



Roj: **SAP AB 270/2017 - ECLI: ES:APAB:2017:270**

Id Cendoj: **02003370012017100123**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **07/04/2017**

Nº de Recurso: **47/2017**

Nº de Resolución: **128/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CESAREO MIGUEL MONSALVE ARGANDOÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **ALBACETE**

### **SECCION PRIMERA**

#### **Apelación Civil nº 47/2017**

Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Albacete, Procedimiento Ordinario 1373-15

APELANTE: Lorenzo Y Sergio .

Procuradora: RAQUEL ZAMORA MARTINEZ

Letrado: Lorenzo

APELADO: "ANAIRDA ESTUDIO S.L."

Procurador: ENRIQUE MONZON RIOBOO

Letrado: JOSE A. ASENSIO LOPEZ

#### **S E N T E N C I A N U M . 1 2 8 - 1 7**

#### **EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

Il'tmos. Sres.

**Presidente**

**D. CESAR MONSALVE ARGANDOÑA**

**Magistrados**

**D. JOSÉ GARCÍA BLEDA**

**D. MANUEL MATEOS RODRÍGUEZ**

En Albacete a siete de abril de dos mil diecisiete.

**VISTOS** en esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los autos nº 1373-15 de juicio Procedimiento Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Albacete y promovidos por Lorenzo Y Sergio contra ANAIRDA ESTUDIO S.L.; cuyos autos han venido a esta Superioridad en virtud de recurso de apelación que, contra la sentencia dictada en fecha 3 de octubre de 2016 por el Magistrado de Primera Instancia de dicho Juzgado, interpuso el referido demandado. Habiéndose celebrado Votación y Fallo en fecha 6 de Abril de 2017.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**ACEPTANDO** en lo necesario los antecedentes de la sentencia apelada; y



1º.- Por el citado Juzgado se dictó la referida sentencia, cuya parte dispositiva dice así: "**FALLO:** Que estimando en su integridad la demanda rectora de las presentes actuaciones condeno a Anairda Estudio S.L. a aceptar el precio de 6.351 euros consignado por los actores, más los gastos a los que se refiere el antecedente de hecho quinto de la contestación, así como a otorgar escritura pública de venta por dicha cantidad del veintinueve por ciento indiviso en pleno dominio y del veintinueve por ciento en nuda propiedad de la finca NUM000 del Registro de la Propiedad nº 3 de Albacete, descrita en esta resolución, a favor de los actores, D. Lorenzo y D. Sergio , así como al abono a las costas procesales causadas en el procedimiento. **MODO DE IMPUGNACIÓN** : Mediante **recurso de apelación** , que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de **veinte días** contados desde el día siguiente de la notificación de aquella. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto ( artículos 456.2 y 458 L.E.C .). Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de **50 euros** , salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.-El depósito deberá constituirse ingresando la citada cantidad en la cuenta de este expediente con número NUM001 , de la entidad SANTANDER, indicando, en el campo "concepto", la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio, la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones, la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA. Así lo acuerda y firma SSª."

2º.- Contra la Sentencia anterior se interpuso recurso de apelación por el demandado Anairda Estudios S.L., representado por medio del Procurador D. Enrique Monzón Rioboo, bajo la dirección del Letrado D. José A. Asensio López, mediante escrito de interposición presentado ante dicho Juzgado en tiempo y forma, y emplazadas las partes, por la demandante Lorenzo y Sergio , representados por la Procuradora Doña Raquel Zamora Martínez, bajo la dirección del Letrado D. Lorenzo se presentó en tiempo y forma ante el Juzgado de Instancia escrito oponiéndose al recurso de apelación, elevándose los autos originales a esta Audiencia para su resolución, previo emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Audiencia Provincial por término de diez días, compareciendo los referidos Procuradores en sus representaciones ya citadas.

3º.- En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

**VISTO** siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado CESAR MONSALVE ARGANDOÑA.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia dictada en primera instancia, que estima en su integridad la demanda de retracto legal interpuesta por los actores y condena a la demandada ANAIRDA ESTUDIO S.L. a aceptar el precio de 6.351 euros consignado más los gastos, y asimismo a otorgar la escritura de venta del 29% indiviso en pleno dominio y del 29% de la nuda propiedad de la finca NUM000 del Registro de la Propiedad nº 3 de Albacete a favor de los demandantes, interpone recurso de apelación la citada demandada discrepando de dicha sentencia y suplicando su revocación a fin de que, en su lugar, se dicte otra por la que se desestime la demanda interpuesta de contrario con imposición de costas a los demandantes.

Los Sres. Lorenzo Sergio se opusieron al recurso solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado con imposición de costas a la recurrente.

**SEGUNDO.-** El primer motivo de recurso invoca la infracción, por aplicación indebida al caso, de los arts. 1.521 a 1.525 del Código Civil , reguladores del derecho de retracto. Reitera la recurrente que, a su juicio, los actores carecen de acción para ejercitar el retracto, y ello habida cuenta que la demandada adquirió su propiedad en una subasta pública y dentro del seno de un procedimiento concursal, en cuyo plan de liquidación no se previó la posibilidad de ejercitar el retracto, derecho que incluso se excluyó en las condiciones de la subasta presentadas por la Administración Concursal en el anexo de su escrito de fecha 16 de abril de 2.013 - documento nº 8 de la contestación - sin que los demandantes, a pesar de estar personados en el procedimiento, se opusieran a dicha exclusión, participando incluso en la subasta, por lo que orientado el concurso a un interés público distinto de los intereses particulares, el derecho de retracto legal reconocido a favor de aquellos debe ceder a favor de aquél y del principio de la par conditio creditorum.

El motivo debe ser desestimado. Comenzaremos señalando, como dice la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2.014 , que " *No se discute hoy la posibilidad de ejercicio del*



*derecho de retracto legal en los casos de venta en pública subasta* ", de suerte que el hecho de que la apelante haya adquirido la porción de propiedad discutida en una subasta judicial dentro de un procedimiento concursal en nada impide a los actores el ejercicio de su derecho de retracto de comuneros previsto legalmente. De otro lado, y en cuanto a la invocada exclusión del derecho de retracto en el plan de liquidación diremos que ello no es cierto. Como es sabido, el artículo 148 de la Ley Concursal establece que el plan de liquidación consistirá en un programa para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, que preferentemente consistirá, siempre que sea factible, en la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios de la masa activa o de alguna de ellas. Pero, a partir de ahí, deja al criterio de la administración concursal, de los interesados que pueden hacer alegaciones y, en último término, del Juez en cuanto que asuma unas u otras propuestas (o las rechaza, dando entrada al régimen supletorio del artículo 149 de la Ley Concursal), o introduzca modificaciones, la forma en concreto en que se va a proceder a la enajenación y las condiciones en las cuales se va a desarrollar. Es decir, la propia Ley contempla la posibilidad de que los acreedores intervengan en la definición del contenido del plan de liquidación a través de las pertinentes alegaciones y, en último extremo, mediante la interposición de recurso de apelación contra el auto aprobatorio del plan que permite el artículo 148.2 de la Ley Concursal. Pues bien, la Sala ha examinado el contenido de dicho plan, que se aportó por la demandada al documento nº 3 de su escrito de contestación a la demanda, y es lo cierto que en él no se contempla limitación o prohibición alguna de ejercicio del derecho de retracto. Lo único que se prevé en el mismo es la enajenación de los bienes de la concursada a través de la enajenación directa y, en su defecto, a través de la subasta judicial. Y admitiendo que el plan podría haber prohibido el ejercicio del derecho de retracto para quienes fueran acreedores o parte en el concurso - prohibición que entendemos no puede vincular a quienes no fueran parte en él, pues se trata de un derecho reconocido legalmente a todo comunero, sin otras condiciones o limitaciones en su ejercicio que las previstas en la ley - y que dicha prohibición de retraer podría haber sido aprobada por el Juez del concurso, lo cierto es que nada de ello se recoge en dicho plan y, por tanto, a falta de toda mención sobre el particular solo cabe entender que cabe el ejercicio del derecho de retracto respecto de los bienes vendidos, aunque el retrayente fuera parte en el concurso, si reúne los requisitos previstos en la ley para su ejercicio.

Se dice por la apelante que la exclusión del retracto se recogió en las reglas de la subasta de los bienes de la concursada que la administración concursal presentó al Juzgado de lo Mercantil en su escrito de fecha 16 de abril de 2.013 - documento nº 8 de la contestación a la demanda -, pero la Sala no puede admitir que ello suponga o pueda equipararse a una limitación incluida en el plan de liquidación debidamente aprobada por el Juez. Esa regla o condición de la subasta excede con mucho del contenido propio de tales reglas e introduce una limitación en los derechos de acreedores y aún de terceros - a los que ya hemos dicho no les puede afectar - que solo puede contener el plan de liquidación, que se somete a un trámite de observaciones y propuestas de modificación de deudor y acreedores, y que puede ser aprobado, modificado o incluso obviado por el Juez, acordando aplicar las reglas supletorias previstas legalmente, trámite al que no se han sujetado esas condiciones de la subasta que, como dice el propio escrito que las contiene y que dirige la administración concursal al Juzgado, no tenían más recorrido que su unión a los autos y la publicación en el Tablón de anuncios del mismo. Y como es evidente, a la vista de todo ello, no cabe otorgar virtualidad limitativa del derecho de retracto de los actores a dicha condición de la subasta.

**TERCERO.-** En el segundo motivo de recurso, de modo subsidiario al rechazo del anterior, se invoca por la apelante la infracción por la sentencia recurrida del art. 1.524 del Código Civil. Considera ANAIRDA ESTUDIO S.L. que la acción ejercitada por los Sres. Lorenzo Sergio había caducado cuando interpusieron su demanda el día 10 de septiembre de 2.015. Sostiene la apelante que los actores tenían pleno y cabal conocimiento de la transmisión de la propiedad antes de la notificación del Decreto de adjudicación dictado por el Letrado de la Administración de Justicia, en concreto en dos momentos anteriores, a saber, a través de la Diligencia de constancia de 15 de diciembre de 2.014, en que el Juzgado informó de las ofertas recibidas para la adquisición de los inmuebles, y a través del traslado de copias que tuvieron del escrito del administrador concursal de fecha 24 de julio de 2.015 en que solicitaba el dictado del decreto de adjudicación a favor de la demandada de las fincas que había adquirido en la subasta, entre las que se encontraba la que es objeto de controversia.

El motivo debe ser desestimado. Como bien dice la apelante, la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2.014 nos dice que *"...se han suscitado ciertas dudas acerca de cuál habrá de entenderse en tal caso como «dies a quo» para el cómputo del plazo de ejercicio del derecho por el retrayente. En un principio se vino entendiendo consumada la venta sólo a partir del otorgamiento de la escritura pública ( SSTS 1 abril 1960 y 20 febrero 1975 EDJ 1975/106 ), pero más recientemente se ha entendido que la consumación se produce desde la plena aprobación judicial del resultado de la subasta, pues existiendo título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante) el otorgamiento de la escritura pública no se requiere a los efectos de tradición ( SSTS 1 julio 1991, 11 julio 1992 EDJ 1992/7710, 25 mayo 2007 EDJ 2007/40220,*



26 febrero 2009 EDJ 2009/19054), y ni siquiera resulta ya necesaria a efectos de inscripción ( artículo 674 LEC EDL 2000/77463).

*En todo caso, el conocimiento de la venta debe ser preciso, claro, completo y ha de incluir todos los pactos y condiciones de la transmisión, para que los interesados puedan decidir si ejercitan o no el retracto, sin ser suficiente la mera noticia de la misma ( SSTS 21 marzo 1990 EDJ 1990/3151 , 20 mayo 1991 EDJ 1991/5234 , 7 octubre 1996 EDJ 1996/6970 , 24 septiembre 1997 EDJ 1997/5773 , 3 marzo 1998 EDJ 1998/1124)*

*(...) En la mayoría de los supuestos no es sino tras el auto de adjudicación cuando se conocen los términos concretos de la venta judicial (...) Esta Sala manteniendo la doctrina ya citada, consistente en que la venta judicial se entiende consumada desde el dictado del decreto de adjudicación por el Secretario judicial ". Como se ve, la regla general en los casos de venta judicial es que la consumación de la venta y, con ello, el pleno conocimiento por el retrayente de todos los detalles de la misma necesarios para el ejercicio del derecho de retracto coincida con el dictado del Decreto de adjudicación correspondiendo al demandado la prueba en contrario de que ese pleno conocimiento por el retrayente se produjo con anterioridad. Y en este particular no podemos sino compartir las acertadas razones que recoge la sentencia recurrida para considerar que ello no se produjo hasta el dictado de ese Decreto.*

De esta forma, y con respecto al cómputo del plazo desde la Diligencia de constancia de 14 de diciembre de 2.014, y con independencia de que en ningún caso puede considerarse como conocimiento de las condiciones de la venta pues ni siquiera podía saberse en ese momento si esa oferta se iba a aceptar ni se había producido la venta propiamente dicha, diremos que se trata de una cuestión nueva introducida en la alzada y no invocada en el escrito de contestación a la demanda - según revela la grabación de la vista, se introdujo en el trámite de conclusiones con infracción del art. 433.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, por lo que debe ser rechazada de plano. Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, las cuestiones nuevas afectan al derecho de defensa, porque se han debido alegar en el proceso en su momento, conforme a los principios de eventualidad y preclusión, y van, además, contra los principios de audiencia bilateral y de congruencia ( SSTS 31 2 julio 2002 , 10 diciembre 2003 , 9 mayo 2005 ), no cabiendo variar el debate de la primera instancia a tenor de lo dispuesto en el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de forma que en sede de apelación el Tribunal debe limitar su juicio y, por tanto, el contenido de la sentencia, a las pretensiones deducidas oportunamente en primera instancia, porque así lo exigen los principios de rogación y de contradicción ( sentencias de 30 de enero de 1990 y 15 de abril de 1991 ), sin que quepa modificar los términos de la demanda, contestación o reconvenición (prohibición de la "mutatio libelli" , sentencia de 26 de diciembre de 1997 ), ni cambiar el objeto del pleito en la segunda instancia ("pendente appellatione nihil innovetur, sentencias de 19 julio 1989 EDJ 1989/7483 , 21 abril 1992 EDJ 1992/3877 y 9 junio 1997 EDJ 1997/3440) ".

**CUARTO.-** Por lo que respecta al escrito que el administrador concursal presentó en el Juzgado de lo Mercantil en fecha 24 de julio de 2.015, a través del que solicitaba el dictado del decreto de adjudicación a favor de la ANAIRDA ESTUDIO S.L. de las fincas que había adquirido en la subasta expresando todas las condiciones de la venta, y aunque pueda resultar discutible que el conocimiento de ese escrito pueda considerarse como un pleno conocimiento de las condiciones de la venta suficiente para iniciar el plazo para el ejercicio del retracto - entre otras razones porque la venta propiamente dicha no se había consumado en ese momento, no se había dictado el Decreto de adjudicación -, es lo cierto que la prueba practicada tampoco ha acreditado que los demandantes tuvieran conocimiento del mismo. Como bien se dice en la sentencia de primera instancia, el administrador concursal no es parte en el procedimiento y, por tanto, no viene obligado a realizar el traslado de copias de sus escritos a las partes. Siendo ello así, a falta de una prueba cumplida de ese traslado de copias o, en cualquier caso, de que los actores fueron notificados a través de su Procurador de ese escrito de la administración concursal antes del día 1 de septiembre de 2.015, no podemos presumir dicha notificación en su perjuicio. De lo único que sí tenemos prueba, porque así lo ha certificado el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Mercantil, es de que los actores fueron notificados del Decreto de adjudicación el día 1 de septiembre, única fecha y notificación que nos consta de forma fehaciente y que permite fijar el inicio del plazo para el ejercicio de la acción desde la misma, por lo que interpuesta la demanda en fecha 10 de septiembre de 2.015, se hizo dentro del plazo fijado por la ley sin que pueda entenderse caducada la acción en dicho momento.

Se impone por todo lo expuesto la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

**QUINTO.-** Desestimado el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se imponen a la apelante las costas de la alzada.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS**



Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Enrique Monzón Rioboo actuando en nombre y representación de ANAIRDA ESTUDIO S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Albacete en autos de Procedimiento Ordinario 1.373/2015, **DEBEMOS CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS** íntegramente dicha resolución, todo ello con imposición a la apelante de las costas de la alzada.

Contra la presente no cabe interponer recurso ordinario. Cabe interponer recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación en el plazo de 20 días hábiles contados desde el día siguiente al de la notificación ante este Tribunal, en los términos previstos en los arts. 468 y ss., y 477 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Expídase la correspondiente certificación con remisión de los autos originales al Juzgado de procedencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ