



Roj: **SAP M 4378/2011 - ECLI:ES:APM:2011:4378**

Id Cendoj: **28079370212011100151**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **21**

Fecha: **05/04/2011**

Nº de Recurso: **890/2008**

Nº de Resolución: **162/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 21

MADRID

SENTENCIA: 00162/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 21

1280A

Tfno.: C/ FERRAZ, 41 Fax: 914933872-73-06-07

914933874

N.I.G. 28000 1 7014125 /2008

Rollo: RECURSO DE APELACION **890 /2008**

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 533 /2006

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 52 de MADRID

Ponente: ILMO. SR. D. GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL

PL

De: Francisca

Procurador: VALENTINA LOPEZ VALERO

Contra: Modesta , Fidel , Adelina , Delfina

Procurador: JESUS VERDASCO TRIGUERO, JESUS VERDASCO TRIGUERO , SIN PROFESIONAL ASIGNADO , SIN PROFESIONAL ASIGNADO

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL

D. RAMÓN BELO GONZÁLEZ

Dª Mª ALMUDENA CÁNOVAS DEL CASTILLO PASCUAL

En Madrid, a cinco de abril de dos mil once.

La Sección Vigésimo primera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio de ordinario nº **890/2008**, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 52 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante-demandada Dª



Francisca , y de otra, como apelados- demandantes D^a Modesta y D. Fidel y como apelados-demandados D^a Adelina y D^a Delfina .

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia nº 52 de Madrid, en fecha 3 de junio de 2008, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por S/ña JESUS VERDASCO TRIGUERO en nombre y representación de D/ña Modesta , Fidel contra D/ña. Adelina , Delfina , Francisca debo declarar y declaro la validez del contrato de compraventa suscrito entre las partes con efectos de la fecha del mismo. Absolviendo del resto de los pedimentos de la demanda al demandado. Cada parte satisfará las costas causadas a su instancia y las normas por mitad. No reconociendo legitimación activa para ejercitar el derecho de retracto, satisfaciendo él las costas por esta acción ejercitada."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del que se dio traslado a la parte apelada, quien se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 15 de noviembre de 2010, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 29 de marzo de 2011.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por contrato privado suscrito el uno de julio de 2002, los demandados Dña. Adelina y Dña. Delfina vendieron a los demandantes Dña. Modesta y D. Fidel , que compraron con carácter privativo y por mitad, Dña. Adelina la mitad indivisa y ambas demandadas cuantos otros derechos de herencia les correspondiesen por su condición de cónyuge viudo e hija legítima sobre las dos siguientes fincas, la vivienda o piso NUM000 NUM001 de la finca número NUM002 , escalera NUM003 , de la CALLE000 de Madrid (finca NUM004 del Registro de la Propiedad número 20 de Madrid), y la plaza de garaje señalada con el número NUM005 del mismo edificio (finca registral NUM006), indicándose que estaba pendiente de formalizar la escritura de aceptación y partición de herencia de D. Luis Andrés . El precio estipulado fue de 132.222,66 euros, del que correspondía 6.010,12 euros a la plaza de garaje y el resto al piso, entregándose a la celebración del contrato la cantidad de 616 euros y comprometiéndose los compradores a abonar la suma de 616 euros mensuales hasta que los vendedores tuvieran inscrito el pleno dominio de las fincas en el Registro de la Propiedad, obligándose a satisfacer la diferencia del precio en el plazo de 90 días desde que los vendedores les notificasen la inscripción registral y en el acto previo al otorgamiento de la escritura pública de venta. Las vendedoras entregaron la posesión de los inmuebles a los compradores en el acto del contrato, conviniéndose en la cláusula quinta que los vendedores se obligaban a realizar cuantos actos fueran procedentes, entre ellos los judiciales si fueran precisos, para obtener el pleno dominio de las fincas enajenadas inscritas a su nombre en el Registro de la Propiedad, a cuyo efecto ambas partes contemplaban un plazo máximo de dos años.

D. Luis Andrés había fallecido el 21 de octubre de 1990, habiendo otorgado testamento abierto el 27 de junio de 1983 en el que legaba a su esposa D^a Adelina el usufructo universal y vitalicio de toda la herencia, o si lo prefería el tercio íntegro de libre disposición en pleno dominio y además de la cuota legal usufructuaria. Dejando a salvo lo anterior, el testador legó a su hija Dña. Delfina el tercio de libre disposición para el caso de que su esposa le premuriera, y la mejora en el tercio de su nombre, instituyendo y nombrando herederos universales en el resto de sus bienes, por partes iguales, a sus tres hijos, D. Luis Andrés y Dña. Francisca y Dña. Delfina .

Consta que en el Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Madrid se tramita procedimiento divisorio de la herencia de D. Luis Andrés , a instancia de Dña. Adelina y Dña. Delfina .

SEGUNDO.- Solicitaban los actores en su demanda que se declarase la validez del contrato de compraventa suscrito entre las partes, con efectos de la fecha del mismo; se condenara a los demandados a hacer entrega mediante la traditio - escritura pública- de la propiedad plena de los bienes comprendidos en el contrato, así



como a realizar los actos o acciones que fueran precisos para llevar a cabo tal obligación, en el plazo de dos meses desde la sentencia, y de no hacerlo en ese plazo se autoriza a los actores para aceptar la herencia y liquidar la sociedad postganancial en su nombre y a su cuenta, o subsidiariamente el Juzgado por sustitución; se condenase a los demandados a la indemnización de daños y perjuicios en función de los intereses legales calculados sobre todas las cantidades abonadas hasta que los demandados inscribiesen en el Registro de la Propiedad el pleno dominio de las fincas comprendidas en el contrato; y subsidiariamente, para el caso de declararse la evicción o la resolución del contrato, se condenase a los demandados a satisfacerles las cantidades de 251.605 euros, valor actual de los bienes, más 9.255,59 euros e intereses devengados por la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid como gastos del contrato y las sumas satisfechas que satisficieran en adelante hasta la declaración de resolución del contrato por IBI y Comunidad de Propietarios, con sus intereses legales.

De todas estas pretensiones, la sentencia dictada por el Juzgado únicamente declara la validez del contrato de compraventa suscrito entre las partes con efectos de la fecha del mismo, rechazando las demás peticiones, no siendo objeto del recurso de apelación ni la declaración realizada en la sentencia ni la desestimación de las demás peticiones de la demanda, pronunciamientos que por ello debemos considerar firmes e indiscutidos.

TERCERO .- Al llamarse en la demanda, como intervención provocada en base al artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a Dña. Francisca , ésta formuló reconvencción ejercitando acción de retracto de comuneros; acción que se rechaza en la sentencia impugnada al entender que la demandada reconviniente carecía de acción para ejercitar la acción de retracto, centrándose el recurso de apelación formulado por esta demandada en la procedencia de la acción de retracto.

CUARTO .- Dña. Francisca ejercitó claramente en vía reconvenccional una acción de retracto de comuneros, como se desprende de su escrito de contestación a la demanda y reconvencción y de su propio interrogatorio.

El retracto de comuneros se regula en el artículo 1522 del Código Civil al disponer que "El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. Cuando dos o mas copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común".

Es necesario, por ello, para el ejercicio del retracto de comuneros que el retrayente sea copropietario de la cosa común.

Extraña un tanto que mantenga la apelante que en una herencia todos los herederos son propietarios efectivos de los bienes relictos en su individual cuota de parte proporcional, pues es doctrina pacífica y jurisprudencia consolidada que en la comunidad hereditaria los herederos ostenten una cuota abstracta sobre el "totum" hereditario y no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes de la herencia, perviviendo esa cuota abstracta mientras perviva la comunidad hereditaria y no se efectúe la partición, materializándose una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los herederos, habiéndolo declarado así, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 15 de abril de 1982 , 31 de enero de 1994 y 21 de julio de 2008 , la última de las cuales alude a una situación de comunidad germánica en la comunidad hereditaria.

Si la apelante no es copropietaria de los inmuebles a que se refiere el contrato de uno de julio de 2002, con independencia de cual sea el objeto real de compraventa en dicho contrato, parece claro que carece de acción para ejercitar una acción de retracto de comuneros, como correctamente ha entendido la sentencia apelada.

QUINTO .- Procede, en consecuencia, desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida; con imposición de las costas de este recurso a la parte apelante en virtud de lo establecido en los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

III.- F A L L A M O S

Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Doña Francisca contra la sentencia que con fecha tres de junio de dos mil ocho pronunció la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Primera Instancia número cincuenta y dos de Madrid, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución; con imposición de las costas de este recurso a la parte apelante.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, a preparar en el plazo de cinco días ante este Tribunal y cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.



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

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ