



Roj: **SAP A 3820/2011 - ECLI: ES:APA:2011:3820**

Id Cendoj: **03014370062011100562**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **6**

Fecha: **14/12/2011**

Nº de Recurso: **656/2010**

Nº de Resolución: **560/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA RIVES SEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo de apelación nº 656/2010.-

Juzgado de Primera Instancia nº Uno de Denia.

Procedimiento Juicio Ordinario nº 654/2005.-

Cuantía de la demanda: 342.576,90 euros.

Cuantía demanda reconventional: 342.576,90 euros.

SENTENCIA Nº560/11

Illtmos Srs.

Don José María Rives Seva.

Doña María Dolores López Garre.

Doña Encarnación Caturla Juan.

En la Ciudad de Alicante a catorce de diciembre de dos mil once.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad de Alicante, integrada por los Illtmos. Srs. expresados al margen ha visto, en grado de apelación, Rollo de la Sala nº 656/10 los autos de Juicio Ordinario nº 654/05 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº Uno de la ciudad de Denia en virtud del recurso de apelación entablado por la parte demandante DON Fernando que ha intervenido en esta alzada en su condición de recurrente, representado/a por el/la Procurador/ra Don/ña Roberto Hernández Guillén y defendido/a por el/la Letrado Don/ña David Server Antelo y siendo apelada la parte demandada DON Mario representado/a por el/la Procurador/ra Don/ña Francisco Martínez Martínez y defendido/a por el/la Letrado Don/ña Fernando Bellver Beltrán, y la codemandada DOÑA Emma , representada por el Procurador Don Francisco Martínez Martínez y defendida por el Letrado Don Miguel Catena Salmerón, siendo a la vez ambos demandados impugnantes; y siendo únicamente parte apelada los demandados DON Carlos María y DOÑA Purificacion , representados por el Procurador Don José Antonio Saura Saura y defendidos por el Letrado Don Josep Antoni Cabrera Ribes, y el actor respecto de las impugnaciones.

ANTECEDENTES DE HECHOS.

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº Uno de la Ciudad de Denia y en los autos de Juicio Ordinario nº 654/05 en fecha 16 de octubre de 2009 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO.- Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Don Fernando , representado por Procurador de los Tribunales Doña Isabel David Frasquet y asistido de Letrado Don David Server Antelo contra Don Mario representado por el Procurador de los Tribunales Doña Dolores Ortiz Moncho y asistido de Letrado Don Fernando Bellver Beltrán y contra Doña Emma representada por el Procurador de los Tribunales Doña Inmaculada Más Cabrera y asistido de Letrado Don Miguel Catena Salmerón y contra Don Carlos María y Doña Purificacion : 1. Debo declarar y declaro que la resolución unilateral del contrato de compraventa de



la vivienda sita en la CALLE000 n NUM000 - NUM001 fase de la URBANIZACIÓN000 de Denia (Alicante). Finca nº NUM002 tomo NUM003 libro NUM004 del Registro de la Propiedad nº 1 de Denia realizada por los demandados ha sido contraria a derecho. 2. Debo declarar y declaro que los demandados Don Mario y Doña Emma deben restituir a los actores los 12.000 euros recibidos, condenando en consecuencia a Don Mario y Doña Emma a restituir el referido importe con los intereses legales devengados desde el día 30-09-2005 y hasta el día 9/11/2005 fecha de puesta a disposición del referido importe a favor de los actores. 3. Debo declarar y declaro que Don Mario y Doña Emma adeudan a la actor en concepto de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en la suma de 967 euros. 4. Debo absolver y absuelvo a Don Carlos María y Doña Purificación de los pedimentos de la actora. En cuanto a las costas de la demanda principal cada parte abonará las devengadas a su instancia, salvo las de Don Carlos María y Doña Purificación que se imponen a la actora al haberse desestimado la ampliación de demanda. Que desestimando la demanda reconvenicional interpuesta por Doña Emma representada por el Procurador de los Tribunales Doña Inmaculada Más Cabrera y asistida del Letrado Don Miguel Catena Salmerón contra Don Fernando , representado por el Procurador de los Tribunales Doña Isabel David Frasset y asistido del Letrado Don David Server Antelo y contra Don Mario representado por el Procurador de los Tribunales Doña Dolores Ortiz Moncho y asistido del Letrado Don Fernando Bellver Beltrán debo absolver y absuelvo a Don Fernando y a Don Mario de los pedimentos de la reconveniente, con imposición a ésta última de las costas procesales devengadas por la demanda reconvenicional."

Segundo.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación en tiempo y forma por la representación de la parte demandante siendo tramitado conforme a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con traslado del mismo a la parte demandada por término de diez días, siendo a su vez parte impugnante, remitiéndose las actuaciones seguidamente a esta Il. Audiencia Provincial, Sección Sexta, donde se formó el correspondiente rollo de apelación nº 656/10.

Tercero.- En la sustanciación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, señalándose para votación y fallo el día 13 de diciembre de 2011 y siendo ponente el Il. Sr. Don José María Rives Seva.

FUNDAMENTOS JURIDICOS.

Primero.- La estructura fáctica del presente procedimiento no es otra que la siguiente:

1. El demandante Don Fernando alega en su demanda que en fecha 30 de septiembre de 2005 formalizó contrato de compraventa con los demandados Don Mario y Doña Emma respecto de la casa sita en la localidad de Denia, CALLE000 nº NUM000 , finca registral nº NUM002 , por precio de 57.000.000 pts. (342.576,90 euros) entregando en el acto 12.000 euros (documento 3 de la demanda), oponiéndose los vendedores al otorgamiento de la escritura pública. Interesan en el suplico la condena al otorgamiento del citado instrumento público contra entrega del resto del precio, y para el caso de devenir imposible por la venta a terceros, se les condene a los daños y perjuicios consistentes en la devolución de lo entregado a cuenta y el pago de la diferencia entre el precio de la adquisición originaria del inmueble y el valor actual de mercado (peritado en 484.056 euros), siendo por tanto: 141.479 euros.

2. Se amplió la demanda frente a Don Carlos María y Doña Purificación al tener constancia de que la vivienda se había vendido a estos en escritura de 28 de octubre de 2005 e interesando la nulidad de la venta. Estos demandados contestaron alegando que habían adquirido la vivienda de buena fe y que eran terceros hipotecarios conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria .

3. El demandado Don Mario compareció para oponerse a la demanda y alegando que la vivienda era ganancial y que no tenía el consentimiento de su esposa para la venta, por lo que el contrato era nulo, teniendo por resuelto el contrato con el ofrecimiento de devolución del dinero en 17 de octubre de 2005 (documento 8).

4. Bajo la misma representación y defensa que el anterior compareció Doña Emma sosteniendo idéntica posición, pero a la vez formuló demanda reconvenicional interesando la nulidad del contrato. Dicha demanda fue formulada frente al demandante y frente a su esposo codemandado, contestando el primero para oponerse y el segundo para allanarse.

Segundo.- Siendo aquellos sucintamente los hechos y la posición de todas las partes en el proceso, seguido el juicio por sus trámites, la sentencia dictada en la instancia concluye con una estimación parcial de la demanda condenando a los demandados Don Mario y Doña Emma a restituir al actor Don Fernando la cantidad de 12.000 euros e intereses, y los daños y perjuicios por importe de 967 euros, sin imposición de costas; y absuelve a los demandados Don Carlos María y Doña Purificación con imposición de las costas al demandante.

Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por el demandante Don Fernando , de cuyo recurso se tratará más adelante.



En trámite de oposición al recurso se formuló impugnación de la sentencia por parte de la codemandada Doña Emma y precisamente para sostener lo que había sido objeto de su demanda reconvenicional, esto es, que el contrato de venta era nulo al no haber tenido intervención en el mismo. De la misma forma se opuso el codemandado Don Mario , y a la vez también impugnó la sentencia, precisamente para sostener la estimación de la reconvenición anterior.

Los codemandados Don Carlos María y Doña Purificación mantuvieron su situación procesal de parte apelada.

Antes de seguir con la resolución del presente recurso de apelación debemos decir sin más preámbulos que no procede entrar a conocer sobre la impugnación de la sentencia efectuada por el codemandado Don Mario ya que el mismo no fue demandante reconvenicional, sino demandado, e incluso allanado a la misma, y por tanto el pronunciamiento desestimatorio acerca de dicha demanda no le es perjudicial ya que él no hizo pedimento alguno distinto de la simple oposición a la demanda, por lo que considera la Sala que carece de legitimación "procesal" en los términos señalados en el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la "impugnación" del recurso, y no existiendo en nuestro sistema procesal civil la adhesión a la apelación en forma coadyuvante. Por lo que procede la desestimación de dicho recurso.

Tercero.- La Sala considera que debe dar respuesta al recurso que por vía de impugnación de la sentencia de instancia efectuó la codemandada Doña Emma ya que el mismo está centrado en la circunstancia de la desestimación de su demanda reconvenicional, demanda que, dando por reproducidos los hechos de la oposición, interesaba la nulidad del contrato ya que se había otorgado sin su consentimiento. Recurso que además condicionará el interpuesto por la parte demandante.

La litis sostenida entre las partes debe resolverse en la aplicación de los artículos 1.320 y 1.377 del Código Civil , en atención a que estamos tratando de la venta de una vivienda que es propiedad de la sociedad de gananciales y que además es la vivienda habitual, circunstancias que quedaron desveladas en la sentencia y que no han sido discutidas en la alzada. Así, el segundo de los preceptos indica que para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requiere el consentimiento de ambos cónyuges; y el segundo, en lo necesario, que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, añadiendo el 1.322 que cuando la ley requiera para un acto de disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancias del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.

En línea interpretativa dice la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2003 que la enajenación realizada por el esposo, sin intervención ni consentimiento de la mujer, de un bien que tiene carácter ganancial, resulta un acto anulable e ineficaz en perjuicio de aquella, pero asimismo, el consentimiento de la mujer para la venta puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio, y también inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo incluso su pasividad, la no oposición de la mujer a la enajenación, conociendo la misma, e incluso el silencio puede ser revelador de consentimiento (sentencias de 5 de diciembre de 1983 , 15 de octubre de 1984 , 16 de abril de 1985 , 6 de octubre de 1988 , 13 de julio de 1995). Además, cuando se trata de la vivienda conyugal los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, y de tal forma que, conforme al artículo 1.322, no se trataría de un contrato radicalmente nulo por inexistencia del consentimiento de la esposa, sino anulable, por referir una disposición onerosa y no gratuita llevada a cabo por el marido unilateralmente, que cabe ser subsanada por el consentimiento prestado posteriormente o por el aquietamiento de la interesada, como así se pronuncia la sentencia de 15 de julio de 1999 , entre otras.

En el presente caso se está invocando en definitiva que la Sra. Emma , ahora recurrente, no prestó su consentimiento a la venta de 30 de septiembre de 2005 ya que ni sabía ni quiso dicho contrato. Sin embargo esto no es lo que se deduce de la prueba practicada en los autos y que ha sido valorada acertadamente por el juzgador de instancia, bastando a la Sala consignar los siguientes extremos de la sentencia para llegar a la misma conclusión de que existió un consentimiento tácito para el acto de disposición: la misma Sra. Emma sabía que el esposo estaba enseñando la casa para venderla declarando en el acto del juicio que por la casa pasó gente de inmobiliarias, y explicando que su esposo estaba enseñando a las inmobiliarias la casa y me decía que eran tasaciones para vender. Asimismo el codemandado Sr. Carlos María dijo que llevaban dos años dando vueltas por la zona afirmando vimos el cartel extremo que también contó la codemandada Sra. Purificación , y el Sr. Mario también dijo encargué a varias inmobiliarias la venta y había un cartel, extremo que se confirma porque la venta a los codemandados se efectúa 15 días después, por lo que es claro que la Sra. Emma tenía conocimiento de que se estaba intentando vender la casa. La testigo Sra. María Virtudes afirma que en septiembre de 2005 estuvimos en la casa y estaba la mujer y nos enseñaron la casa explicando que había una señora mayor la suegra, y con referencia a la Sra. Emma dijo ella me enseñó la casa y no puso objeción y estuvieron diciendo los muebles que dejaban, explicando a preguntas del letrado cómo era la casa



por dentro sin objeción alguna de parte. También el Sr. Romualdo estuvo en la casa visitándola acompañando a la anterior y también estuvo presente al firmar el contrato cómo fue el Sr. Fernando y dijo que en ese momento estaba el Sr. Mario y su esposa y Emma vio todo, estaba presente en la redacción en la mesa del salón. Por lo que podemos concluir que la misma sabía que se estaban haciendo gestiones para vender la casa y tuvo conocimiento del acuerdo de su esposo y el Sr. Fernando sobre la compra de la casa.

Existiendo por tanto el consentimiento tácito de la esposa codemandada en el acto dispositivo efectuado por su marido, no procede declarar la nulidad del contrato, siendo procedente la desestimación del recurso de apelación.

Cuarto.- Llegados a estos extremos, el recurso de apelación del demandante Don Fernando se centra en los siguientes extremos:

1º. El período del devengo de los intereses legales de los 12.000 euros que deben devolver los demandados, que son concedidos en la sentencia desde la entrega en 30 de septiembre de 2005 hasta el día 9 de noviembre de 2005 de la puesta a disposición, entendiéndose el recurrente que debe ser hasta su completo pago. Y este motivo debe merecer favorable acogida a la Sala por cuanto aquella disposición nunca tuvo efectividad desde el momento en que el demandante no los aceptó considerando la validez del contrato, por el contrario de la anulabilidad de los vendedores, por lo que el ofrecimiento realizado por la pretendida resolución no puede surtir efecto ya que ésta es declarada mal efectuada en la sentencia, estando siempre ese dinero en poder de los demandados. Por ello los intereses legales deben extenderse hasta que se haga el efectivo pago al demandante.

2º. El importe de 967 euros por los daños y perjuicios fijados en la sentencia, cuando en realidad se pretende la cifra de 141.479,10 euros que es la diferencia entre el precio de la compra (342.576,90 euros) y el de la segunda venta (288.485 euros). Pero tal pretensión debe ser desestimada.

Como indica la sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 2008, dispone el artículo 1.124 del Código Civil que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. Se discute únicamente en el presente recurso de alzada interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia de instancia el alcance de los daños y perjuicios sufridos por el mismo y derivados del incumplimiento contractual de los demandados, teniendo en cuenta que como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo de ver la sentencia de 17 de junio de 1986, el resarcimiento comprende tanto el *damnum emergens* como el *lucrus cesans*, centrándose en este segundo, pedido por el recurrente en la cantidad de..., que es la diferencia entre el precio que debía pagar por la compra del bien inmueble..., con el valor del mismo en su posterior venta de... Como indica la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 6 de enero de 2006, en el punto referido a perjuicios por lucro cesante, es un tema sobre el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado reiteradamente en el sentido de que los perjuicios derivados del incumplimiento contractual han de estar absolutamente probados (sentencias, por ejemplo, de 20 de enero de 1983 y 13 de mayo de 1997). Porque, como dice la sentencia de 13 de mayo de 2005, con cita de la de 26 de julio de 2001, es doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala la que exige la prueba en el proceso de declaración de la existencia de los daños y perjuicios, pues aunque pudiera entenderse que el incumplimiento del contrato por el demandado causa «in re ipse» daños a los recurrentes, no les eximía de tratar de establecer en la fase declarativa del proceso, mediante la pertinente actividad probatoria, las bases necesarias para cuantificar la indemnización procedente. Y sigue diciendo la sentencia que en el supuesto de autos se reclama una cantidad alzada que deriva de la diferencia entre el precio de la opción de compra celebrada entre las partes y el valor declarado a efectos hipotecarios de la finca en la escritura pública de adquisición de la misma; para terminar por afirmar que ello no es una acreditación del perjuicio porque no existe prueba en concreto sobre el alcance de un teórico detrimento patrimonial sufrido por el demandante. Esta doctrina debe ser de absoluta aplicación al caso de autos donde el actor efectivamente se ha limitado a solicitar como daño y perjuicio la misma diferencia de valor, pero en realidad no ha acreditado que el incumplimiento del contrato le hubiera causado un real perjuicio ya que podría haberse alegado que hubiera tenido que adquirir otra vivienda semejante y le hubiere supuesto hacer un desembolso mayor.

La doctrina es aplicable al caso de que tratamos y el motivo debe ser desestimado.

3º. Y el tercero motivo del recurso viene referido a las costas de la primera instancia. No cabe duda que la demanda fue estimada parcialmente y por ello conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cada una de las partes soportará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, no existiendo en autos conducta temeraria de los demandados que aconseje otro pronunciamiento. Y en



cuanto a las costas por la ampliación de la demanda y la consecuencia de la absolución de los codemandados Don Carlos María y Doña Purificación, deben ser impuestas al demandante por aplicación del principio del vencimiento objetivo que se desprende del mismo artículo citado, más cuando la llamada al proceso era intrascendente desde el mismo momento en que en el suplico de la demanda se interesaba que para el caso de devenir imposible por la venta de la vivienda a terceros, se condenara a los vendedores demandados a los daños y perjuicios. Acreditada la venta a aquellas personas, era innecesaria su llamada al proceso por cuanto el propio demandante asumía la prestación por equivalencia.

Todo lo cuál conduce a que el recurso de esta parte deba ser estimado parcialmente.

Quinto.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son de imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas, por lo que se refiere a los demandados recurrentes Don Mario y Doña Emma. No se hace especial declaración sobre las costas causadas en la alzada por lo que se refiere al demandante recurrente Don Fernando.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/ra Don/ña Francisco Martínez Martínez en representación de Don Mario y Doña Emma contra la sentencia dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº Uno de la ciudad de Denia en fecha 16 de octubre de 2009 y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS íntegramente la misma al estar ajustada a derecho, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas.

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/ra Don/ña Roberto Hernández Guillén en representación de Don Fernando contra la sentencia, y en su consecuencia REVOCAR COMO REVOCAMOS parcialmente la misma en el sentido de que los intereses de la cantidad de 12.000 euros lo serán desde el día 30 de septiembre de 2005 hasta su efectivo pago. Manteniendo el resto de los pronunciamientos en ella contenidos. Y sin hacer especial declaración de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248 nº 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y artículo 208 nº 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, advirtiéndose a las partes que contra la misma caben los recursos extraordinarios, que deberán ser interpuestos, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días, y para su posterior remisión al Tribunal Supremo.

Y en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados del pertinente testimonio de esta resolución para ejecución y cumplimiento de lo acordado y resuelto, uniendo otro testimonio al rollo de apelación y el original al legajo de sentencias.

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

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.