



Roj: **SAP GC 1961/2015 - ECLI: ES:APGC:2015:1961**

Id Cendoj: **35016370032015100183**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **3**

Fecha: **04/09/2015**

Nº de Recurso: **959/2011**

Nº de Resolución: **472/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER JOSE MORALES MIRAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 11 69 72

Fax.: 928 42 97 73

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000959/2011

NIG: 3500431120080006129

Resolución: Sentencia 000472/2015

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000423/2008-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Arrecife

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Demandado Fidela Rita Josefina Noguera Zapata Jose Luis Ojeda Delgado

Demandado Gumersindo Noelia Lemes Rodriguez

Apelante Melisa Bernardo Rodriguez Cabrera

SENTENCIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS

SECCIÓN TERCERA

ROLLO: 959/11

PROCEDIMIENTO: Ordinario 423/08

JUZGADO: 5 de Arrecife

SENTENCIA. Nº

Il'tmos Sres.

DON RICARDO MOYANO GARCÍA (Presidente)

DON FRANCISCO JAVIER MORALES MIRAT (Magistrado)

DOÑA MARÍA PAZ PÉREZ VILLALBA (Magistrada)



En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, a 4 de septiembre de 2015

VISTO, ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, 3 el recurso de apelación admitido a la parte Actora dimanante de los autos referenciados, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Arrecife, a instancia de Dña Melisa , en nombre y representación de su hijo D. Pablo ,, representado en ésta instancia por el Procurador D. Bernardo Rodríguez Cabrera, y dirigido por el Letrado D. Lino López Dacosta contra Dña Fidela y D. Gumersindo , representados por el Procurador D. Jose Luis Ojeda Delgado y dirigidos por la Letrada Dña Rita Josefina Noguera Zapata.

HECHOS

Primero. Por el Sr. Juez del Juzgado de 1ª instancia 5 de Arrecife, se dictó Sentencia en el referido procedimiento cuya parte dispositiva, copiada literalmente, dice así: "Que desestimando íntegramente la demanda presentada por el procurador D. Joaquín González Díaz en nombre y representación de Melisa , la cual actúa en nombre de su hijo menor de edad Pablo contra Dª. Fidela y D. Gumersindo , debo absolverles y les absuelvo de la totalidad de pedimentos efectuados en su contra, todo ello con expresa imposición de costas procesales a la parte actora.

Segundo. Contra la citada Sentencia, que lleva fecha de 6/06/2.011 , se recurrió en apelación por la representación de actora, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, y tras darle la tramitación oportuna se señaló para su estudio, votación y fallo el día 12/05/2.014.

Tercero. En la tramitación del presente incidente se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don FRANCISCO JAVIER MORALES MIRAT que expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. Se recurre la sentencia de instancia que desestimó la demanda interpuesta que pretendía 1º) La nulidad del documento de donación suscrito ante la Notario Dña. Carmen Martínez Sosias en fecha 21/5/2.008, entre la donante Dña. Fidela y su hijo D. Gumersindo . 2º) La vigencia del contrato de compraventa suscrito el 5/01/2001 del que resulta ser titular por herencia el actor D. Pablo y 3º) el derecho del actor a retraer la finca descrita en el cuerpo de ésta demanda, condenando a la demandada a que otorgue escritura de venta a favor del actor y en las mismas condiciones en que adquirió la referida finca, bajo apercibimiento de otorgarla de oficio, así como las costas.

Alega la actora como hechos de su pretensión que:

1º) Con fecha 5/01/2.001, su causante (D. Armando) y el de la codemandada-donante (D. Bruno), adquirieron a partes iguales la finca objeto del presente litigio

2º) Con fecha 5/10/2.007, D. Bruno , vendió la referida finca, como titular privativo, a su madre Dña. Fidela (codemandada- donante), por 6.000 ?,

3º) Con fecha 21/5/2.008 Dña Fidela , a pesar de saber que la finca no era privativa de su hijo sino que le pertenecía además a los herederos de D. Armando , es decir al actor, Donó a su otro hijo D. Gumersindo la referida finca, donación evidentemente simulada en el intento de poner transmisiones por medio para impedir precisamente el derecho de retracto que ahora se ejercita.

La sentencia de instancia con fundamento en que la actora no había acreditado que la finca objeto de donación perteneciera proindiviso a la actora dado que, señala, la finca fue adquirida exclusivamente por D. Bruno , según contrato de fecha 5/01/2.001 que acompaño a su contestación, entendió que no podía declarar la nulidad de la donación solicitada, "al considerar que contiene todos y cada uno de los elementos previstos en el Código Civil y por ende, al no reconocerse la titularidad, es evidente que no obtiene las facultades de retracto alegadas en el escrito rector del procedimiento."

Segundo. Antes de decidir el recurso debe hacerse constar que el retracto de comunero se concede a quien ostente tal cualidad, para el caso de venta a un extraño de la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos (artículo 1522 del Código Civil), luego la conclusión es que el retracto se da en caso de venta de porciones a extraños, pero no cuando se vende la totalidad.

En segundo lugar, ha de ponerse de manifiesto que en el caso de autos el vendedor de la finca litigiosa, D. Bruno -como manifiesta la parte apelante, y así consta en el contrato de compraventa de 5/10/2.007, contrato en el que se basa la actora para retraer- se consideró a si mismo titular único de la finca vendida y en calidad de tal lo vendió por entero a la codemandada-donante, y como la parte actora sostiene que de dicha finca le



pertenece la mitad indivisa en virtud del contrato de compraventa que de fecha 5/01/2.001 acompañó a su demanda, podrá defender su derecho a impugnar la compraventa del total por quien, en su sentir, sólo era propietario de parte, pues los actos de disposición sobre el todo requieren unanimidad (artículo 397 , 398 y 399 del Código Civil), y la disposición de porciones singulares requiere que se haya practicado la división. En consecuencia, se trata de un supuesto de imposible aplicación del retracto de comuneros, porque no se ha vendido una parte (STS 22/05/1996), ya que el retracto de comuneros exige que uno o varios de los comuneros enajenen su cuota en la comunidad, no el bien íntegramente o alguna parte material segregada, pues ello supondría, como señala la STS de 19/11/1.964 contravención directa del artículo 397 CC , dando lugar a un supuesto de nulidad, pero no de retracto, pues es doctrina comúnmente admitida (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1988 , y 11 de noviembre de 1991 , y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón; RJA 5682/1988 , 8233/1991 , y 4234/2005) que el artículo 397 del Código Civil , según el cual ninguno de los condueños puede, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas puedan resultar ventajas para todos, es igualmente aplicable a los casos de disposición de la cosa común, por cuanto se requiere la unanimidad de los copropietarios para disponer de la cosa común, dado que las alteraciones en ésta, a que se refiere el artículo citado, no sólo comprenden las de índole material sino también las jurídicas.

En tercer lugar señalar que el artículo 1.510 CC le da carácter de derecho real al retracto por lo que éste derecho es oponible frente a cualquier adquirente y ejercitable contra el actual titular dominical del bien, sea primer adquirente o subadquirente, cualquiera que sea el título de adquisición de éste, no rigiendo para las sucesivas transmisiones la limitación a compraventa o dación en pago (STS 27/2/1.954).

En cuarto término que en el presente caso no se formula reconvencción ni por la demandada se alegan hechos determinantes de la nulidad absoluta del contrato de 5/01/2.001 aportada por la actora, y en que fundamenta ésta su pretensión, por lo que en principio estamos en presencia de un contrato válido.

Tercero. Con las consideraciones anteriores, si bien por otros motivos, la sentencia de instancia debe ser confirmada pues, y respecto a la nulidad de la donación por simulación absoluta realizada a favor del actual titular dominical ninguna prueba aportó la actora relativa a la simulación denunciada no pudiendo desprenderse dicha simulación del argumento alegado por ella de que la donante quisiera poner transmisiones por medio para impedir el derecho de retracto que se ejercita pues éste derecho es ejercitable frente al actual propietario, independientemente de las transmisiones que sucesivamente se pudieran haber hecho, si bien en estos casos deben ser demandados todos pues al segundo o sucesivos adquirentes, por traer causa del primero les ha de alcanzar igual que a éste las consecuencias de la resolución del primer contrato que estaba todavía afecto al derecho de retracto cuando se celebró el segundo o sucesivos (STS 27/2/1.954 , 7/5/1.927 , entre otras), y respecto a la prosperabilidad de la acción de retracto al no haberse vendido una parte de la finca sino la totalidad de la misma la acción de retracto no procede.

Cuarto. siLa desestimación del recurso interpuesto lleva a imponer las costas a la apelante dado el criterio objetivo del vencimiento proclamado en el artículo 398 ley de Enjuiciamiento Civil

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS:

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de actora contra la sentencia de 6/06/2.011 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia 5 de Arrecife , la cual se confirma con imposición de costas en ésta alzada

La desestimación del recurso de apelación lleva a la pérdida total del depósito constituido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndolas saber que contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado, salvo que tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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, interesando acuse recibo.



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

PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha. Certifico

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ