



Roj: **SAP M 9563/2017 - ECLI: ES:APM:2017:9563**

Id Cendoj: **28079370122017100194**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **21/06/2017**

Nº de Recurso: **85/2017**

Nº de Resolución: **234/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE MARIA TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933837

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0166368

Recurso de Apelación 85/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 73 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1276/2014

DEMANDANTES/APELANTES: Dña. Teresa y D. Saturnino

PROCURADOR: Dña. NURIA MUNAR SERRANO

DEMANDADOS/APELADOS: D. Luis Manuel y Dña. Camila

PROCURADOR: Dña. MARIA LOURDES REDONDO GARCIA

PONENTE: ILMO. SR. D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

SENTENCIA Nº 234

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ LUIS DÍAZ ROLDÁN

D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

Dña. ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

En Madrid, a veintiuno de junio de dos mil diecisiete.

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 1276/14 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo nº 85/17, seguidos entre partes de una, como demandantes-apelantes Dña. Teresa y D. Saturnino , representados por la Procuradora Dña. Nuria Munar Serrano y de otra, como demandados-apelados D. Luis Manuel y Dña. Camila , representado por la Procuradora Dña. María Lourdes Redondo García, sobre reclamación retracto de comuneros, siendo Magistrado Ponente **D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA.**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid, se dictó sentencia con fecha 8 de Noviembre de 2016, cuya parte dispositiva dice: "**FALLO: QUE DESESTIMO la demanda formulada por la Sra. Munar Serrano, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de D. Saturnino y D^a Teresa asistidos del Letrado Sr. Benito Jiménez, seguidos contra D^a Camila y D. Luis Manuel representada por la Procuradora Sra. Redondo García y asistido del Letrado Sr. Machado Cologán absolviendo a los demandados de los pedimentos efectuados en su contra, con imposición de costas a la parte actora.**"

Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de los demandantes se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, dándose traslado a la otra parte que se opuso y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para deliberación, votación y fallo el pasado día 7 de Junio, en que tuvo lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La situación jurídica sobre la que versa este pleito es la siguiente:

A) Antes de la venta de la que dimana el ejercicio de retracto, objeto de este proceso, el edificio sito en C/ DIRECCION000, NUM000 de Madrid pertenecía en copropiedad, y en todos los casos con carácter privativo, a diferentes propietarios, entre ellos a los demandantes, Doña Teresa y Don Saturnino (un 8,33% a cada uno), a Doña Zaira (un 16,67%, equivalente a 1/6) y a Don Luis Manuel (un 6,25%).

B) Entre los copropietarios, actuando como demandante Doña Zaira y codemandados el resto de comuneros, se siguió proceso para división de la cosa común, en el que se propusieron distintas soluciones para lograr esa división, si bien, por sentencia de 22 de octubre de 2.013, tras declarar el Juez disuelto el condominio, se estableció como medio de salir de la división la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, y con reparto del precio que se obtuviera en proporción a las respectivas cuotas. Tal sentencia quedó firme

C) Precedida de un contrato de promesa de venta fechado el 14 de agosto de 2.014, y de un contrato privado de compraventa de 6 de octubre de dicho año, se otorgó el 15 de octubre de 2.014 escritura pública por la que Doña Zaira vendió a Doña Camila, casada en régimen de gananciales con Don Luis Manuel, una sexta parte indivisa de la finca, que Doña Camila adquiere "para su sociedad conyugal", por precio escriturado de 400.000 euros. Asimismo se declaró que "la presente venta implica igualmente a favor de Doña Camila la transmisión, que la acepta, de todos los derechos y obligaciones dimanantes del acuerdo de subasta conjunta, para la ejecución de la sentencia firme dictada el 22 de octubre de 2.013 declarándose la división de la cosa común dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 86 de Madrid, Juicio Ordinario 1936/12, otorgado ante el notario de Madrid Don Javier Fernández Merino el día 25 de septiembre de 2.014, que la COMPRADORA conoce, así como los honorarios y gastos que por la intervención letrada de asesores incluidos en dicho acuerdo se hayan producido para el otorgamiento y seguimiento de dicho pacto, cuyo contenido y estado de cuentas la COMPRADORA conoce y acepta"

Finalmente, las comparecientes requirieron al Notario autorizante para que notificara por correo certificado copia íntegra de la escritura a los copropietarios de la finca, "a los efectos del ejercicio del derecho de retracto que la Ley les reconoce, así como en lo referente a la subrogación que tiene lugar con la presente de Doña Camila quien adquiere todos los derechos y obligaciones que correspondían a Doña Zaira en virtud del meritado pacto de subasta conjunta otorgado ante el notario de Madrid Don Javier Fernández Merino el día 25 de setiembre de 2.014".

D) Por otro lado, se solicitó ejecución de la sentencia que puso fin al indiviso, ejecución que se ha puesto en marcha ante el Juzgado nº 86 de Madrid por demanda presentada el 24 de noviembre de 2.014.

E) Notificada la escritura, los dos hermanos demandantes comunicaron a la compradora su intención y voluntad de ejercitar el retracto, dirigiendo la demanda contra dicha compradora, que finalmente fue ampliada también al esposo de Doña Camila, Don Luis Manuel.

SEGUNDO.- Sobre esta base, plantean las partes diferentes cuestiones relativas al ejercicio de la acción en plazo, toda vez que la ampliación de la demanda al esposo de la adquirente se realizó pasado ya el plazo de nueve días al que se refiere el artículo 1.524 del Código Civil; a la inexistencia de derecho de retracto, tanto por no ser la adquirente una "extraña" a la comunidad, al formar parte de ella ya su esposo, como por no haber en realidad situación de condominio al estar extinguida por la sentencia que acogió la actio communi dividundo;



y, finalmente, las que se relacionan con el alcance e importe del precio realmente satisfecho y de los gastos asociados a la operación.

La Juez de Primera Instancia consideró que no cabe el retracto al no tener la compradora la condición de extraña, y, sin examinar ninguna otra de las cuestiones debatidas, desestimó la demanda con imposición de costas a los demandantes.

Estos recurren en apelación, denunciando la falta de exhaustividad de la sentencia, sosteniendo su demanda, y, entendiendo, como última cuestión y con carácter subsidiario que nunca procedería la condena en costas pues se limitaron a ejercitar un derecho que la propia adquirente les había reconocido al notificarles la copia de la escritura de venta.

El recurso fue impugnado por los demandados, quienes, en todo caso, entienden que debe este Tribunal examinar todas las cuestiones suscitadas, incluidas las omitidas por la Juez.

TERCERO.- Ciertamente, y como en último término vienen a reconocer también los apelados (véase alegación previa de su escrito de impugnación del recurso), la sentencia adolece de falta de exhaustividad.

Puede entenderse la lógica jurídica a que responde la sentencia, que lleva a considerar que la ausencia de los presupuestos materiales del derecho de retracto hace decaer fatalmente la demanda, de modo que si no hay tal derecho sería superfluo ya plantearse si se ha ejercitado en tiempo o no o si se han consignado o no todas las cantidades exigibles.

Pero, aun dentro de ese planteamiento, eran dos las cuestiones que, planteadas oportunamente, afectaban al nacimiento del derecho de adquisición preferente: la examinada, sobre la consideración de la adquirente como extraña o no a la comunidad, y la relativa a la incidencia que la previa sentencia firme estimatoria de la actio communi dividundo pueda tener sobre el nacimiento de aquel derecho, omitida por completo en la sentencia apelada.

Esta falta de exhaustividad habrá de ser remediada en esta sentencia (artículo 465.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

CUARTO.- Dicho esto, y como se trae a este Tribunal el íntegro objeto procesal deducido en primera instancia, una ordenada resolución del mismo hace preciso que se comience por el estudio de la propia existencia del derecho de retracto, para después, si existiera, conocer de las condiciones de su ejercicio.

QUINTO.- En el primer aspecto se han planteado por los demandados dos objeciones: la no consideración de la adquirente como "extraña", a los efectos del artículo 1.522 del Código Civil, y la improcedencia del retracto de comuneros cuando la Comunidad está extinguida y pendiente únicamente de realización, en fase de ejecución de la sentencia que le puso fin.

SEXTO.- Ambas cuestiones encuentran respuesta desde el conocido fundamento del retracto de comuneros.

Éste, concebido como un derecho limitativo del dominio en cuanto afecta a una faceta de la facultad de disposición, como es la elección de la persona a favor de la que se quiere transmitir la propiedad, se justifica por la idea de eliminar, aunque sea paulatinamente, las situaciones de condominio, vistas desde siempre con disfavor por el legislador en cuanto fuente, al menos potencial, de conflictos.

Por tanto, y dando contestación a la primera de las cuestiones, la idea primordial es evitar que entre en la Comunidad quien antes no formaba parte de ella. Este es el "extraño" al que se refiere el artículo 1.522 del Código Civil, y, en los casos de duda, ésta se resuelve contrastando la composición subjetiva del condominio anterior al acto de enajenación y la resultante tras el mismo. Si, a consecuencia de la enajenación, hay un nuevo cotitular se produce la situación contemplada en el referido artículo.

SÉPTIMO.- En el supuesto considerado es dato decisivo el que el esposo de la demandante fuera ya copropietario pero a título privativo, mientras que la compra se hace para la sociedad de gananciales.

Siendo la regla básica la de que el cónyuge titular tiene el pleno dominio y administración sobre sus bienes privativos, mientras que la disposición y administración de los gananciales corresponde a ambos, surge con toda naturalidad la idea de que la adquisición de la cuota vendida (objeto de retracto) con el carácter consorcial, aumenta el número de cotitulares, pues mientras que la parte del esposo permanece igual, en la adquirida son dos los cotitulares, al tener ese carácter ganancial. Por tanto, antes de la compra Doña Camila no tenía parte alguna en el condominio, y tras esa adquisición pasa a ser cotitular de la cuota adquirida.

De modo que, a diferencia de lo que exponen los demandados, no se suma la cuota privativa del esposo con la cuota ganancial, sino que coexisten, y con distinto régimen jurídico, las dos.



Por tanto, y como ya expuso la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1.950 , se produce el fenómeno de venta a un extraño que describe el artículo 1.522 del Código Civil .

Y nada tiene que ver con ello la enfermedad que padecía el cónyuge de la adquirente, pues si se pretendía adquirir con carácter privativo para éste, podía haber otorgado poder, o incluso haber realizado de esa forma la adquisición aun sin apoderamiento, pendiente de posterior ratificación.

La razón decisoria de la sentencia de primera instancia, por tanto, ha de ser revocada.

OCTAVO.- La segunda de las cuestiones es la relativa a la incidencia que en el retracto de comuneros tiene la sentencia firme que acuerda la disolución de la Comunidad.

Esta sentencia tiene valor constitutivo, pues mediante ella se da carta de naturaleza a una pretensión de ese tipo (la de la actio communi dividundo), en cuanto se extingue una previa situación jurídica (artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Como tal, tiene efectos desde que es dictada (ex nunc), a diferencia de las declarativas, que retrotraen esos efectos (ex tunc) al momento en que se produjo el hecho jurídico que se declara.

Por su propia naturaleza, la sentencia constitutiva crea un estado jurídico que ya no puede ser desconocido ni por las partes, ni aun por terceros, que deben partir de la nueva situación que se proclama (artículo 522.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Si este efecto se combina con el fundamento del retracto de comuneros, se comprueba que con aquél, esto es con la fuerza de la sentencia constitutiva de disolución, se cumple sobradamente y con creces la finalidad que se persigue con el retracto.

Dicho de otra manera, ya no es preciso evitar que entren extraños a una comunidad que es claudicante y que no tiene otro fin que su extinción.

Y es que, tras la sentencia que proclama la disolución de la Comunidad no existe propiamente condominio, sino una comunidad incidental con el único fin de extinguirse, lo que puede obtener cualquiera de los comuneros solicitando las actuaciones judiciales precisas para ello.

Por esta razón, el retracto no procede, porque no puede, transmutando injustificadamente una verdadera razón legal, convertirse en un medio por el que un comunero trate de aumentar más que su cuota de condominio, su cuota de liquidación.

Pero, además, a esta consideración aplicable con carácter general se une otra en el caso concreto que se examina: la enajenación tiene como contraprestación no sólo el pago de una cantidad de dinero, sino la de subrogarse en un determinada pacto de subasta, que tiende a fijar las condiciones en que distintos cotitulares pretenden acudir a la subasta ordenada en sentencia, así como el reparto posterior del edificio que se haría si consiguiesen la adjudicación.

Es claro que, siendo el retracto el derecho a subrogarse en la posición del comprador (artículo 1.521 del Código Civil), los demandantes tendrían también que asumir estas obligaciones, y si no pueden o no quieren hacerlo tampoco podrían acceder a la adquisición, pues no es posible modificar las condiciones en que se pactó y ejecutó la enajenación.

NOVENO.- No es preciso ya entrar a conocer de las demás cuestiones que afectarían únicamente a la forma de ejercicio de un derecho que no nació, por cuanto la enajenación se produjo ya disuelta la Comunidad.

En todo caso, y para cumplir el deber de exhaustividad, cabe decir, muy sucintamente, que la ampliación posterior de la demanda al cónyuge de la adquirente no impide considerar ejercitado en tiempo el derecho, pues se trata de un mero acto de subsanación, siendo lo importante y decisivo que la manifestación de voluntad y la realización de los actos útiles al ejercicio de retracto se hicieron en el plazo legal. Por lo demás, bastaría comprobar la reticencia de los demandados a dar toda la información precisa sobre el denominado pacto para la subasta para constatar que hasta después de la audiencia previa no tuvieron los demandantes conocimiento cabal y completo de las condiciones de la venta.

Y, en fin, el precio a satisfacer siempre ha de ser el real, que en este caso supera al escriturado (455.000 euros, en lugar de 400.000), más los gastos derivados de la misma venta lo que excluye los derivados del asesoramiento en otro tipo de negocios, que, aun relacionados, no son los de la venta en sí.

DÉCIMO.- Las costas de primera instancia no serán objeto de imposición expresa.

Como es sabido, el principio general del vencimiento sólo admite una excepción: la apreciación de serias dudas, sean de hecho sean de derecho.



La interpretación de esta excepción arroja las siguientes conclusiones:

a) Ante todo, el supuesto de la norma se configura con la técnica de la regla general-excepción, de modo que la interpretación de ésta ha de ser necesariamente restrictiva, debiendo, pues, quedar clara su concurrencia para lograr imponerse sobre la regla general, en cuanto el principio del vencimiento se mantiene por la Ley de manera muy intensa como medio de dar seguridad jurídica a los litigantes.

b) La excepción se basa sólo en la apreciación de la duda. Ninguna otrora circunstancia permite la Ley tener en cuenta, ni hay margen alguno a la discrecionalidad del Juez, cuya decisión, aun partiendo de un concepto jurídico indeterminado como es el que maneja el precepto, es decididamente reglada.

c) La duda, en que se funda la excepción, ha de ser "seria", lo que requiere, ante todo, que sea objetiva, por cuanto surja del propio componente, fáctico y/o jurídico, de la pretensión o de la oposición que se hayan deducido, no bastando con una mera apreciación personal del litigante o de su dirección procesal, como tampoco es suficiente que la duda se introduzca de manera artificial por el aparato alegatorio, innecesariamente denso, de la parte. Por otro lado, ha de ser claramente fundada, para dotarla de la seriedad requerida por el Legislador.

d) Aunque la Ley no define el concepto de duda al que el precepto se refiere, se infiere de su contexto que por dudas han de entenderse los supuestos objetivamente complejos.

e) Cuando se trate de dudas de hecho, habrá de afectar a la dilucidación y determinación de los hechos esenciales en que se base la posición de la parte. A ésta se le requiere, para que la duda sea excusable y pueda surtir efectos jurídicos, que no haya podido superar la indeterminación del supuesto fáctico con una normal diligencia (generalmente profesional, si el proceso requiere la intervención preceptiva de Abogado), acudiendo a fuentes accesibles de prueba que le puedan asegurar la decantación, con elevado grado de certeza, de los materiales de hecho que ha de aportar al proceso.

f) Cuando la duda que se alegue sea la de derecho, habrá de afectar al aspecto jurídico de la cuestión, convirtiéndola en objetivamente compleja para el jurista, pero no cabe apreciar complejidad únicamente porque las alegaciones defensivas sean más o menos extensas o porque se revista la oposición de un conflicto de intereses, que por esencia en todo proceso se da, sino que existirá cuando la materia, en sí misma considerada, entrañe una especial dificultad, bien por su novedad y carencia de precedentes, bien por la que se derive el supuesto fáctico que haga modular las soluciones que al respecto existieran consolidadas".

DECIMOPRIMERO.- En este caso, y aunque no pueda configurarse como un acto propio de la adquirente por cuanto estaría afectado por la misma equivocación en cuanto a la existencia del objeto sobre el que versa (el derecho de retracto), se ha de tener en cuenta que ella misma consideraba concurrente el retracto, o cuando menos, dudoso, como se deriva de la solicitud al Notario para que notificara al escritura a los copropietarios, "a los efectos del ejercicio del derecho de retracto que la Ley les reconoce..."

Y esa duda debía ser tan seria y fundada que fue compartida por el Notario, que tiene por función asesorar a los otorgantes, y por los propios asesores de la demandada, a quienes expresamente alega haber recurrido para negociar la adquisición y realizar con ella el pacto para la subasta.

Con independencia de estas consideraciones, estima también este Tribunal que el supuesto es dudoso, por cuanto no existen precedentes jurisprudenciales propiamente dichos, en cuanto únicamente se han podido localizar dos resoluciones de Tribunales provinciales pero ninguna del Tribunal Supremo.

Por ello, se alzaré la condena en costas.

DECIMOSEGUNDO.- La estimación, aun parcial del recurso de apelación, conlleva la no imposición de costas en segunda instancia (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

DECIMOTERCERO.- En materia de recursos, conforme a las disposiciones de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley 37/2011, de 10 de octubre se informará que cabe recurso de casación, siempre que se apoye inexcusablemente en el motivo definido en el artículo 477.2.3 º. Sólo si se interpone el recurso de casación podría a su vez interponerse el de infracción procesal (Disposición Final 16ª).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución de la Nación Española,

FALLAMOS

Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Saturnino y Dª Teresa contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid en procedimiento Ordinario nº 1276/14, **revocamos** dicha sentencia en el solo particular relativo a la condena en costas que



contiene, y en su lugar, declaramos no haber lugar a hacer imposición expresa de las costas causadas en primera instancia, de manera que cada parte pagará las causadas a su instancia y las comunes, por mitad.

En todo lo demás, confirmamos el fallo de la sentencia recurrida.

No hacemos tampoco imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, 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.

Contra esta sentencia cabe interponer, en las condiciones expuestas en el último fundamento de derecho de la presente resolución, recurso de casación y, en su caso, de infracción procesal, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal, 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, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2579-0000-00-0085-17, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Una vez firme la presente, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de testimonio de esta resolución para su cumplimiento y efectos.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe