



Roj: **SAP MA 650/2015 - ECLI: ES:APMA:2015:650**

Id Cendoj: **29067370062015100058**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **29/01/2015**

Nº de Recurso: **570/2012**

Nº de Resolución: **53/2015**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LA SOLEDAD JURADO RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA. SECCION SEXTA**  
**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº TRES DE MÁLAGA**  
**JUICIO ORDINARIO Nº 1569/10**  
**ROLLO DE APELACIÓN CIVIL Nº 570/12**  
**SENTENCIA Nº 53/15**

**Ilmos. Sres.**

**Presidente**

D. Antonio Alcalá Navarro

**Magistradas**

Dña. Soledad Jurado Rodríguez

Dña. Nuria Orellana Cano

En la ciudad de Málaga a veintinueve de enero de dos mil quince.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio Ordinario nº 1569/10 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº Tres de Málaga, sobre nulidad contractual, seguidos a instancia de Dña. Lourdes , representada en el recurso por el Procurador D. José Carlos Garrido Márquez y defendida por la Letrada Dña. Magdalena Giménez Cañavate, contra Dña. Noemi Y OTROS , representados en el recurso por el Procurador D. Alejandro Rodríguez de Leiva, y defendidos por el Letrado D. Eduardo González Fernández, pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada en el presente juicio.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia nº Tres de Málaga dictó sentencia de fecha 26 de Octubre de 2011 en el juicio Ordinario nº 1569/10, del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: "**FALLO.-** Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador D. Jose Carlos Rodríguez Márquez, en nombre y representación de Dña. Lourdes , contra Dña. Noemi , D. Indalecio y Dña. Alejandra , SE ACUERDA:

1.- Declarar la nulidad del contrato de compraventa celebrado el 30 de Octubre de 2.008 siendo vendedores Dña. Noemi y D. Ernesto y compradores D. Indalecio y Dña. Alejandra y que tuvo por objeto el inmueble sito en CALLE000 n.º NUM000 de Málaga.

2.- Declarar la nulidad y ordenar la cancelación de la inscripción registral practicada en el Registro de la Propiedad n.º 6 de Málaga que dispone la titularidad del pleno dominio de la precitada finca con carácter privativo a favor de D. Indalecio y Dña. Alejandra .



3.- *Imponer a la parte demandada el abono de las costas causadas en esta instancia.*" (SIC)

**SEGUNDO.-** Contra la expresada sentencia se tuvo por preparada la apelación en virtud de escrito presentado por el Procurador D. Alejandro Rodríguez Leiva en nombre y representación de la parte demandada, que interpuso el recurso en plazo y forma, del que se dio traslado a la otra parte, presentado escrito de oposición al recurso, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde al no haberse propuesto prueba ni considerarse necesaria la celebración de la vista, previa deliberación de la Sala el nueve de Diciembre de 2014, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Il.tra. Sra. D<sup>a</sup> Soledad Jurado Rodríguez.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El procedimiento del que trae causa el presente recurso se inicia mediante demanda formulada el 29 Julio 2010 por D<sup>a</sup> Lourdes , en cuyo petitum solicita: 1) la declaración de nulidad de la compraventa llevada a cabo el 30 Octubre de 2008 por D<sup>a</sup> Noemi y D. Ernesto , como vendedores, y D. Indalecio y D<sup>a</sup> Alejandra , como compradores, sin el consentimiento de la demandante, respecto del inmueble sito en c/ CALLE000 n<sup>o</sup> NUM000 de Málaga; 2) la declaración de nulidad y cancelación de la inscripción efectuada en el Registro de la Propiedad; 3) la declaración de nulidad del contrato por simulación del negocio jurídico suscrito entre las partes por causa falsa en el objeto y en el precio. Oponiéndose a esta pretensión la parte demandada, la sentencia estima la demanda declarando la nulidad del contrato objeto de litis celebrado el 30 Octubre de 2008, ordenando la cancelación de la inscripción registral que causó aquel, formulando la parte demandada recurso de apelación frente a dicha resolución a fin de que sea desestimada la demanda reiterando los argumentos contenidos en la contestación a la demanda y, subsidiariamente, solicita que se aclare si la nulidad de la compraventa es respecto del 100% del inmueble objeto de litis o, si, por el contrario, es sólo respecto de una mitad indivisa, señalando en cualquiera de los casos las consecuencias de aquella, en especial, a la vista de lo previsto en el artículo 1303 CC .

**SEGUNDO.-** Son hechos incontrovertidos en la presente litis los siguientes:

1) El 4 Diciembre 1994 contraen matrimonio la demandante y D. Ernesto bajo el régimen de gananciales, del que nació una hija, constituyendo el domicilio familiar desde el inicio del matrimonio la vivienda sita en c/ CALLE000 n<sup>o</sup> NUM000 de Málaga.

El solar sobre el que se construyó esta vivienda era propiedad de los padres del esposo, y éste recibió a título de herencia al fallecimiento de su padre su mitad indivisa, constando inscrito en el Registro de la Propiedad como finca registral n<sup>o</sup> NUM001 con una superficie total aproximada de 400 m<sup>2</sup>, cuyos titulares son el esposo de la demandante ( D. Ernesto ) y la madre de éste ( D<sup>a</sup> Noemi ), sin que conste inscrita la vivienda que se construyó sobre ese solar.

2) El 1 Octubre 2008 la demandante denuncia a su esposo por un presunto delito de violencia de género, incoándose Diligencias Previas n<sup>o</sup> 7328/08 por el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia, en las que se dicta auto acordando, entre otras medidas, atribuir a la demandante e hija el uso y disfrute de dicha vivienda, del que debía salir el esposo.

3) El 30 Octubre 2008 se otorga escritura pública de compraventa en virtud de la cual el esposo de la demandante y la madre de éste, como titulares de la propiedad del solar, lo venden a D. Indalecio y D<sup>a</sup> Alejandra (hermanos e hijos respectivamente de los vendedores), por un precio de 101.384 ? abonado por medio de dos cheques nominativos por importe de 50.692 ? cada uno, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad el 10 Diciembre de 2008.

4) En procedimiento de medidas provisionales previas instadas por la demandante ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, se dicta auto el 27 de Abril de 2009 acordando atribuir a la esposa e hija el uso y disfrute de dicha vivienda, lo que también se acuerda en la sentencia de separación dictada el 28 de Enero de 2010 en procedimiento de separación n<sup>o</sup> 111/09 .

5) El 2 de Febrero de 2010 fallece el esposo D. Ernesto .

6) En dicho procedimiento de separación n<sup>o</sup> 111/09, el 19 de Febrero de 2010 se dicta auto acordando el archivo de las actuaciones en base al artículo 22.1 LEC en base a que el fallecimiento del esposo produce la disolución del matrimonio.

7) El 10 de abril de 2010, los adquirentes del solar interponen demanda de precario frente a la demandante D<sup>a</sup> Lourdes , que es desestimada en sentencia dictada el 25 de junio de 2010 por el Juzgado de Primera



Instancia nº 13 de Málaga, que, recurrida en apelación, es revocada por la sentencia dictada por esta Audiencia Provincial (sección 5ª) el 9 octubre de 2012, que acuerda la estimación de la demanda por precario.

**TERCERO.-** En base a estos hechos, la demanda se fundamenta en que a partir del auto dictado el 1 de Octubre de 2008, el esposo y su familia fraguó la venta del domicilio familiar que la llevó a cabo apenas tres semanas después utilizando las discordancias entre la realidad registral y la extrarregistral, obviando en el contrato la existencia de la vivienda construida sobre el solar, cuando tanto vendedores como compradores conocían esa realidad. El precio pactado es muy inferior al de mercado, pues según informe de agente de la propiedad inmobiliaria está valorado en 225.379 ? y según la Agencia Tributaria, está valorado en 812.150? 64 ?, solicitando la nulidad de la compraventa en las siguientes razones: a) el solar se vende libre de cargas y arrendatarios, omitiéndose y ocultándose dolosamente por los vendedores y compradores que en el solar se construyó una vivienda con anterioridad al 4 Diciembre 1994 (fecha en la que contraen matrimonio la demandante y D. Ernesto ), con la condición de domicilio familiar desde el inicio del matrimonio y cuyo uso y disfrute ha sido atribuido judicialmente a la demandante e hija; b) la venta del solar adolece de vicio en el consentimiento al faltar el de la esposa, siendo éste preceptivo conforme al artículo 1320 CC ; c) se trata de una compraventa inexistente por simulación pues bajo la apariencia de la compraventa del solar se oculta la verdadera finalidad perseguida cual es el desalojo de la vivienda de la demandante e hija y la exclusión de bienes de la masa hereditaria de la herencia de D. Ernesto , estando ausentes la causa válida, falta de consentimiento y falta de precio, adoleciendo de vicio de falta de objeto.

**CUARTO.-** La demandada presenta escritos de contestación a la demanda en los que solicita el archivo de las actuaciones por falta de legitimación activa de la demandante, o subsidiariamente, la absolución de la parte demandada alegando, en primer lugar, falta de legitimación activa de la demandante para instar la nulidad de la escritura pública de compraventa por las siguientes razones: a) en dicha compraventa no intervino la demandante, b) la demandante no ostenta ningún título de propiedad sobre el solar o sobre la vivienda objeto de litis que se construyó en 1979 (en 1991 ya figura en el catastro a nombre del padre de D. Ernesto ), c) no acredita ningún tipo de perjuicio a consecuencia de la venta de la vivienda cuya nulidad se insta, d) no tiene atribuido judicialmente el uso y disfrute de la vivienda pues la sentencia de separación dictada el 28 de Enero de 2010 , que así lo acordaba, quedó sin efecto mediante auto dictado el 19 febrero de 2010 (tras el fallecimiento del esposo), de forma que el matrimonio se extinguió por causa de muerte no llegándose a declarar la separación de los cónyuges, e) tras el fallecimiento del esposo, la demandante no ha adquirido ningún derecho sobre la parcela en aplicación del artículo 834 CC .

En relación al fondo de la cuestión, la parte demandada reitera los anteriores argumentos en base a los que niega legitimación activa a la demandante, añadiéndose o incidiendo en: a) la vivienda fue habitada por D. Ernesto antes de contraer matrimonio y con posterioridad, constituyó el domicilio familiar desde el principio, siendo propiedad privativa de Dña. Noemi y de su hijo fallecido; cuando se vendió la vivienda ya no estaba vigente el derecho de uso y disfrute atribuido a la esposa e hija en el Auto de fecha 1 de Octubre de 2008, que tenía una vigencia de treinta días, habiéndose en todo caso respetado el uso y disfrute ya que lo único que se realizó fue la venta de la propiedad, continuando la demandante e hija en posesión de la vivienda; b) la sentencia de separación dictada el 28 de Enero de 2010 quedó sin efecto mediante Auto de fecha 19 de Febrero de 2.010, que declara extinguido el matrimonio por causa de muerte, en consecuencia, no se ha llegado a producirse la separación legal del matrimonio; en testamento otorgado por D. Ernesto lega a Dña. Lourdes la legítima estricta, por lo que carece del derecho de usufructo establecido en el artículo 834 CC ; c) aunque en escritura se reflejase 101.384 ? como precio de la compraventa, lo realmente abonado y recibido fue de 202.768 ?, d) aunque todos los intervinientes en la compraventa (vendedores y compradores) conocían que la vivienda había constituido el domicilio familiar durante todos estos años, la codemandada Noemi era propietaria de una mitad pro indiviso de la misma, no teniendo obligación de comunicar a la demandante la venta del solar ni de hacer constar que dicha vivienda constituyó el domicilio familiar de aquella, porque la vivienda no tenía la condición de domicilio conyugal respecto de dicha codemandada, ni las resoluciones judiciales atribuyendo su uso y disfrute a la demandante pueden mermar el derecho de propiedad de dicha codemandada, por lo que la venta, al menos de la mitad indivisa de Dª Noemi , es válida y eficaz; e) tampoco era necesario el consentimiento de la esposa para la venta que exige el artículo 1320 CC , pues en esa fecha ya se encontraban los esposos separados de hecho; f) no obstante, si se entendiere que ese consentimiento era exigible, subsidiariamente se debería declarar únicamente la nulidad de la venta de la mitad de la propiedad vendida por D. Ernesto , lo que acarrearía como consecuencia que la propiedad de una mitad indivisa se retrotraería al los herederos de dicho vendedor quienes, a su vez, tienen la obligación de devolver a los compradores 101.384 ?, como la parte del precio que recibió por la venta de la mitad indivisa.

**QUINTO.-** La sentencia de instancia desestima la falta de legitimación activa de la demandante en base a la doctrina jurisprudencial referida a que la legitimación de un tercero que no haya sido parte en el contrato, para ejercitar la acción de declaración de inexistencia del mismo por carencia de alguno de los requisitos



esenciales que determina el artículo 1.261 C.C. viene determinada por el hecho de que dicho tercero tenga un interés jurídico en ello, o lo que es lo mismo, que se vea perjudicado o afectado de alguna manera por el referido contrato, de manera que la falta de interés priva al tercero de la legitimación para el ejercicio de las aludidas acciones ( STS de 14 de Diciembre de 1.993 , haciendo referencia a la jurisprudencia anterior). Considera la sentencia que si bien es indiscutido que la demandante carece de derecho de propiedad alguno sobre la casa o el solar, los que son propiedad privativa (no ganancial) de D. Ernesto y de su madre, Dña. Noemi ( artículo 1.359 C.C. ), y que la demandante no fue parte en el contrato, no obstante, concluye en que la demandante ostenta legitimación para instar la nulidad del contrato al tener un interés legítimo porque cuando se celebró el contrato de compraventa cuya nulidad se pretende el día 30 de Octubre de 2.008, la actora y su hija disfrutaban del derecho de uso y disfrute de la vivienda, (la eficacia de las medidas civiles dictadas en la orden de protección cesaba el 31 de Octubre de 2.008).

Respecto de las cuestiones de fondo, la sentencia estima la demanda declarando la nulidad del contrato objeto de litis al considerar que el artículo 1.320 C.C. es de aplicación en los supuestos en los cuales un matrimonio no esté disuelto ni separado legalmente e incluso separado de hecho, al no existir atribución del uso o disfrute de la vivienda familiar a ninguno de los cónyuges, puesto que en este último caso ha de presumirse que el uso de la vivienda sigue siéndolo de la unidad familiar, y, sin embargo, en casos de crisis matrimonial, ha de aplicarse el artículo 96 C.C. de semejante contenido, y en el caso enjuiciado, a fecha 30 de Octubre de 2.008, los cónyuges estaban separados de hecho por una medida de alejamiento dictada el 1 de Octubre de 2.008, por tanto, se encontraban en una situación de crisis matrimonial en cuya vigencia se decretó la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a la demandante y a la hija del matrimonio, y esta circunstancia determina que la venta del solar, en cuyo interior se hallaba el hogar familiar, requería el consentimiento de la esposa o, en su defecto autorización judicial, de conformidad con el artículo 96 C.C. ya que la celebración de un contrato de compraventa que afecta a un domicilio familiar cuyo uso y disfrute ha sido otorgado judicialmente es un acto de disposición de los derechos que ostenta el todavía cónyuge propietario, en consecuencia, la carencia del consentimiento de Dña. Lourdes en el contrato de compraventa de fecha 30 de Octubre de 2.008, conduce a la nulidad de dicho contrato al amparo del artículo 1.322 C.C. , sin que sea obstáculo para declarar dicha nulidad la existencia de terceros adquirentes pues carecen del requisito de la buena fe que exige el artículo 34 Ley Hipotecaria , siendo determinante que se inscribiera en el Registro de la Propiedad la compraventa de 30 de Octubre de 2.008 precisamente ese silencio sobre la existencia de una casa en el solar, sobre que dicho inmueble era el domicilio familiar y que su uso en ese momento había sido atribuido a la actora y a la hija del matrimonio por parte del finado, y la connivencia de los tres hermanos y de la madre de ellos, pues el Reglamento Hipotecario en su artículo 91.1 veda el acceso al Registro de la Propiedad del acto dispositivo sobre una vivienda en el que no conste el consentimiento del cónyuge no propietario salvo que el cónyuge dueño disponente manifieste en la escritura pública que ese piso no tiene el carácter de vivienda de la familia.

En relación a la pretensión subsidiaria de la parte demandada, se resuelve en la sentencia que la declaración de nulidad comprende la nulidad del negocio en su integridad pues el objeto de la venta era un todo, es decir, no era la enajenación por separado de dos mitades indivisas sino la totalidad del solar con la casa en él construida (cuerpo cierto según la cláusula primera del contrato) por un precio cierto unitario, y, en consecuencia, el defecto en el consentimiento se extiende a todo el negocio jurídico.

**SEXTO.-** Entrando a resolver el recurso de apelación, dentro de las Disposiciones Generales de la regulación de los regímenes económicos-matrimoniales, el artículo 1320 CC establece: *"Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe."* El artículo 1322 dispone: *"Cuando la Ley requiera para un acto de administración o 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 instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos."* La jurisprudencia ha interpretado el art. 1320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar ( SSTS de 3 enero 1990 y 31 diciembre 1994 ), y la doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real. El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como "declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno -es decir, concluido por otro- por la que un cónyuge tolera o concede





su aprobación a un acto en el que no es parte", siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión ( STS 8 octubre 2010 ).

En el caso enjuiciado, no ha sido hecho controvertido que el domicilio familiar lo constituía la vivienda sita en c/ CALLE000 nº NUM000 de Málaga, propiedad privativa del esposo y de la madre de éste, y que los propietarios la venden el 30 Octubre 2008, constante matrimonio, sin contar con el consentimiento de la esposa ni autorización judicial, en consecuencia, no cabe duda de la legitimación activa de la demandante para instar la nulidad de ese acto de disposición del domicilio familiar sin su consentimiento, como expresamente se reitera en el artículo 1322 CC . En base a estos mismos preceptos, dicho contrato resulta nulo, tal como se ha declarado en la sentencia de instancia, por faltar el consentimiento de la esposa del vendedor, sin que esta ausencia pueda quedar convalidada porque el matrimonio estaba separado de hecho desde aproximadamente un mes antes de la venta pues, no habiéndose dictado sentencia de separación o divorcio, las obligaciones y derechos económicos de ambos cónyuges dentro del matrimonio seguían vigentes, máxime cuando entre ellos regía la sociedad de gananciales y el artículo 1392 CC establece que ésta concluirá cuando se disuelva el matrimonio, cuando sea declarado nulo, cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges o cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código.

Al respecto, la recurrente insiste (como lo ha hecho en el procedimiento) en que la demandante no tiene atribuido judicialmente el derecho de uso y disfrute de la vivienda pues la sentencia de separación dictada el 28 de Enero de 2010 , que así lo acordaba, quedó sin efecto mediante auto dictado el 19 febrero de 2010 (tras el fallecimiento del esposo), de forma que el matrimonio se extinguió por causa de muerte no llegándose a declarar la separación de los cónyuges. Esta conclusión es acertada porque legalmente no hubo separación de los cónyuges y, en consecuencia, tal circunstancia no puede afectar al aspecto patrimonial del mismo, pero lo que no cabe es utilizar argumentos incompatibles respecto de la misma cuestión al situarse a la demandante en un limbo jurídico carente de derechos, y así, por una parte, se argumenta que como el matrimonio estaba separado de hecho la esposa no tenía que prestar su consentimiento a la venta hecha por el esposo del domicilio familia y, a su vez, se argumenta que como la sentencia de separación quedó sin efecto, el matrimonio se ha disuelto por muerte del esposo, y siendo esto último cierto, hasta el momento de esa disolución por fallecimiento imperaba el artículo 1320 CC , con los efectos del artículo 1322 del mismo texto legal . Debe igualmente rechazarse la interpretación extensiva o la integración analógica del artículo 834 del mismo texto legal que pretende el recurrente pues dicho precepto establece que no tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora el cónyuge que al morir su consorte se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, faltando así los requisitos que establece el artículo 4.1 de la misma Ley para que proceda la aplicación analógica de las normas, pues si el artículo 1320 CC no contempla la separación de hecho como motivo para que cesen los efectos que en el mismo se establecen, no significa que haya una laguna en la norma, sino que tal circunstancia no tiene incidencia en su aplicación, sin que tampoco concorra identidad de razón entre una norma y otra, no residiendo la causa de pedir en los derechos que a la esposa pudiera corresponderle en la herencia del marido, sino en el contrato celebrado por éste sin el consentimiento de aquella.

**SÉPTIMO.-** Se impugna en el recurso que la sentencia haya considerado no ser obstáculo para declarar la nulidad contractual la existencia de terceros adquirentes al carecer del requisito de la buena fe que exige el artículo 34 Ley Hipotecaria , alegándose al respecto que los terceros adquirentes actuaron de buena fe al haber declarado Dña. Alejandra y D. Indalecio en prueba de interrogatorio que su fallecido hermano D. Ernesto les manifestó que la demandante ya no residía en la vivienda. Este motivo recurrente procede ser rechazado pues, si bien es verdad que la buena fe se presume siempre, es la propia parte demandada la que en sus escritos de contestación a la demanda reconoce expresamente que todos los intervinientes en la compraventa (vendedores y compradores) conocían que la vivienda había constituido el domicilio familiar durante los años que duró el matrimonio, como en la misma prueba de interrogatorio reconocen que conocían que la vivienda que compraban era el domicilio familiar de su hermano, esposa e hija de ambos, en consecuencia, habiéndose producido con dicho reconocimiento la ruptura de la presunción de la buena fe, ésta no queda acreditada con las meras declaraciones de dichos codemandados en el acto del juicio y, en todo caso, de ser ciertas las manifestaciones que les hizo su hermano vendedor, para mantenerse en una conducta de buena fe les exigía comprobar la veracidad de que la vivienda que durante catorce años había constituido el domicilio familiar de la familia de su hermano, hacía días que había dejado de serlo y con carácter definitivo.

**OCTAVO.-** Como ya se indicó, en las contestaciones a la demanda se planteó subsidiariamente que si se entendiere que el consentimiento de la demandante era exigible, se debería declarar únicamente la nulidad de la venta de la mitad de la propiedad vendida por D. Ernesto , al no afectarle a la otra vendedora el artículo 1320 CC , argumento que la sentencia de instancia rechaza al considerar que la declaración de nulidad comprende la nulidad del negocio en su integridad pues el objeto de la venta no era la enajenación por separado de dos mitades indivisas sino la totalidad del solar con la casa en él construida (cuerpo cierto según la cláusula primera del contrato) por un precio cierto unitario, y, en consecuencia, el defecto en el consentimiento se



extiende a todo el negocio jurídico. En el recurso se reitera dicha pretensión subsidiaria alegando que no cabe extender el defecto de consentimiento a todo el negocio jurídico al existir dos propietarios distintos sobre un mismo bien cada uno con sus propios derechos individualizados. Este motivo recurrente procede ser desestimado por las mismas razones contenidas en la sentencia recurrida pues la recurrente impugna dicho pronunciamiento pero sin cuestionar que el solar vendido era propiedad de D. Ernesto y de su madre por mitades indivisas y, al respecto, el artículo 392 CC dispone: "*Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece «pro indiviso» a varias personas.*", en consecuencia, existía una comunidad de bienes respecto del solar entre ambos vendedores, y en relación a la misma, el artículo 399 dispone en una primera parte: "*Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales.*", para añadir a continuación: "*Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.*"

En el ordenamiento jurídico español, este tipo de comunidad, de naturaleza germánica, a diferencia de la comunidad de tipo romano, los copropietarios son titulares indistintamente de un patrimonio sin existir distribuciones por cuotas, y en consecuencia, únicamente mediante la división y adjudicación del haber patrimonial se transforma en real e individualizada la cuota ideal, o potencial de los interesados, adquiriendo así el título, en consecuencia hasta tanto se proceda a la partición y adjudicación de la cosa común, los partícipes no tienen conferido la propiedad del bien sino unas expectativas de derechos sobre el mismo, esto es, no poseen título que los legitime sino derechos abstractos o expectantes sobre la cosa común. Consecuencia de ello es que la nulidad de la venta por uno de los copropietarios sobre el bien común conlleva la realizada por el otro copropietario al ser titulares de cuotas indivisas sobre un bien no dividido por cuotas, de forma que no es que cada propietario haya vendido su cuotas sino que ambos han vendido las cuotas indivisas en un contrato nulo, teniendo reiterado la jurisprudencia que el artículo 399 CC «El artículo 399 CC lo que expresamente reconoce a cada copropietario es el derecho a la plena propiedad de su parte... pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, añadiendo que el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños, estará limitado a la porción que se le adjudique en la división, al cesar la comunidad (...)" ( STS 29 abril 1986 y en las muchas que en ella se citan).

**NOVENO.-** Se plantea en el recurso que la sentencia no se pronuncia sobre todas las consecuencias de la nulidad contractual declarada ya que, conforme al artículo 1303 CC, la parte vendedora deberá devolver a la compradora un total de 202.768 ? como precio recibido. Este motivo recurrente resulta inatendible por cuanto, no habiéndose planteado en la contestación a la demanda ni habiéndose formulado reconvenición, en este procedimiento la parte demandada la conforman vendedores y compradores al haber sido ejercitada la acción por un tercero a esa relación contractual, sin perjuicio de las acciones que pudieran ejercitar en su caso ex artículo 1303 CC entre ellos a fin de reclamar la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato.

**DÉCIMO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando sean desestimadas las pretensiones de un recurso de apelación, las costas se impondrán a la parte que las haya visto rechazadas.

Vistos los artículos citados y los demás de legal y oportuna aplicación,

#### **FALLAMOS:**

Que desestimando el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Alejandro Rodríguez Leiva en nombre y representación de D<sup>a</sup> Noemi, D. Indalecio y D<sup>a</sup> Alejandra contra la sentencia dictada el 26 de Octubre de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 3 de Málaga en el Juicio Ordinario n<sup>o</sup> 1569/10, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas causadas en esta alzada.

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

E/

**PUBLICACIÓN:** Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D<sup>a</sup> Soledad Jurado Rodríguez, constituida en Audiencia Pública en la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial de Málaga, en el día de su fecha. Doy fe.-