre de la demandante poseía la vivienda en concepto de dueño de forma pública y pacífica, y abonando la contribución correspondiente, sin que exista solución de continuidad entre la posesión de Don Felipe Morera Figueroa y la demandante Doña Francisca Morera Martín, quien incluso nació en la vivienda litigiosa, habiendo ella y su esposo adquirido a los demás herederos, hermanos de aquella, el resto de la finca al fallecimiento de sus padres, en título público que se aporta, comportándose en todo momento como dueños, realizando reformas en la vivienda y abonando cuantos impuestos se derivan de la propiedad de la misma, que figura desde 1930 catastrada primero a nombre de Don Felipe Morera Figueroa y después a nombre del actor.

Sin necesidad por ello de mayores disquisiciones el Tribunal considera probado, al igual que la Juez a quo, el dominio de los actores por prescripción adquisitiva extraordinaria, al unir su posesión a la de su causante, estando levantada la vivienda en su configuración actual ya en el año 1960 conforme a la fotografía aérea, de acuerdo con el artículo 1959 del Código Civil, sin que la entidad Delval Internacional haya actuado conforme al artículo 36 de la Ley Hipotecaria para enervar la prescripción ganada antes de que ésta adquiriera la finca, e incluso reconociendo su representante legal que sabe de cierto que la vivienda de los actores no es de su propiedad.

**SIXTO.-** En la alegación quinta del recurso de apelación denuncia la parte apelante la inconstitucionalidad de la usucapión sin buena fe y sin título, por contrariar el artículo 33 de la Constitución, al tratarse de la privación de la propiedad ajena gratuita y singularmente, siendo reiterada la jurisprudencia que entiende que el que usucape contra el Registro lo hace de mala fe. Por lo tanto estima el recurrente que las normas sustentantes de la usucapión deben tenerse por derogadas por la vigente Constitución.

Respecto de esta cuestión tiene ya dicho este Tribunal en la reciente sentencia número 414/2009 de 30 de septiembre, rollo 656/2008, que tampoco puede prosperar la supuesta inconstitucionalidad de la usucapión extraordinaria pues tal instituto no infringe en modo alguno el artículo 33 de la Constitución. Debe recordarse que el derecho de propiedad no es para nuestra norma suprema un derecho fundamental, sino que se incardina dentro de la Sección 2ª del Capítulo II Título I dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos. Este derecho admite su regulación por ley, y únicamente exige la Constitución, en su artículo 53.1 que la ley reguladora respete su contenido esencial. En efecto, el Código Civil, ley reguladora, entre otras, del derecho de la propiedad, respeta el contenido esencial de dicho derecho cuando establece las





distintas formas de adquirir el dominio en su artículo 609, y regula en su libro cuarto Título XVIII la prescripción adquisitiva. No estamos ante una expropiación ni por tanto una privación gratuita del dominio, como afirma la parte, sino ante la pérdida del dominio en razón de la adquisición por tercero en virtud de posesión continuada a título de dueño por los plazos establecidos por la Ley, tutelando el ordenamiento jurídico las situaciones posesorias que se mantienen a lo largo de un dilatado período de tiempo, ejercitando el poseedor facultades dominicales de forma pública, pacífica e ininterrumpida, cuando el titular permanece inactivo en los plazos establecidos en la Ley, no sólo por razones de seguridad jurídica, sino también en razón a la propia conducta del propietario y el usucapiente, el primero en cuanto no puede razonablemente ignorar en los plazos previstos legalmente que el bien es poseído por otro y, a pesar de ello, no actúa en defensa de su derecho, y el segundo en cuanto viene manteniendo frente a todos no sólo la posesión del bien, sino el ejercicio respecto del mismo de las facultades dominicales, asumiendo de la misma forma las obligaciones derivadas de tal condición.

**SÉPTIMO.-** En la alegación sexta del recurso de apelación se aduce la nulidad de actuaciones pues el acto del juicio ha quedado grabado por soporte de audio en lo que respecta al micrófono utilizado por las partes y los testigos/peritos, no quedando debidamente grabadas las manifestaciones realizadas por los letrados, escuchándose tan sólo las respuestas y no las preguntas, ni las conclusiones.

Cita como infringidos la recurrente los artículos 147.1º, 187.1º, 146.2, 187.2 y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considerando que el registro del desarrollo de la vista del juicio oral en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, tiene carácter obligatorio, siendo el acta detallada subsidiaria de aquel registro.

Añade la apelante que para dar cumplimiento a los requisitos exigidos por los artículos 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Tribunal de apelación debe disponer del soporte en el que consten debidamente registrados el sonido y la imagen de la vista oral, en su defecto, sólo el sonido, y si no fuera posible, un acta del Secretario judicial con la necesaria extensión y detalle de lo actuado.

En el presente caso, siendo a juicio de la actora la cuestión debatida eminentemente fáctica, atinente a la credibilidad de las personas que declararon en el acto del juicio, y revisiendo el acta levantada por el Secretario carácter sucinto, sin que se hagan constar las preguntas formuladas ni las respuestas de los intervinientes, el tribunal que debe resolver la apelación no puede valorar el contenido de tales pruebas personales al haber resultado fallida la grabación de la vista. La consecuencia debe ser, al entender de esta parte, la anulación de la sentencia debiendo ser repetido el juicio por el mismo órgano que lo celebró a fin de que pueda dictarse nueva resolución y, en su caso, conceder a las partes plenas garantías propias de la segunda instancia civil, comprendiendo la nulidad de pleno derecho de las actuaciones la de la sentencia dictada por la Juzgadora a quo de 9 de abril de 2007 y, obviamente, la del pronunciamiento de la misma relativo a las costas de la primera instancia.

En cuanto a la nulidad pretendida, que curiosamente no se interesa en el suplico del escrito de interposición del recurso de apelación, como reiteradamente tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional, para apreciar la existencia de una posible indefensión contraria al artículo 24.1 CE, no basta con que se haya producido la transgresión de una norma procesal, sino que es necesaria la concurrencia de otros requisitos -Vid. v.gr. STC 126/1991, de 6 de julio-. Así, la indefensión ha de ser efectiva y no meramente formal, lo que significa que el defecto procesal haya supuesto un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de la parte.

El concepto de indefensión, con relevancia constitucional, como ya se indicó, no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal,





ni tampoco puede equipararse con cualquier irregularidad o infracción de las normas procesales que los órganos judiciales puedan cometer. Para que la indefensión entrañe una vulneración de la norma referenciada se requiere que la actuación de los órganos judiciales haya causado al litigante una real y efectiva privación o menoscabo de sus posibilidades de defensa.

Pues bien, la Sala ha tenido oportunidad de visionar íntegramente los soportes audiovisuales en que quedaron grabados los actos de Audiencia Previa y Juicio oral en la primera instancia y ha podido comprobar que en los DVD originales unidos al procedimiento y remitidos a esta Sala no existe ningún problema de audio, y se escucha con claridad, aunque con un volumen más bajo, a los letrados, tanto en las preguntas que formulan como en las conclusiones orales, sin que por ello se sustraiga a este Tribunal de la capacidad de revisión de la prueba en la alzada. No se duda de que la copia que se haya entregado a la parte ya sea debido a la propia copia ya en razón al equipo del que disponga el Letrado para su reproducción, tenga dificultades de audio respecto de lo que dicen los Letrados, pero lo cierto es que el original se oye perfectamente y el defecto aludido no genera indefensión alguna, toda vez que el Letrado redactor de la apelación conoce perfectamente por haber intervenido directamente en el acto de la vista lo que en ella se dijo, por él mismo, y por el Letrado contrario, lo que lleva consigo la desestimación de la nulidad pretendida.

Las anteriores consideraciones conllevan la íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la sentencia apelada.

**OCTAVO.-** Al desestimarse el recurso de apelación procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Delval Internacional S.A., contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2007, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Puerto del Rosario en autos de Juicio Ordinario 116/2006, **CONFIRMAMOS** la expresada resolución, complementada por Auto de 30 de abril de 2007, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.





**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias

