



Roj: **SAP GC 1618/2011 - ECLI: ES:APGC:2011:1618**

Id Cendoj: **35016370042011100107**

Órgano: **Audiencia Provincial**

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

Sección: **4**

Fecha: **28/06/2011**

Nº de Recurso: **578/2009**

Nº de Resolución: **246/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ELENA CORRAL LOSADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

Illtmos. Sres.-

PRESIDENTE: Dna. Emma Galcerán Solsona.

MAGISTRADOS: Dna. Maria Elena Corral Losada (Ponente).

Dona María de la Paz Pérez Villalba.

SENTENCIA

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a 28 de junio de 2011

VISTAS por la Sección 4a de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia no 3 de Telde en los autos referenciados (Juicio Ordinario no575/07) seguidos a instancia de Dona Clemencia , parte apelante-apelada, representada en esta alzada por la Procuradora Dona. Paloma Guijarro Rubio y asistida por el Letrado D. José Antonio Pérez Alonso contra D. Luis María , no personado en la instancia y allanado y contra D. Miguel Ángel , parte apelante-apelada, representado en la alzada por la Procuradora Dona María del Carmen Marrero García y asistido por el Letrado Don Pedro Miranda Guillén;siendo ponente la Sra. Magistrada Dona Maria Elena Corral Losada, quien expresa el parecer de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- "Por el Juzgado de Primera Instancia No. 3 de Telde, se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece: « Que desestimando la demanda presentada por la Procuradora Sra. Hernández Ryan, en nombre y representación de Da Clemencia , contra D. Luis María y D. Miguel Ángel , absuelvo a los demandados a los demandados de todas las pretensiones ejercitadas en su contra, con imposición a la actora del pago de las costas de la demanda principal".

"Que desestimando la demanda reconventional presentad por la Procuradora Sra. López de Medina, en nombre y representación de D. Miguel Ángel , contra Da Clemencia y D. Luis María , absuelvo a los citados demandados de todas las pretensiones ejercitadas en su contra, con imposición al reconviniente del pago de las costas de la demanda reconventional".

SEGUNDO.- La referida sentencia, de fecha 11 de diciembre de 2008 se recurrió en apelación por ambas partes, interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación por la representación de la parte demandada, con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitados los recursos en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las partes contrarias presentaron escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvieron por conveniente y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló día y hora para discusión, votación y fallo.



TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia por la acumulación y complejidad de los asuntos que ingresan en la sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formulada demanda solicitando la declaración de nulidad y subsidiariamente la resolución del contrato de fecha 9 de junio de 1988, celebrado entre D. Luis María y D. Miguel Ángel sin intervención de la demandante, y que se declare también que la demandante es copropietaria de la finca de autos, sita en C/ DIRECCION000 no NUM000 de Playa del Hombre, Telde, en el porcentaje y con la naturaleza y modo escrito en la certificación registral que se ha aportado como documento número 23 de la demanda (certificación del Registro de la Propiedad de la inscripción en el mismo de la propiedad del bien para la sociedad de gananciales de la demandante y el demandado D. Luis María ), ordenando al demandado D. Miguel Ángel devolver el citado inmueble a la actora, para ella misma y su comunidad de gananciales.

Al contestar a la demanda, el demandado D. Miguel Ángel reconvinó solicitando se decretara la nulidad radical de la Declaración efectuada en Telde el día 29 de enero de 2007, por D. Luis María , cuya firma fue legitimada por el Notario de Telde, y por tanto se declare nula y mande cancelar la naturaleza de ganancialidad de la finca registral NUM001 del Registro de la Propiedad No Uno de los de Telde, anotándose en su lugar que dicha finca es privativa de D. Luis María y consecuentemente éste se obligue a otorgar la escritura a favor de mi mandante en los términos fijados en la sentencia de fecha 25 de marzo de 2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 5 de los de Telde, en los autos del Juicio Declarativo de Menor cuantía número 133/199.

La sentencia dictada en primera instancia desestimó íntegramente la demanda y la reconvención y contra ella se alzan tanto el demandante como el demandado.

SEGUNDO.- Son antecedentes fácticos, acreditados en autos y no controvertidos o resultantes de la prueba que se dirá, y necesarios para la resolución del presente recurso los siguientes:

La demandante y el demandado D. Luis María , ambos de nacionalidad alemana, se encuentran casados desde el 2 de diciembre de 1966, y desde el año 1988 al menos (así resulta de varias testificales que corroboran lo declarado por la demandante) se encuentra separada de hecho de D. Luis María .

La demandante y el demandado D. Luis María en el mes de junio de 1987 firmaron documento privado de contrato de compraventa de la vivienda objeto del presente litigio interviniendo ambos como compradores, contrato para el que se pactaron efectos a partir del 12 de julio de 1987, con precio aplazado, así como que "con la última cuota a realizar el 1 de abril de 1988 se realizará el cambio de titularidad ante notario (inscripción registral)" y que el inmueble "sigue siendo propiedad de los cónyuges Stahnke hasta el pago definitivo" (folio 37).

El demandado D. Luis María formuló demanda ante órgano jurisdiccional alemán contra los vendedores en el anterior documento (los Srs. Stahnke) pretendiendo que se declarara que tenía derecho a la devolución de 3000 marcos alemanes entregados a los demandados vendedores, que se desestimó entendiendo el tribunal que el documento obrante en ese pleito de 19 de abril de 1990 no acreditaba la recepción de un importe de 3000 marcos alemanes entregados por el demandante sino que "este documento sólo contiene un acuerdo de las partes al efecto de que el demandante (aún) deberá pagar a los demandados un importe de 3000 marcos alemanes para la liquidación de todos los derechos (de pago) derivados del contrato de compraventa del 11 de junio de 1987" (folio 60).

El documento 23 de la demanda no es, como se dice en la demanda, el de contestación a la demanda por los Srs. Stakhen sino la contestación por parte del demandante (el Sr. Luis María ) "al escrito de los demandados con fecha de 16 de agosto de 1990 (folio 111 de las actuaciones).

Se tramitó a instancia del Sr. Luis María expediente de dominio para la reanudación de tracto registral (expediente 45/2003 del Juzgado de Telde no 7), en el que finalmente se dictó auto declarando acreditado el dominio del Sr. Luis María , demandado en este procedimiento, y de la Sra. Clemencia , demandante, resultando según la certificación registral (folio 127 de las actuaciones) que en la actualidad el inmueble se encuentra inscrito a nombre de los esposos, D. Luis María y DNA. Clemencia , para la sociedad de gananciales, debido a la presentación de testimonio del auto el día 5 de diciembre de 2006, practicándose la inscripción el día 13 de febrero de 2007.

Sin que se haya acreditado que interviniera en él la demandante ni que consintiera su contenido o cuándo llegó a su conocimiento dicho contenido, entre los dos codemandados se concertó el día 9 de junio de 1988 contrato instrumentado en documento privado en el que D. Luis María manifestó ser dueño en pleno dominio



de la finca referida, alegando como título el de compra al Sr. Stahnke "pendiente de escriturar a favor del Sr. Stahnke, y posteriormente al Sr. Luis María ", pactando en dicho contrato:

Que D. Luis María vende y transmite la finca urbana libre de cargas y arrendamientos al Sr. Miguel Ángel , por un precio total de 80.000 marcos que la parte vendedora recibirá en 10.000 marcos con anterioridad a la firma del contrato privado y los 70.000 restantes contra la entrega de las escrituras registradas, a favor del Sr. Luis María , concertando a partir de hoy y hasta un plazo máximo de 10 meses la entrega de las escrituras.

Que "si transcurrido el plazo estipulado de 10 meses, no se hiciera entrega a la parte compradora de las referidas escrituras, este contrato quedaría rescindido con la única obligación por parte de la vendedora, de hacer entrega del importe inicial de los 10.000 marcos a la compradora".

Que "la parte vendedora, cede a la compradora, la vivienda para su disfrute en régimen de alquiler y hasta el 30 de abril de 1989. La cantidad de 5.000 marcos en concepto de alquiler deberá abonarlo la compradora al término de esta fecha, en razón de 500 marco mes. Caso de no efectuarse la entrega de las escrituras por la parte vendedora antes del 30 de abril de 1989, quedaría exonerada la compradora de ningún pago por este concepto, no teniendo reclamación alguna que efectuar la vendedora excepto el reclamar la expiración del contrato de alquiler, debiendo la compradora abandonar la vivienda en la indicada fecha, sin reclamación alguna por su parte".

El codemandado SR. Luis María formuló demanda contra D. Miguel Ángel alegando que éste ni había abandonado el inmueble ni había abonado el importe del alquiler convenido, suplicando que se tuviera por resuelto y extinguido el contrato privado de compraventa/alquiler de fecha 9 de junio de 1988, celebrado entre las partes, en aplicación de la cláusula tercera del mismo, y que se condene al demandado a reintegrar al actor la posesión del inmueble que ocupa en virtud del contrato privado antes citado, y subsidiariamente, y para el caso de que se declare la nulidad o inaplicabilidad de la cláusula tercera del meritado contrato, se condene al demandado al abono del precio de compraventa convenido en el contrato, es decir la suma de 70.000 marcos alemanes, cuyo importe debe ser revalorizado teniendo en cuenta la depreciación de la moneda operada desde la fecha del contrato, 9 de junio de 1988, y la fecha de la presente demanda, eximiendo al actor de a presentación de las "escrituras registradas a su favor" al no haber sido otorgadas las mismas a su favor por el anterior propietario" (folios 173 y siguientes).

La anterior demanda dio lugar al dictado de la sentencia obrante a los folios 179 y siguientes en la que "estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Luis María contra D. Miguel Ángel , debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula tercera del contrato de fecha 9 de junio de 1988 y la validez del resto de sus estipulaciones. En consecuencia, debo condenar y condeno al demandado a abonar al actor la cantidad de 27.646,56 euros, una vez que el demandante haga entrega de las escrituras, debidamente registradas, al demandado y sin hacer especial pronunciamiento sobre costas", sentencia que fue confirmada por dictada en apelación por la Sección 5a de la Audiencia Provincial.

En el proceso en el que se dictó la anterior sentencia no fue parte la demandante DNA. Clemencia .

TERCERO.- La parte demandada alegó que el régimen económico matrimonial del matrimonio formado por la demandante y el Sr Luis María no es el de gananciales sino el de separación de bienes con participación en las ganancias y que a su entender un cónyuge puede disponer de parte de su patrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge, precisando sólo de dicho consentimiento cuando el cónyuge disponente lo haga de todo su patrimonio y no de parte del mismo, razón por la que negó la legitimación activa de la demandante para solicitar la nulidad del contrato de fecha 9 de junio de 1988.

Alegó también que la actora estaba conciliada fraudulentamente con el demandado Sr. Luis María y que a través de la presente demanda "interesa nuevamente la resolución del contrato de compraventa válidamente concertado con mi mandante, y cuya eficacia, a excepción de la estipulación tercera, quedó establecida mediante las Sentencias resenadas en esta excepción procesal".

También alegó: 1) excepción de litisconsorcio pasivo necesario por entender que "tienen que ser traídos a este proceso todos los propietarios del inmueble litigioso, como es el caso de la esposa de mi mandante, llamada Dna. Cristina , cuyo régimen legal matrimonial conforme a su ley nacional es similar al de gananciales"; 2) caducidad y/o prescripción de la acción ejercitada (invocando los artículos 1299 y 1301 del Código Civil ) entendiendo que a su juicio debía haberse computado el plazo desde el día 9 de junio de 1988; 3) inadecuación del procedimiento por entender que debió haberse seguido procedimiento de revisión de las sentencias que validaban el contrato concertado entre los codemandados"; 4) defecto legal en el modo de proponer la demanda por entender que no se le había aportado el documento no 16 de la demanda y alteración del documento no 11 de la demanda, "solicitando del Juzgado que se requiera expresamente a la actora para



que complete su demanda con los documentos íntegros así como su traducción jurada, o rechace de plano la inclusión de los mismos en el ramo de prueba de la actora";

Y formuló demanda reconvenional en la que solicitó la declaración de nulidad radical de la declaración efectuada en Telde el día 29 de enero de 2007 por D. Luis María cuya firma fue legitimada por el Notario de Telde D. José Ignacio González Álvarez, el día 30 de enero de 2007, tal y como se ha manifestado en la excepción procesal 3a de la contesación a la demanda" y de la inscripción registral de la consideración de "ganancialidad" de la finc litigiosa a favor de los Srs. Luis María Clemencia "para que conste exclusivamente como bien privativo de D. Luis María , y éste sea compelido a otorgar escritura de transmisión a favor de mi mandante en los términos establecidos en la Sentencia de fecha 25 de marzo de 2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 5 de los de Telde, en los autos del Juicio Declarativo Ordinario de Menor Cuantía no 133/199".

CUARTO.- Comenzando por el recurso formulado por la parte demandada en relación a la desestimación de la reconvenición formulada por Sr. Miguel Ángel contra los esposos Luis María Clemencia , actora y codemandado en la litis principal, el mismo debe ser íntegramente desestimado por las siguientes razones:

El demandante reconvenional no acredita el contenido de la declaración otorgada por D. Luis María el 29 de enero de 2007, sin que de la certificación registral adjunta a la reconvenición (folio 190) resulte que en efecto dicha declaración suponga un reconocimiento del carácter ganancial del derecho inscrito. Pesa conforme al artículo 217 de la LEC sobre el reconviniendo la carga de probar los hechos que alega (en el presente caso, que el contenido de la declaración del Sr. Luis María que pretende anular es el que se afirma en la reconvenición y no otro), sin que haya cumplido dicha carga procesal en el supuesto de autos desde que ni siquiera propuso como medio de prueba que se requiriera a la Notaría en que se otorgó copia de dicha declaración (y así resulta de su proposición de prueba de la que se tomó constancia en el acta de la audiencia previa incorporando el escrito en el que relacionaba los medios de prueba -folio 245 de las actuaciones-). Ello basta para desestimar su pretensión de que tal declaración de voluntad sea anulada.

Incluso si se entendiera que la declaración de voluntad señalada tiene el contenido que afirma el reconviniendo, si lo que el demandante pretende es que se rectifique la inscripción registral en el sentido que interesa no le bastaría para ello alegar cuál es el régimen económico matrimonial supletorio que rige en Derecho alemán el matrimonio de los Srs. Luis María Clemencia sino que sería necesario que acreditara además:

En relación al carácter ganancial o no del bien, que en Derecho alemán el régimen matrimonial supletorio es el de separación de bienes con participación en ganancias , como afirma (sin prueba suficiente del Derecho extranjero, que no lo es la mera cita en alguna sentencia española aislada, en la que puede recogerse normativa que no sea de aplicación al supuesto de autos o que haya sido derogada o modificada por norma posterior).

En relación al carácter ganancial o no del bien, que en Derecho alemán no cabe pactar entre los cónyuges de algún modo el régimen de gananciales o atribuir mediante declaración de voluntad de uno de los cónyuges la condición de ganancial -o de comunidad en mano común similar a la ganancial- de todos o alguno de los bienes adquiridos por alguno de los cónyuges o por los dos simultáneamente. Extremo éste muy relevante en relación a la nulidad que alega del reconocimiento del carácter ganancial del bien.

En relación al carácter ganancial o no del bien, cuál es el régimen jurídico de la comunidad que pueda existir sobre un bien adquirido conjuntamente por los dos cónyuges alemanes (ya que en principio debe desecharse, salvo prueba de norma alemana que excluya la situación de comunidad, que en una adquisición conjunta por los dos cónyuges, como lo fue la compraventa a los Srs. Skahen, la adquisición lo haya sido sólo a favor de un cónyuge con exclusión del otro -como pretende el reconviniendo-), y en particular si esa adquisición común lo es en régimen de comunidad en mano común o en régimen de comunidad pro indiviso.

En relación a la rectificación del contenido de la inscripción que pretende, tendría que acreditar la norma alemana de aplicación según la cual entiende que D. Luis María es propietario exclusivo de la vivienda con total exclusión de Dña. Clemencia . Puesto que incluso si el reconviniendo hubiera llegado a probar el Derecho alemán en el sentido de formar la convicción en la Sala de que el régimen económico matrimonial de la demandante y el codemandado D. Luis María era el de separación de bienes con participación en ganancias, pesa también sobre él la acreditación de que, como pretende, la adquisición realizada por D. Luis María y Dña. Clemencia (ambos compradores del bien que posteriormente vende al reconviniendo el Sr. Luis María ) lo es en dominio exclusivo del esposo con exclusión de participación en la titularidad del bien por la esposa.

Siendo necesaria para la estimación de la demanda reconvenional la alegación y prueba de las concretas normas de Derecho Alemán que sean de aplicación para excluir todo condominio sobre el bien en el que participe Dña. Clemencia , Derecho alemán que no ha sido en absoluto probado por el reconviniendo, no cabe sino desestimar su demanda reconvenional tanto en lo relativo a la anulación de la declaración de voluntad



cuyo contenido no se ha probado como a la declaración de que el Sr. Luis María es dueño exclusivo de la vivienda, como respecto a la rectificación del contenido de la inscripción registral.

Debe confirmarse, en consecuencia, la íntegra desestimación de la reconvenición realizada en la sentencia de instancia.

QUINTO.- La sentencia de instancia no se pronunció sobre las excepciones opuestas a la demanda por la parte demandada, si bien no estimó la misma por entender que la carga de la prueba del Derecho aplicable pesaba sobre la parte actora y que ésta no había acreditado cuál era el Derecho alemán en cuanto al régimen económico matrimonial de los contrayentes. Entendiendo que en caso de estimarse total o parcialmente la demanda se hace necesario examinar, aún someramente, dichas excepciones (ya que la demandada no recurrió una sentencia que le absolvía de las pretensiones deducidas en la demanda).

Y así, en cuanto al litisconsorcio pasivo necesario alegado no puede estimarse el mismo. Se pretende de un lado una acción de nulidad de contrato dirigida contra la única persona que en él fue parte, el demandado, sin que el hecho de que el mismo esté casado en un régimen jurídico u otro sea relevante a estos efectos (máxime cuando se afirma que el demandado está casado y que el régimen económico matrimonial que rige su matrimonio "es similar al de gananciales" pero no prueba en modo alguno el Derecho extranjero que dice ser de aplicación ni el régimen económico matrimonial que invoca), por lo que no procede apreciar la concurrencia de litisconsorcio pasivo necesario respecto a dicha acción (al producir el contrato efectos entre las partes que los otorgaron y sus herederos conforme a lo dispuesto en el art. 1257 del CC).

Menos aún concurre litisconsorcio pasivo necesario en relación a la acción reivindicatoria ejercitada por quien manifiesta ser condómina de la cosa. La alegación por el demandado de que la actora no es dueña y que él y su esposa no demandada son los actuales dueños de la cosa es una excepción por él opuesta sin que sea preciso en modo alguno el llamamiento al proceso de la esposa del demandado, frente a la que la sentencia que se dicte no producirá efectos de cosa juzgada (como no los produjo frente a la actora el litigio suscitado entre los dos codemandados) y, en caso de estimación de la demanda la declaración del dominio de la actora frente al demandado tampoco producirá efectos de cosa juzgada frente a la esposa de éste.

La sentencia dictada en el proceso seguido entre los codemandados no produce efecto de cosa juzgada frente a la aquí demandante, que no fue parte en él. Y por la misma razón la actora no sólo no debió acudir al procedimiento de revisión de sentencias sino que no podía acudir a dicho procedimiento, careciendo de legitimación para instarlo, siendo el procedimiento adecuado para el conocimiento de sus pretensiones el juicio declarativo ordinario por ella elegido.

Tampoco concurre defecto en la forma de proponer la demanda desde que de un lado no se ha acreditado que a la demanda no se hubieran adjuntado las copias de alguna página de documentos que sí obraban en la causa y de otro lado el Juzgado requirió a la actora la presentación de copia de esas páginas y ésta la presentó sin protesta alguna por parte de la demandada.

En cuanto a la alegación de caducidad de la acción, no habiendo acreditado los demandados la fecha en la que la demandante tuvo conocimiento suficiente del acto o contrato celebrado (y en particular de que se incluía además de un arrendamiento una compraventa y las concretas condiciones en que se concertaba ésta, en especial el precio de venta concretamente pactado) y no habiéndose disuelto la sociedad conyugal ni el matrimonio, no puede acogerse la excepción de caducidad opuesta por el demandado Sr. Miguel Ángel, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1301 del CC en la redacción que le fue dada por la Ley 14/1975 de 2 de mayo.

SEXTO.- Entrando finalmente a examinar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, DNA. Clemencia, se alega en el mismo que la sentencia es contradictoria en sus términos e inconveniente para ambas partes (puesto que o bien el propietario es el Sr. Miguel Ángel o bien la demandante con su exesposo el Sr. Luis María, o prevalece o no la inscripción registral o bien el contrato privado del Sr. Miguel Ángel es válido o no lo es) y se concreta que la impugnación de la sentencia se refiere únicamente a la desestimación de la demanda principal (pues lógicamente está conforme con la desestimación de la demanda reconvenicional independientemente de su fundamentación); se alega por la recurrente que en la sentencia se obvia el esencial extremo de que "independientemente de su régimen conyugal, mi mandante es copropietaria de la vivienda, y pese a ello el Sr. Luis María vendió por sí solo y en nombre propio toda la casa y no su mitad, por lo que el contrato entre D. Luis María y el Sr. Miguel Ángel de 9 de junio de 1988 tiene que ser nulo", sin que en todo caso la demandante esté vinculada por el contrato impugnado concertado sin su consentimiento. Añade que a falta de prueba sobre su régimen económico matrimonial debe entenderse que el mismo es el de gananciales, no sólo por ser ésta la presunción de régimen de dominio sobre el bien publicada por el Registro de la Propiedad y no destruida por prueba suficiente practicada a instancia de la parte demandada, sino porque según la jurisprudencia española "como acertadamente admite la doctrina, cuando a los tribunales no les sea



posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el derecho patrio"; insistiendo en todo caso que el contrato es nulo por falta de licencia marital al ser dicho bien la vivienda conyugal y en la nulidad del contrato por infracción del artículo 1265 del CC al dejar al arbitrio de la voluntad de uno de los contratantes, el Sr. Luis María , los efectos del mismo; y, por último, que siendo dueña la demandante el "comprador-arrendatario" Sr. Miguel Ángel ni ha comprado a la demandante la finca ni al parecer tampoco paga alquiler alguno desde hace muchos años, por lo que no tiene frente a la demandante título legítimo para la posesión de la casa.

SÉPTIMO.- Comenzando por la nulidad del contrato celebrado el 9 de junio de 1988 entre los dos codemandados, se invocan por la demandante varias causas:

Que se otorgó sin consentimiento de la demandante siendo su consentimiento necesario al tratarse de la venta de la vivienda familiar. Son de aplicación en este punto el artículo 1320 del CC en relación con el último párrafo del art. 1301 del C.C . Debe tenerse en cuenta, a estos efectos, que en el contrato de "arrendamiento-compraventa" no se hacía mención alguna a que la vivienda vendida fuera la vivienda familiar en el momento de la venta (como se ha acreditado que lo era, residiendo en ella entonces los hijos y el esposo aunque no la esposa por la reciente separación de hecho del matrimonio, la cual no se empadronó en Alemania, con sus hijos, hasta el 11 de octubre de 1988 -folios 131 y 133-), lo que podría dar lugar a la aflicción del último párrafo del artículo 1320 del CC en cuanto se considerara al adquirente, Sr. Miguel Ángel , de buena fé.

Sin embargo, desde que el Sr. Miguel Ángel conocía con anterioridad a la venta que la vivienda era la vivienda familiar del matrimonio formado por la demandante y el codemandado (él mismo manifestó que los Srs. Clemencia Luis María "se presentaron como marido y mujer", reconociendo que el Sr. Luis María vivía en la vivienda, su mujer y sus hijos" y que fue un hermano del Sr. Miguel Ángel , vecino de los Srs. Luis María Clemencia , quien le presentó al matrimonio), debe estimarse la pretensión de declaración de nulidad del contrato formulada por la esposa que no otorgó el necesario consentimiento marital, consentimiento que era exigible incluso en el caso de que la vivienda fuera privativa del único disponente, el Sr. Luis María . De no estimarse la demanda en este caso, en el que el adquirente conocía la naturaleza de vivienda familiar del matrimonio -sea cual fuere el régimen económico matrimonial que le rija- se estaría infringiendo frontalmente, por inaplicación, lo dispuesto en los artículos 1301 y 1320 del CC .

Que el Sr. Luis María vendió una cosa en parte ajena por ser conduena del bien la demandante, ya lo sea en régimen de gananciales, ya por condominio sobre el bien adquirido por ambos cónyuges conjuntamente. Y en este sentido, la Sala comparte con la demandante la afirmación de que la misma es condómina del bien adquirido conjuntamente, ya lo sea en régimen de gananciales, ya en régimen de condominio ordinario si se entendiera que rige el matrimonio un régimen similar al de separación de bienes, como alega el demandado Sr. Miguel Ángel (siendo de aplicación al régimen de adquisición de derechos reales sobre los bienes la ley española, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10,1 del C.C ., y en concreto el artículo 393 del C.C . según el cual se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad); pero no la conclusión de que el contrato sea nulo por haberse vendido cosa ajena en parte desde que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene admitiendo con carácter general, por el carácter consensual del contrato de compraventa ( art. 1450 C.C .), la validez de la compraventa sobre cosa ajena por la que el vendedor se obliga a transmitir el dominio de cosa que en el momento de la venta no es de su propiedad. Si en este caso el contrato está viciado de nulidad no es por que el demandado no sea el único dueño de la cosa vendida sino porque no se ha acreditado que obtuviera la preceptiva licencia marital. La demandante ni siquiera goza de legitimación activa para impugnar el contrato por esta causa, al no haber sido parte en el contrato ( art. 1257 CC ), de cuyo cumplimiento o incumplimiento responderá exclusivamente el Sr. Luis María . Sin perjuicio de que obviamente dicho contrato no será título apto para dar lugar a la transmisión del dominio sobre la cosa de la que no es dueño exclusivo el Sr. Luis María al Sr. Miguel Ángel

Alega también que el contrato es nulo por haberse dejado el cumplimiento del contrato al arbitrio del Sr. Luis María , alegación que no puede estimarse por no gozar siquiera la demandante -que no ha sido parte en el contrato- de legitimación para ejercer acción de nulidad por esta causa que, en su caso, sólo podría invocar el Sr. Miguel Ángel , como parte del contrato ( art. 1257 CC ).

OCTAVO.- En tanto en cuanto no se ha destruido por la parte demandada la presunción de que el derecho real de dominio inscrito a favor de la demandante como partícipe en una sociedad de gananciales existe y le pertenece en la forma determinada por el asiento de inscripción ( artículo 38 de la Ley Hipotecaria ) y desde que los asientos del Registro están bajo lasalvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria, debe entenderse, como alega la demandante, que la vivienda es ganancial y por tanto que la demandante es conduena de la misma en régimen de gananciales, como se afirma en la demanda.



En todo caso, y aún no siendo necesario para fundar la sentencia por la aplicación de los preceptos de la Ley Hipotecaria indicados, no está de más señalar que incluso si la parte demandada reconviniente hubiera acreditado que el régimen económico matrimonial de los Srs. Luis María Clemencia en el momento de otorgamiento del contrato de compraventa de 9 de junio de 1988 era el de separación de bienes, la adquisición conjunta de la vivienda por ambos cónyuges a los Srs. Stakhen supondría, por aplicación del artículo 10,1 del CC la adquisición del bien por los dos cónyuges Srs. Luis María Clemencia en régimen de condominio ordinario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 393 del CC, por lo que tanto en uno como en otro caso habría de tenerse a la demandante por condómina al 50%, que ejercita la acción reivindicatoria en beneficio de la comunidad (ya lo sea de gananciales, ya pro indiviso).

Y frente al dominio que se presume tiene la demandante como titular registral, D. Miguel Ángel no ha acreditado que se le haya transmitido a él dicho dominio. Su título de adquisición, además de nulo, es inhábil para producir la traslación del dominio al no haber sido otorgado por el propietario exclusivo del bien (nemo plus iuris transferre potest quod ipse habet), y ni siquiera su posesión podría haber sido hábil para usucapir desde que conforme se pactó en el contrato de 9 de junio de 1988, la transmisión de la posesión no se hizo en concepto de dueño sino que se hizo en concepto de arrendatario ("la parte vendedora, cede a la compradora, la vivienda para su disfrute en régimen de alquiler y hasta el 30 de abril", dice el contrato, y anade que "caso de no efectuarse la entrega de las escrituras por la parte vendedora antes del 30 de abril de 1989, quedaría exonerada la compradora de ningún pago por este concepto, no teniendo reclamación alguna que efectuar la vendedora excepto el reclamar la expiración del contrato de alquiler, debiendo la compradora abandonar la vivienda en la indicada fecha, sin reclamación alguna por su parte").

Dado que una vez iniciada la posesión en concepto de arrendatario el poseedor no puede cambiar a su voluntad el título posesorio, debe concluirse que su posesión no era tampoco apta para usucapir (como se alegaba de modo informal en la contestación a la demanda al mencionar el tiempo transcurrido desde que entró en posesión de la vivienda). Si a ello se une que el propio Don. Miguel Ángel reconoció en su declaración que sólo pagó la parte del precio que se aplazó (10.000 marcos de un precio total de 80.000 marcos) y que el demandado Sr. Miguel Ángel no ha acreditado que haya pagado rentas por el arrendamiento de la vivienda de la que viene estando en posesión y uso desde junio de 1988, no cabe duda alguna de que debe ser estimada íntegramente la demanda, con estimación del recurso de apelación y revocación de la sentencia de instancia, ordenando al demandado D. Miguel Ángel devolver el citado inmueble a la actora, para ella misma y su comunidad de gananciales (el régimen de dominio expresado en la inscripción de dominio actualmente vigente).

NOVENO.- La estimación de la demanda comporta la imposición de las costas causadas en la primera instancia, correspondientes a la demanda interpuesta contra él, al demandado D. Miguel Ángel que se opuso a la misma, sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas por la demanda dirigida por la actora contra el demandado D. Luis María, que se allanó a la demanda antes de contestarla. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 del CC.

En cuanto a las costas de la reconvenición procede confirmar el pronunciamiento que las impuso al demandado reconviniente D. Miguel Ángel.

Las costas del recurso de apelación interpuesto por D. Miguel Ángel deben serle impuestas a dicho apelante, sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por DNA. Clemencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la LEC en relación con el art. 394 del mismo cuerpo legal.

En su virtud, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS:**

Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de DNA. Clemencia y desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Miguel Ángel debemos revocar la sentencia dictada en primera instancia y en su lugar, con estimación total de la demanda y total desestimación de la reconvenición debemos declarar y declaramos la nulidad del contrato concertado el día 9 de junio de 1988 entre los codemandados D. Luis María y D. Miguel Ángel por haber dispuesto el vendedor de la vivienda familiar sin contar con consentimiento de su esposa y sin concurrir buena fé del comprador. Igualmente debemos estimar y estimamos la acción reivindicatoria ejercitada por Dna. Clemencia por sí y para su sociedad de gananciales (régimen de titularidad publicado por el Registro de la Propiedad) sobre la vivienda sita en el número NUM002 de la Calle DIRECCION000, en 35-100 Playa del Hombre, Telde, declarando que la demandante es conductora del bien en los términos que publica el registro de la propiedad (para la sociedad de gananciales de D. Luis María y DNA. Clemencia), y ordenando a D. Miguel Ángel devolver dicha vivienda a la demandante DNA. Clemencia para ella misma y su comunidad de gananciales.



Debemos condenar y condenamos al demandado D. Miguel Ángel a pagar las costas causadas por la demanda contra él dirigida, sin que proceda hacer especial imposición de las causadas por la demanda dirigida contra D. Luis María que se allanó antes de precluir el plazo de contestación a la demanda.

Debemos condenar y condenamos al demandado y recurrente D. Miguel Ángel a pagar las costas causadas por el recurso de apelación que interpuso, sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por la representación de la actora DNA. Clemencia .

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, siendo Ponente la Ilma. Sra. Dna Maria Elena Corral Losada, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ