



Roj: **SAP GR 1463/2008 - ECLI: ES:APGR:2008:1463**

Id Cendoj: **18087370032008100219**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **3**

Fecha: **10/10/2008**

Nº de Recurso: **383/2008**

Nº de Resolución: **407/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE REQUENA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN TERCERA

ROLLO Nº 383/08 AUTOS Nº 189/07

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº UNO DE LOJA

ASUNTO: J. ORDINARIO

PONENTE SR. JOSE REQUENA PAREDES.-

SENTENCIA N.º 407

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JOSE REQUENA PAREDES

MAGISTRADOS

D. JOSE M^a JIMENEZ BURKHARDT

D. KLAUS J. ALBIEZ DOHRMANN

En la Ciudad de Granada, a diez de octubre de dos mil ocho.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial constituida con los Ilmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo nº 383/08- los autos de J. Ordinario nº 189/07, del Juzgado de Primera Instancia nº uno de Loja, seguidos en virtud de demanda de D^a Nieves y D. Cosme contra D^a Inés .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que, por el mencionado Juzgado se dictó resolución en fecha dieciocho de marzo de dos mil ocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora D^a M^a Jesús González García, en nombre y representación de D^a Nieves y D. Cosme , contra D^a Inés , imponiendo, a la parte actora, el pago de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, oponiéndose la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a éste Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO.- Que, por este Tribunal se han observado las formalidades legales en ésta alzada.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE REQUENA PAREDES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Los demandantes, titulares de cuatro quintas partes de las fincas registrales NUM000 y NUM001 y colindantes, como titulares de la nº NUM002 , de la segregada e independiente de esta última, finca nº NUM003 , todas ellas descritas en el cuerpo de la demanda y ubicadas en el término municipal de Loja, formularon demanda de retracto de comuneros respecto a las dos primeras y subsidiariamente, también, retracto de colindantes respecto a la última citada, en razón de la escritura de 31 de enero de 2007 por la que la quinta parte restante de las dos primeras fincas y la totalidad de la otra que hasta su segregación registral formaba también una quinta parte indivisa de la nº NUM002 pasó a la propiedad de la demandada, al otorgarle escritura de dominio a su favor los herederos de D. María Esther , única que por razones de incapacidad civil no pudo en su momento, entre 1981 y 1986, otorgar como el resto de sus hermanos D. Millán , D. Juan Antonio , D^a Angelina y D. Francisco , la escritura o títulos que permitió al comprador D. Carlos Antonio inscribir, en su momento, por vía del art. 205 de la L. Hipotecaria, el dominio de las 4/5 partes de esas tres fincas con carácter ganancial junto a su esposa D^a Inés , única demandada, quedando pendiente de acceso al registro la quinta parte, previamente adquirida junto al resto, sobre la que ahora se ejercita el retracto.

La sentencia de instancia, desde un confuso razonamiento último denegó el Derecho de retracto pese a reconocer en abstracto la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 1.521 y 1.522 del CC y frente a esta decisión se alzan los actores retrayentes que la combaten a través de dos motivos principales, que alterando el orden en que se articulan, primero defienden la viabilidad del retracto y luego insisten en justificar, prospere o no la acción, que la cuantía litigiosa no puede ser otra que la asignada en la demanda de 782'57 € en detrimento de la fijada por el Juzgado en 36.485'76 € tras el incidente de impugnación tramitado al efecto.

SEGUNDO.- Planteado así el recurso, el primer motivo merece rotundo rechazo por no concurrir los presupuestos que habilitan la acción de retracto ni de comuneros ni de colindantes respecto a ningunas de las tres fincas que se pretenden retraer.

El derecho que el art. 1.522 del CC . concede al copropietario de una cosa común para el caso de que se enajene a un extraño una parte de la misma, sea de todos o de algunos de los comuneros, tiene su razón de ser en reducir las cotitularidades dominicales o evitar la introducción de otros comuneros sobre la cosa en cotitularidad, cede y resulta inviable cuando la enajenación no se hace a un extraño. Esto es, en palabras de la STS 14 de noviembre de 1994 , a favor de un tercero por completo ajeno y sin relación alguna previa con la comunidad de que se trate. No ocurre así en el caso de autos. Todo lo contrario, tal como resulta acreditado, y declaraba la sentencia penal firme, de que trae causa la escritura por la que se intenta indebidamente retraer, dictada el 8 de mayo de 2001 por el Juzgado de lo penal en autos nº 83/01 con efectos de cosa juzgada, la ahora demandada era propietaria junto a su esposo, como integrantes de la sociedad de gananciales, de la totalidad de esa finca desde su adquisición a los hermanos Millán Juan Antonio Angelina Francisco . Como tal, fueron titulares registrales de 4/5 partes de la misma - luego embargadas y adjudicadas por vía de apremio de la que traen causa los actores- y eran titulares extrarregistrales de la otra quinta parte. Titularidad extrarregistral que desvirtúa la presunción del art. 38 LH y prevalece en la realidad jurídica impidiendo el derecho de retracto contra quien ya es comunero y sólo trata con el otorgamiento de la escritura de proveerse del título de dominio que ya detentaba para poder inscribirlo (por todas, vid STS 31-octubre-1989).

TERCERO.- Carece, pues de toda razón los recurrentes y, pocas veces podrá conocer la Sala de una acción de retracto más infundada a pretexto de entender operada una transmisión sobre aquello que ya pertenecía a la propia retraída en concepto de gananciales (vid, por todas, STS 18-mayo-2006) y excluye el requisito inexcusable de mediar una transmisión onerosa a favor de terceros extraños. En el mismo sentido STS 23-julio-1991 y STS 12-febrero-2007 con cita en la de 22-mayo-1996.

La escritura de enero 2007, no constituye un negocio traslativo, ni tampoco sana la nulidad de la escritura que declaró el Juzgado de lo Penal que fue el modo instrumental empleado por el esposo y cuñado de la demandada para, en fraude de los derechos de la demandada, y con trascendencia delictiva, privarle de una titularidad que la sentencia del Juzgado de lo Penal dejó sin efecto, sancionando punitivamente a sus autores, y mandando la restitución indebidamente sacada del patrimonio de sus titulares (la sociedad de gananciales formada por la demandada y su esposo Sr. Carlos Antonio) con objeto de que se proceda a la división y liquidación de esas fincas conforme a la Ley (adjudicación privativa a la demandada del 50% que le corresponde por el carácter de gananciales y la otra mitad indivisa por haberlo así dispuesto luego el cónyuge en el convenio liquidatorio y como pago parcial de la millonaria deuda por impago de pensiones que también determinó en su día otra condena penal del Sr. Carlos Antonio y cuyo débito le era reclamado en la ejecutoria nº 68/98 del Juzgado de lo Penal nº 4.

La nueva escritura pues, de 31 de enero de 2007, no supone un verdadero negocio traslativo, sujeto de retracto, sino el proveer los herederos de la antigua vendedora del título, que su causante, Dña. María Esther , no pudo otorgar en su momento respecto a la quinta parte transmitida junto con sus hermanos y dotar a la demandada de un título de acceso directo al registro de la propiedad como modo de salvar el tracto sucesivo y justifica



la pertenencia respecto a esa parte indivisa de la que, al menos un 50% pertenecía a la apelada mucho antes de adquirir los actores el resto de la finca.

CUARTO.- Fracasa pues este primer motivo del recurso y lo mismo sucede con el otro motivo principal que viene a combatir el auto interlocutorio de 16-noviembre-2007 que, acogiendo en parte, el incidente de impugnación de cuantía elevó a 36.485 € a razón del 6'40 €/m² la cuantía litigiosa de este procedimiento como precio real o de mercado que los retrayentes debían abonar por cada uno de los 5.884'8 m² que comprende la superficie a retraer en detrimento de los 772'57 € que en total ofrecieron los actores con base al precio que se consigna como catastral al tiempo de la escritura de 31-enero-2007, que ya hemos dicho no constituye en sí una compraventa propiamente dicha, sino un reconocimiento o elevación a pública de una transmisión privadamente realizada desde hacía mas de 25 años.

El recurso que reitera los mismos motivos de oposición que ya hizo valer en la instancia, fracasa al no lograr desvirtuar los ponderados razonables y correctos argumentos de la juzgadora de instancia al resolver el incidente.

La regla general que establece el art. 251 antes de detallar sus modos de cálculo según la acción ejercitada, es la de entender y exigir que "la cuantía se fijará según el interés económico de la demanda".

No se está como apuntaba la resolución del T. Supremo y de la A. Provincial de Salamanca que transcribe el apelante ante una cuantía consentida y aceptada que extemporáneamente trata de modificarse a conveniencia del litigante al que ya a la vista del resultado del proceso favorece su alteración. Todo lo contrario, la demandada cuestionó y no hacían falta muchos argumentos para demostrar su razón, que la cantidad ofrecida para subrogarse en la posición de la demandada retraída era ridícula en atención al valor de la finca y de su cabida y en estos casos, excepción hecha de los supuestos de adjudicación en subasta, la Doctrina autoriza a modificar el precio del retracto declarado en la escritura de compraventa por el realmente pactado o si no pudiera conocerse por el valor real y eso es lo que hizo con acierto y prudencia la sentencia frente a las dos tasaciones ofrecidas por los peritos de las partes y a ello ha de estarse como pertinente y justa solución en orden a la consecuencias económicas del pleito sin quiebra ni infracción de la regla 4^a in fine del art. 251 de la LEC, pues la misma se ha matizado en su alcance por la Doctrina legal que se dejó apuntada y que ya citaba el auto recurrido a cuyos atinados fundamentos nos remitimos en desestimación de este segundo motivo del recurso.

QUINTO.- Por aplicación del art. 398 LEC se imponen las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Y por lo que antecede,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia dictada por la Sra. Juez del Juzgado de instancia nº 1 de Loja en autos de juicio de retracto seguidos con el nº 189/07 de fecha 18 de marzo de 2008 debemos confirmar y confirmamos la misma así como el Auto de 16 de noviembre de 2007 que resolviendo el sobre la cuantía litigiosa, de este procedimiento fija esta en 36.485'76 €.

Se imponen a los recurrentes las costas de esta apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado lo pronunciamos mandamos y firmamos.