



Roj: **SAP LO 528/2018 - ECLI: ES:APLO:2018:528**

Id Cendoj: **26089370012018100528**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **22/10/2018**

Nº de Recurso: **342/2017**

Nº de Resolución: **341/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RICARDO MORENO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LOGROÑO**

**SENTENCIA: 00341/2018**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA

Modelo: N10250

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, MÓDULO C (NORTE), 3ª PLANTA

-

Tfno.: 941 296484/486/487 Fax: 941 296 488

Equipo/usuario: AGO

**N.I.G.** 26071 41 1 2016 0009129

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000342 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de HARO

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000204 /2016

Recurrente: Heraclio

Procurador: LUIS OJEDA VERDE

Abogado: PABLO OJEDA BAÑOS

Recurrido: Edemiro

Procurador: MARIA LUISA MARCO CIRIA

Abogado: JOSE MARCOS ROMEO ROMERO

**SENTENCIA nº 341/18**

**ILMOS.SRES.**

**MAGISTRADOS:**

**DON RICARDO MORENO GARCIA.**

**DOÑA MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER**

**DON FERNANDO SOLSONA ABAD**

En LOGROÑO, a 22 de Octubre de dos mil dieciocho.



VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de La Rioja, los Autos de JUICIO ORDINARIO 204/16, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Haro (La Rioja), a los que ha correspondido el Rollo de apelación Nº 342/17; habiendo sido Ponente el/la Ilmo./a Magistrado **DON RICARDO MORENO GARCIA**.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 24-4-2017, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Haro en cuyo fallo se recogía:

"Estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de don Edemiro contra don Heraclio .

*Estimo el derecho del demandante, don Edemiro a retraer las fincas rústicas situadas en el Polígono nº NUM000 en el municipio de San Vicente de la Sonsierra (La Rioja) correspondientes con la Parcela NUM001, finca registral nº NUM002, Parcela NUM003, finca registral nº NUM004, Parcela NUM005, finca registral nº NUM006 y Parcela NUM007 finca registral nº NUM008, quedando obligados los demandados a otorgar escritura de retroventa, en el plazo de treinta días desde la firmeza de esta resolución, a favor del actor, quedando todo ello condicionado al pago de la cantidad de 3.428.-euros, así como los gastos de Notaría, Registro de la Propiedad e Impuestos, que, como gastos necesarios y útiles, el demandado acredite haber realizado para la adquisición de las fincas que ahora se retrotraen, cantidad que el demandante tendrá que abonar al demandado en concepto de gastos necesarios y útiles, y que se han de desembolsar en el ejercicio de la acción de retracto.*

*Condeno en costas al demandado....".*

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación procesal de Heraclio, se presentó escrito solicitando se tuviese por preparado en tiempo y forma la apelación, que fue admitida, con traslado por 20 días a la parte recurrente para que interpusiese ante el Juzgado el recurso de apelación. Interpuesto éste, se dio traslado a las demás partes para que en 10 días presentasen escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

**TERCERO.-** En el recurso de apelación de Heraclio se alegaba, en esencia, excepción de litisconsorcio pasivo necesario con infracción del art. 12.2 LEC, en relación con el art. 24 CE y art. 1385 CC; error en la valoración de la prueba con infracción de los arts. 319, 326, 348 y 376 LEC en relación con el art. 22 LAU, y errónea apreciación del retracto de colindantes, para concluir interesando que previos los trámites legales se dicte sentencia en la que se:

*"... acuerde al desestimación de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte demandante ...".*

En la oposición presentada frente al recurso de apelación por se alegaban las razones que estimó oportunas frente a las alegaciones del recurso de apelación para concluir interesando que previos los trámites legales oportunos se dicte sentencia confirmando la dictada por el juzgado con expresa imposición de las costas a la parte apelante.

**CUARTO.-** Seguido el recurso por todos sus trámites, se señaló para la celebración de la votación y fallo el día 4-10-2018.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Sobre la alegación de excepción de litisconsorcio pasivo necesario con infracción del art. 12.2 LEC, en relación con el art. 24 CE y art. 1385 CC.

Viene a sostener al recurrente que en la sentencia recurrida al sostener que no era necesario traer al procedimiento en condición de demandada a la esposa del demandado, D<sup>a</sup> Enriqueta, copropietaria de las fincas en cuestión que habría adquirido las fincas junto con su esposo para la sociedad de gananciales, se habría incurrido en una vulneración del litisconsorcio pasivo necesario al entender que dado que se está ejercitando una acción de naturaleza real es preciso traer al procedimiento a ambos cónyuges cuando el bien tenga la naturaleza de bien ganancial.

En el procedimiento se hace referencia a una serie de fincas:

- 1.- finca registral NUM002 .
- 2.- finca registral NUM004 .



3.- finca registral NUM006 .

4.- finca registral NUM008 .

Respecto de todas ellas el demandante sostiene que existe arrendamiento y además respecto de dos de ellas (si bien en el acto de la Audiencia Previa mencionaba una) , que son las fincas registrales NUM006 y la NUM002 también manifiesta tener finca rústica colindante.

a) Posibilidad de planteamiento en fase de apelación.

Una primera cuestión se plantea en cuanto a la oposición que se realiza a la posibilidad de examinar en esta instancia la cuestión del litis consorcio pasivo necesario.

Una primera consideración cabe realizar en cuanto que la falta de litisconsorcio pasivo necesario constituye un presupuesto procesal de orden público ( STC, nº 77/86 de 12-6-1986) y puede ser alegada y apreciada en cualquier momento del procedimiento así como también puede ser apreciada de oficio en cualquier momento del procedimiento sin que su planeamiento de nuevo en esta segunda instancia suponga cuestión alguna en la medida en que ya la parte lo hizo ver en su contestación a la demanda, así como se planteó en la Audiencia Previa (momento procesal oportuno tal y como resulta de lo dispuesto en los arts. 416-1-3º y 420 LEC) y al que se dio respuesta en la misma y en el propio texto de la sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho Segundo, y nuevamente reiterado en esta instancia.

En tal sentido cabe citar entre otras la STS de 28-6-2012 (nº 436/12, rec. 1218/08) en la que se establece:

*<< 1. La adecuada constitución del proceso judicial exige llamar al juicio a todas las personas que, por no ser escindible la relación jurídica material controvertida -o por disponerlo así la Ley-, estén interesadas de manera directa o puedan resultar afectadas de la misma manera por la resolución que se dicte. El litisconsorcio pasivo necesario se traduce en un requisito de naturaleza procesal que se funda en el principio de audiencia y de prohibición de la indefensión y que robustece la eficacia del proceso, pues evita resoluciones que no puedan hacerse efectivas contra los que no fueron llamados a juicio e impide sentencias contradictorias ( SSTS de 8 de mayo de 2008, RC n.º 1170/2001 , 4 de noviembre de 2010 , RIPC n.º 422/2007 ).*

*2. La naturaleza de esta institución procesal determina que la falta de litisconsorcio pasivo necesario sea apreciable de oficio. Es una cuestión de orden público que queda fuera del ámbito de rogación de las partes, ya que los tribunales han de cuidar que el litigio se desarrolle con presencia de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por el fallo, pues de no ser así se conculcaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído con vulneración del artículo 24 CE ( SSTS de 23 de marzo de 2001, RC n.º 527/1996 , 17 de abril de 2008, RC n.º 218/2001 ).*

*Atendiendo a esta doctrina, la STS de 25 octubre, RC n.º 387/1995 , autoriza incluso a plantear la falta de litisconsorcio por primera vez en casación.>>.*

En el mismo sentido y entre otras muchas la STS de 23-7-2008 ( nº 773/08, rec 2042/08).

En conclusión cabe señalar que es el momento adecuado para responder al cuestionamiento sobre la resolución dictada al respecto de su concurrencia en la sentencia recurrida y por otro lado -incluso en supuesto distinto- no existiría obstáculo alguno a su planteamiento en esta segunda instancia en tanto que examinado el desarrollo de la audiencia previa celebrada el 1-12-2016 se observa que en la misma se reiteró por la parte tal cuestión (2:25) a lo que se contestó por la contraria (3:57) y finalmente resolvió el Juez (8:25) frente a la cual se presentó en el acto recurso de reposición que fue rechazado (9:319) y formulada protesta frente a la resolución (9:31), que se completa con la alegación realizada en el recurso de apelación presentado.

De tal manera que en atención a todo lo indicado no existe cuestión alguna que impida entrar a valorar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

b) Sobre la concurrencia de litisconsorcio pasivo necesario.

Establece el art. 12.2 LEC que:

*" Cuando por razón de lo que sea objeto de juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa".*

El fundamento del litisconsorcio pasivo necesario hay que buscarlo en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico materiales respecto de las cuales, independientemente de cuál haya de ser el contenido de la sentencia estimando o desestimando la pretensión, aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelve la legitimación han de hacerse frente a varias personas y encuentra causa en la naturaleza de la



relación jurídica establecida ente las partes, de la que trae causa el litigio, y el principio general de derecho que establece que nadie puede ser condenado sin ser oído ( art. 24 CE).

Si atendemos a la prueba aportada al procedimiento se observa que en la certificación expedida por el Registro de la Propiedad se aprecia que respecto de todas las fincas objeto del pleito se recoge (f.-15 y ss) :

" *Titularidad y descripción: Heraclio con DNI número..., casado con Enriqueta , tiene inscrita en este Registro de la Propiedad para su sociedad de gananciales, la finca registral ...*".

De esta manera en la propia escritura pública otorgada en fecha 3-12-2015 (f.-128 y ss) de compraventa de las referidas fincas se indicaba:

"... Heraclio , mayor de edad, casado en régimen legal de gananciales con Doña Enriqueta ...".

*Y en la primera de las estipulaciones se dice (f.-132v):*

"*Primero.- Doña Marta vende las fincas descritas a Don Heraclio , que las compra y adquiere, con carácter ganancial, por el precio expresado como valoración en la descripción de cada una de las fincas y que hace un total de cinco mil euros ...*"

Por lo tanto en la demanda se ejercita el derecho de tanteo y retracto del art. 22 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y junto con ella y respecto de las dos que también son colindantes, la acción de retracto de colindantes del art. 1521 y 1523 CC

El art. 22 LAR Legislación citada que se aplica Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos. art. 22 (31/12/2005) establece que " *En toda transmisión inter vivos de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas, el arrendatario que sea agricultor profesional (...), tendrá derecho de tanteo y retracto*".

Por su parte el art. 1521 CC, se indica que " *El retracto legal es el derecho de subrogarse , con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere la cosa por compra, o dación en pago*", indicando el art. 1523 CC que " *También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea...*" y según el artículo 27 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, el titular de una explotación prioritaria, tiene la facultad de ejercitar el derecho de retracto de fincas colindantes, cuando se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo.

Se trata de una cuestión que ha dado lugar a diferentes resoluciones en las que se ha entendido que no operaría el litis consorcio pasivo necesario , ejemplo de ello pude señalar se la SAP Valencia de 21-12-2000 (secc. 7ª, rec. 801/00) en la que se establece, tras señalar el carácter real de la acción ejercitada y el criterio jurisprudencial de necesidad de traer al procedimiento al cónyuge del adquirente para la sociedad de gananciales, al señalar:

<< Ahora bien, la reseñada no es la única línea jurisprudencial que existe en torno a la materia discutida, particularmente cuando el acto dispositivo no depende de las partes sino que es consecuencia de un imperativo legal, pudiendo así destacarse otras resoluciones que insisten en la naturaleza imperativa de los efectos de la acción -en el presente caso el retracto legal, o la acción de división de cosa común-. Así, la STS de 5-6-1989, dictada en supuesto de división de cosa común - art. 400 CC- que, entre otras cosas, establece: "...los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho de separarse que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción al respecto, cuyo resultado se impone por vía de imperio...", razón por la cual, concluye, "... por lo acabado de decir la exigencia del consentimiento prevista en los arts. 1377 y 1378 CC carece de aplicación en los supuestos de enajenación en pública subasta de la cosa indivisa...".

*Esto mismo sucede con la acción de retracto que, por imperativo legal, determina que el demandante se coloque en el lugar del comprador mediante el mero cumplimiento de los requisitos que establece el Código Civil (colindancia, carácter agrícola de finca retrayente y retraída, cumplimiento del plazo en el ejercicio de la acción y dimensiones de la finca a retraer, en el presente caso), haciendo absolutamente ineficaz la intervención del cónyuge de la compradora no demandado, su oposición o allanamiento, e inaplicable la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.>>*

Pero pese a lo indicado, que viene a señalar el carácter discutido de la cuestión cabe indicar que pese a recogerse el derecho de retracto en el Código Civil en el capítulo VI del Título dedicado a la regulación de la compraventa cuya rúbrica es " *De la resolución de la venta*" no se está, en sentido estricto de una acción personal para conseguir la ineficacia de una relación contractual, sino que se está accionando en virtud de un derecho real de adquisición, y en tal sentido cabe señalar la STS 12-4-1989 (nº 302/89):



*<< ... ha de partirse en primer lugar de la doctrina jurídica para la cual el derecho de retracto legal es un derecho real de adquisición que otorga a su titular la facultad de colocarse en el lugar del comprador mediante el cumplimiento de determinados requisitos y constituye para el enajenante una verdadera limitación a la libre disposición,...>>.*

Dentro de este marco y por lo tanto en el ámbito del ejercicio de una acción de naturaleza real no es susceptible de aplicarse lo establecido en el art. 1385.2 CC que desarrolla sus efectos en el ámbito de actos de administración y obligaciones dado que no es necesario llamar al procedimiento a ambos cónyuges cuando se trate de un ejercicio de acciones personales, las obligaciones asumidas por un cónyuge respecto a bienes gananciales son de cuenta de la sociedad de gananciales, y por ello, puede ser demandado cualquiera de los cónyuges, en cuanto derivan de un acto de administración, ex Art. 1385.2 CC, consideración que lleva a rechazar la cita jurisprudencia que se realizó en la misma audiencia previa por parte de la demandante ( la TS 4-10-1989, de 25-1-1990 o la de 23-10-1990 se refieren a resolución de contrato).

De esta manera la llamada al pleito se encuentra justificada en tanto que las fincas adquiridas para la sociedad de gananciales pueden salir de la masa patrimonial como consecuencia del éxito de la acción de retracto ejercitada, lo cual hace necesaria su presencia en el presente pleito so pena de que evidentemente derive en una situación de indefensión para el cónyuge omitido.

En conclusión y al tratarse las ejercitadas de acciones de naturaleza real debe dirigirse la demanda contra los dos cónyuges integrantes de la sociedad de gananciales.

En tal sentido cabe citar la STS de 13-9-2007 (nº 959/07. rec nº 3637/00):

*<< Sentada la naturaleza ganancial de las fincas, resulta acertada la apreciación por la Audiencia de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al ser la postura jurisprudencial en esta materia, como recuerda la Sentencia de 19 de marzo de 2001 , que "cuando se trata del ejercicio de acciones reales contradictorias o limitativas del dominio de los bienes gananciales, se hace necesario que aquel que se crea asistido de alguna de dichas acciones la dirija contra los dos esposos integrantes de la sociedad conyugal, de tal manera que el ejercicio frente a uno solo de ellos, con exclusión del otro, determina el surgimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario" y ello a diferencia de lo que ocurre cuando se postula la eficacia o ineficacia y consecuencias de una relación negocial o contractual, en que basta dirigir la pretensión contra aquel de los cónyuges que fue parte en el contrato.>> ;.*

En la misma línea la SAP Cáceres de 13-1-2017 (Secc. 1ª, rec. 645/16) señala en su Fundamento de Derecho Cuarto que:

*<< El Retracto es un Derecho de Adquisición Preferente del que resulta incuestionable su naturaleza como Derecho Real. Y, así, conviene indicar que el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 18 de Marzo de 2.009 , ha establecido que el retracto legal, como derecho que tiene una persona para subrogarse en el lugar del que adquiere y en sus mismas condiciones, constituye un auténtico límite que el Ordenamiento Jurídico impone al derecho de propiedad, constriñendo el poder de disposición que, de ordinario, corresponde al dueño de la cosa, estableciendo una preferencia a favor de determinadas personas para adquirir aquella en caso de que tenga lugar su enajenación; de lo dicho se desprende que tal derecho de adquisición preferente no entra en juego sino después de que la cosa haya sido enajenada, esto es, transmitida a un tercero, siendo los conceptos de enajenación (o transmisión) y de correlativa adquisición de la cosa determinantes tanto para el ejercicio del derecho de retracto como para la fijación del inicio del plazo de caducidad contemplado específicamente en el artículo 1.524 del Código Civil respecto del retracto legal de comuneros. En este sentido, el artículo 1.521 del Código Civil dispone que el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa en venta o dación en pago; y el artículo 1.518 del mismo Texto Legal preceptúa que el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin rembolsar al comprador el precio de la venta y, además, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, y los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.*

*Resulta evidente, pues, que, ejercitándose en la Demanda una Acción de Retracto (de naturaleza jurídica real), la correcta constitución de la relación jurídica procesal exige dirigir la Demanda, tanto frente al comprador, como frente a su cónyuge, al ostentar el bien inmueble que se pretende retraer la condición de ganancial. >&g t;*

Y la misma sentencia citada concluye:

*<< Pues bien, en el presente caso, no responde a una decisión correcta (que, en consecuencia, no puede compartir esta Sala) el que el Tribunal de instancia no haya acogido la Excepción de Falta del debido Litisconsorcio Pasivo Necesario, atendiendo, fundamentalmente, a la naturaleza de la acción que ha sido ejercitada en la Demanda, de naturaleza real, sobre un bien inmueble de naturaleza ganancial, que exige que sean llamados al Proceso los dos cónyuges.*





*En consecuencia, procede acoger la Excepción de Falta del debido Litisconsorcio Pasivo Necesario, sin entrar sobre el conocimiento de los motivos de fondo del Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante; y, en su virtud, se integrará el Litisconsorcio, con declaración de Nulidad de las actuaciones y retroacción de las mismas hasta el momento de la Audiencia Previa al Juicio, a fin de que sea emplazada, para contestar a la Demanda, el cónyuge del demandado, D<sup>a</sup>. Purificación , con suspensión de la Audiencia Previa al Juicio, continuando el Proceso por los trámites procedimentales legalmente establecidos, en aplicación del número 3 del artículo 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por cuya virtud los actos procesales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. >>*

En conclusión y siguiendo el criterio indicado cabe estimar la concurrencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y en consecuencia procede declarar la nulidad de las actuaciones y retroacción de las mismas hasta el momento de la Audiencia Previa al Juicio, a fin de que sea emplazada, para contestar a la demanda, el cónyuge del demandado ( art. 225.3 LEC).

**SEGUNDO.-** Respecto de las costas procesales, y de conformidad con lo establecido en el art. 398.2 LEC y al estimación de la cuestión planteada no procede realizar imposición en esta instancia, y en consecuencia de la nulidad sin imposición de las costas procesales de primera instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Heraclio contra la sentencia de fecha 24-4-2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Haro, en juicio en el mismo seguido al nº 204/2016, de que dimana el Rollo de Apelación nº **342/2017**, debemos procede declarar la nulidad de las actuaciones y retroacción de las mismas hasta el momento de la Audiencia Previa al Juicio, a fin de que sea emplazada, para contestar a la demanda el cónyuge del demandado.

Sin imposición de costas procesales en esta instancia y dejando sin efecto la imposición de costas procesales en primera instancia.

Contra la presente sentencia cabe interponer, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la LEC, los recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss y Disposición Final 16<sup>a</sup>, todo ello de la LEC, debiendo interponerse en el plazo de veinte días ante éste Tribunal.

Cúmplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrado/s que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.*