



Roj: **SAP SG 271/2014 - ECLI: ES:APSG:2014:271**

Id Cendoj: **40194370012014100271**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Segovia**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2014**

Nº de Recurso: **234/2014**

Nº de Resolución: **143/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA FELISA HERRERO PINILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SEGOVIA

SENTENCIA: 00143/2014

SENTENCIA Nº 143 / 2014

CIVIL

Recurso de apelación

Número 234 Año 2014

Juicio Ordinario 277/2012 (Retracto)

Juzgado de 1ª Instancia de

SEPÚLVEDA

En la Ciudad de Segovia, a veintiséis de septiembre de dos mil catorce.

La Audiencia Provincial de esta capital, integrada por los Ilmos. Sres. D. Ignacio Pando Echevarria, Pdte. Acctal.; Dª María Felisa Herrero Pinilla y D. Francisco Salinero Roman, Magistrados, ha visto en grado de apelación los autos de las anotaciones al margen seguidos a instancia de Dª **Gema**, mayor de edad, con domicilio en Rivas Vaciamadrid (Madrid), C/ DIRECCION000, NUM000, Piso portal NUM001, NUM002, NUM003; contra **la mercantil INVERSIONES SELECTIVAS DEL NOROESTE S.L.**, con domicilio social en Sevilla, Plaza Ponce de León, 11, piso Planta 2, 2F; sobre juicio ordinario (retracto), en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia, recurso en el que han intervenido como apelante, la demandante, representada por el Procurador Sr. Salcedo Rico y defendida por el Letrado Sr. Dopico Fadrique y como apelada, la mercantil demandada, representada por el Procurador Sr. Bartolomé Núñez y defendida por el Letrado Sr. Delgado Reguera y en el que ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dª María Felisa Herrero Pinilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia de Sepúlveda, con fecha veintiséis de julio de dos mil catorce, fue dictada Sentencia, que en su parte dispositiva literalmente dice: "**FALLO: DESESTIMAR íntegramente** la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales SRA. MARTIN BLANCO en la representación obrante en autos, frente a INVERSIONES SELECTIVAS DEL NOROESTE S.L., con expresa imposición de costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada que fue la anterior resolución a las partes, por la representación procesal del demandante, se interpuso en tiempo y forma, recurso de apelación, con enumeración de los pronunciamientos que se impugnan, al tenor que es de ver en su escrito unido en Autos, teniéndose por interpuesto el mismo para ante la Audiencia en legal forma, en base a lo establecido en el art. 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada en la Ley 37/2011 (BOE. 11 /10/2011), dándose traslado a la adversa y emplazándola



para oponerse al recurso o impugnarlo, y realizado el citado trámite en plazo, oponiéndose al mismo, se acordó remitir las actuaciones a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes ante la misma.

TERCERO.- Recibidos los autos en este Tribunal, registrados, formado rollo, turnado de ponencia y personadas las partes en tiempo y forma, señaló fecha para deliberación y fallo del citado recurso, y llevado a cabo que fue, quedó el mismo visto para dictar la resolución procedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la parte actora la sentencia de la instancia que desestimaba sus pretensiones en base a que *"ostentando DOÑA Gema únicamente 1/3 de la nuda propiedad de la vivienda sita en Cerezo de Arriba (Segovia), sobre la que se insta el derecho de retracto, y ejercitándose éste únicamente sobre el derecho de usufructo vitalicio, procede la desestimación de la demanda"*.

Fundamenta el recurso la parte en que, a pesar de ser nuda propietaria de parte de la finca afectada, sí le corresponde el ejercicio del retracto frente a quien ha adquirido el usufructo vitalicio del inmueble, la demandada INVERSIONES SELECTIVAS DEL NOROESTE, S.L.

Tras reconocer que no existe norma en el derecho común patrio que regule la materia, pero tomando como base el derecho civil catalán así como las normas referidas al censo enfiteútico, afirma la existencia de un derecho de adquisición preferente del nudo propietario sobre el usufructo, razón que le lleva a pedir que se estime la demanda y que se le reconozca el derecho de retracto de comuneros frente a la demandada.

SEGUNDO .- Ha entendido la recurrente que la sentencia es desestimatoria con fundamento en que le niega legitimación activa para actuar en el proceso, dada su condición de nuda propietaria.

Sin duda, de una forma un tanto oscura, el tribunal primero acude a una jurisprudencia favorable a tal reconocimiento -incluida alguna resolución de esta misma Sala-, para finalmente desestimar la demanda en lo que "parece" que es un rechazo a que el nudo propietario pueda beneficiarse del retracto frente a otros comuneros, al entender que *fuera del caso previsto en el art. 1636 del Código Civil, requiere para su ejercicio que se encuentre reunidos en una sola persona el usufructo, como dominio útil, y la nuda propiedad como dominio directo, pues la reunión y consolidación de ambos en lo que en realidad constituye la propiedad o dominio pleno de una cosa...y, por tanto, ...el retracto se ha de referir siempre a la transmisión de un derecho perfecto y completo, como es el de dominio* .

Sin embargo, decimos que sólo parece, ya que finalmente no alude a tal falta de legitimación como fundamento de la sentencia absolutoria, sino a que la actora, nuda propietaria de 1/3 de la finca urbana, ejerce el retracto *únicamente sobre el derecho de usufructo vitalicio* y no sobre la propiedad plena del bien.

En todo caso, conviene precisar que, en efecto, *el retracto se ha de referir siempre a la transmisión de un derecho perfecto y completo, como es el de dominio* , porque así lo señala la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como más adelante analizaremos. Pero tal argumento nada tiene que ver con la legitimación activa para el ejercicio de la acción de retracto.

Dicho de otra forma. Una cosa es que el retracto sólo puede afectar al derecho real de dominio, y no a otros derechos reales o de otro tipo que limiten la plena propiedad, y otra bien distinta que el ejercicio de la acción exija en el legitimado, no sólo su condición de propietario, sino también que esté en el pleno disfrute de todas las facultades emanantes de su condición de dómimo, incluido el derecho de goce sobre el bien (art. 348 y art. 467 CC).

En este sentido y siendo consecuente con la jurisprudencia a la que alude la propia resolución apelada, hemos de reconocer que no sólo el *pleno* propietario está legitimado para ejercitar la acción, sino también el nudo propietario. Así lo afirmamos en nuestra anterior sentencia nº 128/2012, de fecha 21 de mayo de 2012, en línea con la doctrina indiscutida del Tribunal Supremo , reflejada, entre otras en STS de 4 de diciembre de 1979, roj. 5299/1979 y STS roj. 5271/2000 , nº 669/2000, de 27 de junio de 2000 , en la que textualmente se afirma que *" sobre el derecho a retraer del nudo propietario, como es el caso presente, no plantea duda alguna la respuesta afirmativa, ya que el propietario puede ejercer el retracto, según el artículo 1522 del Código civil sin distinciones entre nudo o pleno, y el retracto, como derecho subjetivamente real, corresponde al propietario, en todo caso"*.

TERCERO .- Avanzando en el análisis del escrito de recurso, hemos de admitir el loable esfuerzo realizado por la defensa de la recurrente en su escrito de recurso -sin duda de una exégesis poco habitual-, para argumentar el derecho de la actora.

Ello no obstante, su pretensión no puede alcanzar el éxito deseado, al chocar con la regulación que nuestro Código Civil otorga al derecho legal de retracto en los art. 1521 y siguientes .



Ya avanzábamos en el anterior ordinal que el derecho al retracto sólo puede versar sobre el derecho real de propiedad, completo, y no sobre otros derechos o facultades que, incluso de naturaleza real, no definan el concepto de copropiedad a que se refiere el art. 1522 CC en relación con el concepto pleno que el art. 348 CC da de la copropiedad, como derecho de gozar y disponer de una cosa sin más imposiciones que las establecidas en las leyes.

Obviamente que el usufructo no es *propiedad*, sino el derecho a ejercer una de las facultades que la integran: el derecho de disfrute sobre la cosa. Cosa o bien que siguen siendo ajenas al usufructuario, como textualmente refleja el art. 467 CC.

En tal contexto legal, resulta claro que en nuestro Ordenamiento Jurídico el usufructuario de un bien no es considerado como propietario del mismo, ni siquiera de forma parcial o *no plena*.

Así las cosas, cuando el art. 1522 CC habla de usar el retracto -por parte de un copropietario- en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueño o de alguno de ellos, no puede entenderse comprendido, dentro del término *condueño*, al usufructuario.

La conclusión no es otra que negar la posibilidad de que el derecho de retracto pueda versar sobre el derecho real de usufructo, lo que supondría permitir -como pretende la recurrente- que el nudo propietario pudiera hacerse con el derecho de uso y disfrute sobre el bien, que sólo corresponde al usufructuario.

Así lo ha interpretado nuestro Tribunal Supremo, precisamente en la resolución que menciona el recurrente en su escrito, Auto de 18 de abril de 2006, nº de recurso 1177/2005, que como primer requisito sustancial del retracto entre comuneros exige que quien lo ejercita sea copropietarios de la cosa común, de la que otro u otros condueños hayan vendido sus partes. Esto es, no cabe que lo *enajenado* o transmitido sea el derecho real de usufructo, sino que necesariamente ha de ser la propiedad.

En consecuencia, y al margen de la regulación que el derecho foral de alguna Comunidad Autónoma haya dado sobre el tema, reconociendo al nudo propietario un derecho de adquisición preferente sobre el usufructo transmitido, nuestro Código Civil no prevé tal supuesto, por lo que hemos de concluir que no procede el retracto de comuneros sobre un derecho de usufructo, es decir, no procede en los supuestos de concurrencia del derecho de propiedad, con derechos reales limitativos del dominio, como es el usufructo.

No podemos hablar en este caso de laguna legal ni de la vigencia de lo normado en el art. 4 CC, sino que nos encontramos ante una decisión del Legislador de no otorgar determinado derecho al nudo propietario.

Y ello hay que interpretarlo de esta forma porque si el fundamento del derecho de retracto -reconocido doctrinal y jurisprudencialmente-, se encuentra en evitar la desmembración de la propiedad para así reducir o eliminar las cotitularidades dominicales -evitando la discordia entre los comuneros, como ya decíamos en nuestra citada sentencia de 21 de mayo de 2012-, tal finalidad no se conseguiría con el retracto que ahora se pretende. Continuarían existiendo varios comuneros, habida cuenta que la actora sólo es nuda propietaria de la tercera parte del inmueble.

En definitiva, el recurso ha de ser desestimado.

CUARTO.- Conforme prevé el art-398-1 de la L.E.C. en relación con el art-394 del mismo texto legal, al desestimarse por completo el recurso de apelación interpuesto, procede la condena de la recurrente al pago de las costas causadas en esta instancia.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Gema, contra la Sentencia de fecha 26 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia de Sepúlveda, en Autos de Procedimiento Ordinario nº 277/2012 (retracto), **confirmamos íntegramente** la resolución impugnada y condenamos al pago de las costas causadas en esta segunda instancia a la recurrente.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de la utilización por las partes, de aquellos otros recursos para cuyo ejercicio se crean legitimados.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente Dª María Felisa Herrero Pinilla, de esta Audiencia Provincial, estando el mismo celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha, certifico.