



Roj: **SAP M 4159/2018 - ECLI:ES:APM:2018:4159**

Id Cendoj: **28079370212018100087**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **21**

Fecha: **06/03/2018**

Nº de Recurso: **503/2017**

Nº de Resolución: **88/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN JOSE SANCHEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoprimera

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035

Tfno.: 914933872/73,3872

37007740

**N.I.G.:** 28.115.00.2-2015/0005095

**Recurso de Apelación 503/2017**

**O. Judicial Origen:** Juzgado Mixto nº 01 de Pozuelo de Alarcón

Autos de Procedimiento Ordinario 787/2015

**APELANTE:** ART OF NOISE SL

PROCURADOR D./Dña. JOSE MANUEL DIAZ PEREZ

**APELADO:** D./Dña. Teresa

PROCURADOR D./Dña. MERCEDES PORTILLO RUBI

**SENTENCIA**

**MAGISTRADOS Ilmos Sres.:**

**D. GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL**

**D. RAMON BELO GONZALEZ**

**D. JUAN JOSE SANCHEZ SANCHEZ**

En Madrid, a seis de marzo de dos mil dieciocho. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 787/17 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pozuelo de Alarcón, seguidos entre partes, de una, como Apelante-Demandante: Art of Noise S.L., y de otra, como Apelado-Demandado: D<sup>a</sup> Teresa

**VISTO**, siendo Magistrado Ponente **el Ilmo. Sr. D. JUAN JOSE SANCHEZ SANCHEZ**

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

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

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pozuelo de Alarcón, en fecha 7-2-2017, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimo la demanda presentada



por el Procurador de los Tribunales Don José Manuel Díaz Pérez actuando en nombre y representación de la entidad mercantil ART OF NOISE S.L., contra Doña Teresa , y debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos formulados en su contra y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante"

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del que se dio traslado a la parte apelada, quién 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 11-10-2017, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día de 5-3-2018.

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

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- DE LA PREJUDICIALIDAD PENAL.-

Por la representación de ART OF NOISE S.L. se interesa ante esta Alzada la suspensión del proceso por prejudicialidad penal, entendiendo que existe una influencia decisiva del procedimiento penal abierto en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Pozuelo de Alarcón -Diligencias Previas 575/2017-, dirigido contra D. Benito y D. Cayetano , por un presunto delito de falsedad.

La prejudicialidad existe cuando, para decidir la cuestión nuclear o central que constituye el objeto del proceso, es preciso resolver otras cuestiones que, pudiendo por sí mismas nutrir el objeto de otro proceso, se muestran tan entrelazadas con aquella cuestión principal que no puede ésta ser resuelta sin ser despejadas previamente aquéllas. En este sentido, el artículo 40 LEC establece que "cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias: 1ª.- Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil. 2ª.- Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil...".

Como dijimos en el AAP de Madrid, Sección 21ª, de 24 de enero de 2013 (ROJ: AAP M 1783/2013 -ECLI:ES:APM:2013:1783A), el art 40 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil contempla el supuesto de la llamada prejudicialidad penal, cuya existencia conlleva la suspensión del proceso civil en tanto que lo discutido en él mismo no pueda ser resuelto sin la previa resolución de la cuestión penal, al estar condicionada la resolución del proceso civil por lo que pudiera decidirse en el proceso penal. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil determina cuales son los requisitos o presupuestos que deben concurrir para que se estime la existencia de tal prejudicialidad penal, de forma que solo procede la suspensión por prejudicialidad penal del proceso civil cuando exista una íntima conexión entre el objeto del proceso penal y la cuestión civil, no bastando la mera presentación de una querrela criminal para suspender un proceso civil, sino que precisamente para evitar que se trate de suspender de forma abusiva un proceso civil es necesario ponderar en cada caso la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente para ello.

Igualmente, expresamos en el AAP de Madrid, Sección 21ª, de 17 de mayo de 2012 (ROJ: AAP M 7040/2012 -ECLI:ES:APM:2012:7040A), que la argumentación de las sentencias dictadas en materia de prejudicialidad penal gira en orden a que dicha prejudicialidad devolutiva penal, cuando el sentido del fallo civil depende de la resolución de una cuestión de índole penal, el proceso civil se suspende a la espera de la terminación del proceso criminal. Esto tiene su razón de ser, como señala la STS de 4 de noviembre de 1986 , en el principio fundamental de evitar la simultaneidad de dos procedimientos en los cuales pudieran recaer sentencias disconformes y aún contradictorias, subordinando la jurisdicción civil a la penal, y por lo que aquellos consideran que procede la suspensión del pleito civil mientras se sustancia el proceso penal, y terminada la causa penal, la jurisdicción civil puede estimar libremente la trascendencia de la resolución dictada con relación a los fundamentos de la acción ejercitada, pero respetando, en principio, los hechos probados de la resolución penal.

Pues bien, examinados los presupuestos exigidos en el art 40 de la LEC para que pueda darse un supuesto de prejudicialidad penal, y siendo cierta la presentación de la querrela arriba mencionada, sin embargo entendemos, a la vista de la concreta acción deducida en la litis, que desde luego cualquiera que sea el resultado de la querrela presentada, no resulta condicionante ni decisiva respecto de la resolución a adoptarse



en el presente procedimiento. Efectivamente, inicialmente por la representación de ART OF NOISE S.A. se ejercita, con carácter principal, acción para que se declare el ejercicio del derecho de adquisición preferente en cuanto arrendatario del local sito en la AVENIDA000 nº NUM000 local NUM001 de Madrid, frente a D<sup>a</sup> Teresa , sobre la base de una verdadera venta de local arrendado, y subsidiariamente que se declare el derecho de la actora a la renovación del contrato de arrendamiento -si bien posteriormente se renuncia al ejercicio de la acción subsidiaria-. Ahora bien, dictada la sentencia de instancia, la cual desestima la demanda presentada, por la parte actora se ha pretendido modificar el objeto del litigio, cuestionando, paradójicamente, la propia existencia -simulación- del negocio jurídico que servía de base y fundamento a la acción ejercitada, suponiendo un paso más la presentación de la querrela criminal, olvidando la parte actora que ya renunció al ejercicio de la acción subsidiaria sobre declaración del derecho de la actora a la renovación del contrato de arrendamiento.

## **SEGUNDO.- DEL DERECHO DE RETRACTO.-**

Por la representación de ART OF NOISE S.L. se impugna la sentencia dictada, interesando que se declare y reconozca el derecho de ART OF NOISE S.L. a retraer la finca en lugar de D<sup>a</sup> Teresa en las mismas condiciones y precio por las que esta ha adquirido la finca, condenando a la demandada a otorgar la correspondiente escritura pública por igual precio que el valor de adjudicación del inmueble, en concreto, 126.105,76 euros.

Dispone el artículo 1.521 del Código Civil que "el retracto legal es el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago". Y tal y como se desprende del artículo 1.521 del CC , el efecto del retracto legal es la subrogación del retrayente en la posición del comprador dentro del mismo contrato que éste ha celebrado. Han de respetarse, de manera íntegra y total, los términos del contrato celebrado, procediendo, tan solo, a sustituir al comprador por el retrayente. Y señala la STS de 11 de mayo de 1992 (RJA 3896), que citamos en la SAP de Madrid, Sección 21<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2009 (ROJ: SAP M 10293/2009 -ECLI:ES:APM:2009:10293), que la acción de retracto ha de dirigirse necesariamente contra el comprador, que es quien, si triunfa, va a sufrir la subrogación en su posición de parte en el contrato a favor del retrayente.

Por otro lado, el artículo 25.1 de la LAU -"Derecho de adquisición preferente", establece que " *En caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en los apartados siguientes* ".

Y como señala la SAP de Barcelona, Sección 13<sup>a</sup>, núm. 526/2013 de 4 octubre (JUR 2013\356436), habida cuenta que el retracto legal, en cualquier de sus formas, al implicar una clara restricción del principio de libertad de contratación, así como del derecho dominical, determina que las normas que lo regulan son siempre de interpretación restrictiva, es por ello que también es doctrina jurisprudencial que el negocio traslativo que da lugar al retracto legal en los casos en que proceda es, según el art. 1.521 del CC , una compra o dación en pago en sentido estricto, únicos casos en que puede operar la figura de la subrogación, de modo que sistemáticamente el Tribunal Supremo ha rechazado la admisibilidad del retracto en los casos en que la transmisión se ha operado mediante la aportación de un inmueble a una sociedad. Así la STS de 30 de junio de 1994 , tras señalar que dada la restricción dominical que el retracto implica, hay que entender que si la ley habla solamente de la compra y la dación en pago no quiso incluir otro supuesto, por ello ha de entenderse que procederá el retracto legal siempre que se trate de una transmisión de dominio cuya especial naturaleza no impida la subrogación, como la impide el caso discutido de entrega de acciones que no gozan del carácter de cosas genéricas o fungibles que libremente pueda adquirir el retrayente y por ello en la sentencia de 12 de junio de 1924 negó el retracto en la hipótesis de aportación de un inmueble a una sociedad "por ser una enajenación que por su naturaleza no permite la subrogación". En el mismo sentido se pronuncia la STS de 27 de mayo de 2000 que cita a su vez la STS de 9 de diciembre de 1964 que señala que es fundamental para el ejercicio de tal derecho el que exista venta o dación en pago y añade que "la enunciación legislativa lleva en sí un criterio limitativo que obliga a rechazar todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en la compraventa y en su "único equivalente en la adjudicación en pago de deudas." Y cita también más concretamente la antedicha STS de 12 de junio de 1964 , que había señalado que la aportación de un inmueble a una sociedad anónima no es una venta, porque lo entregado por la sociedad no es dinero, sino acciones de la misma, que el retrayente no podrá reembolsar por no estar en su patrimonio. Asimismo es de citar la STS de 22 de octubre de 2007 que se remite también a la antedicha sentencia de 12 de junio de 1964 conforme a la cual, reiterando lo dicho, la aportación de un inmueble a una sociedad anónima no es una venta.

Igualmente, la SAP de Pontevedra, Sección 3<sup>a</sup>, núm. 45/2007 de 31 enero (JUR 2007\88524) resalta el carácter restrictivo del negocio sobre el que puede ejercitarse el derecho de adquisición preferente. El art. 25 LAU dispone que es únicamente en caso de venta, con lo que incluso se ha limitado todavía más el art. 47 de la anterior LAU que hablaba de ventas y además de cesión solutoria y de división de cosa común. El carácter restrictivo de esa regulación ha dado lugar a la exclusión del derecho de retracto en casos de donación, de



permuta, de renta vitalicia y de operaciones societarias que impliquen transmisión de un bien del socio a la sociedad o viceversa, ya que "es reiterada la jurisprudencia sobre diversas clases de retracto legal, según la cual la limitación sólo debe aplicarse a los supuestos estrictamente contemplados por la Ley, pues en otro caso se viola el principio odiosa restringenda" - STS de 6 de febrero de 1991 -.

La SAP de Barcelona, Sección 4ª, núm. 229/2013 de 23 abril (JUR 2014\148282) analiza si la transmisión de la propiedad operada en virtud de la adjudicación derivada de la disolución de una sociedad mercantil en pago de participaciones sociales es título bastante para ejercitar el derecho de retracto, y en este sentido expresa que la adjudicación a que se refiere la escritura de disolución y liquidación de la sociedad mercantil, nada tiene que ver con la dación como forma de pago o cumplimiento de la obligación del artículo 1.175 del CC. En este sentido, el Tribunal Supremo, en la STS de 6 de febrero de 1991 indica que el tránsito de titular de acciones de una sociedad a propietario de bienes (antes del patrimonio social) consecuencia de la disolución ni es compraventa ni dación en pago, ya se analice la disolución de sociedad desde el campo de los derechos civil y mercantil o incluso del derecho fiscal, no cabe extender el derecho de retracto a supuesto no contemplado en la norma que lo establece.

En el mismo sentido, siguiendo la SAP de Madrid, Sección 18ª, de 8 marzo 1999 (AC 1999\1035), la Audiencia Provincial de Madrid ha mantenido de forma unánime el criterio respaldado por la STS de 30 de junio de 1994 (RJ 1994\5997), no olvidando que el espíritu y la finalidad del citado precepto, no es otro que favorecer de forma preferente el acceso a la propiedad del arrendatario, consolidando en la misma persona no sólo la posesión sino el dominio, pero este favorecimiento del acceso a la propiedad, no puede ir en detrimento de los derechos del arrendador, derechos que en los supuestos de venta no se ven perjudicados por cuanto que la prestación económica que obtiene el pago del precio por el arrendatario es idéntica a la del pago del precio por un tercero, esta equivalencia de las prestaciones no se produce sin embargo en los supuestos de aportación del bien inmueble a una sociedad, puesto que lo que se recibe a cambio de esa aportación no es dinero en efectivo sino por el contrario participaciones sociales, participaciones sociales que obviamente no puede ofrecer como contraprestación del arrendatario al carecer de las mismas, por ello y en principio no puede extenderse a los supuestos de aportación de bienes inmuebles, puesto que además supondría una interpretación extensiva a supuestos no expresamente previstos en el mismo, y en cuanto que supone una limitación a la libre transmisión de la propiedad no puede ser objeto como dijimos antes de esa extensiva interpretación, que sólo cabría apreciar en aquellos supuestos en que se utilizara el mecanismo de la aportación a una sociedad con el fin de defraudar los derechos de adquisición preferente del arrendatario..., no podemos olvidar nos encontramos ante una sociedad de responsabilidad limitada en la que el carácter capitalista de la misma no adquiere toda la extensión que el de los supuestos de las sociedades anónimas...

En nuestro caso de autos, la transmisión del local de negocio no se realiza mediante compraventa, sino por escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de fecha 27 de marzo de 2015, sobre Reducción de Capital con restitución no dineraria -documento nº 7 acompañado al escrito de contestación a la demanda-. Y dicha escritura es formalmente intachable incluyendo el acuerdo previo de reducción del capital social y la amortización -extinción- 144.028 acciones de Dª Teresa -entre otras pertenecientes a otros socios- y como contraprestación de la extinción reseñada, se adjudica y entrega, entre otras, la finca controvertida. En definitiva, dentro de esta operación el local arrendado que era propiedad de una sociedad pasa a serlo de Dª Teresa, que era socia integrante de la misma; inscribiéndose dicha transmisión en el Registro de la Propiedad nº 1 de Pozuelo de Alarcón -documento nº 6 acompañado al escrito de contestación a la demanda-; habiendo recaído además sentencia de fecha 16 de diciembre de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Pozuelo de Alarcón, en el marco del juicio verbal 782/2015, que declara resuelto por expiración del plazo el contrato de arrendamiento sobre el local controvertido, declarando el desahucio de la entidad ART OF NOISE S.L.; por todo lo cual resulta procedente desestimar el motivo de apelación invocado.

### **TERCERO.- DE LA SIMULACIÓN Y DEL FRAUDE DE LEY.-**

Por la representación de ART OF NOISE S.L. se manifiesta que, a la vista de la declaración prestada en el acto del juicio por Dª Teresa, no hay adjudicación por parte de la demandada del local litigioso, sino que lo que concurre es una simulación por parte de alguien cercano a su entorno; provocando la demandada un verdadero fraude de ley.

Ahora bien, si bien como ya hemos expresado la parte actora viene a cuestionar en el recurso de apelación formulado la propia existencia -simulación- del negocio jurídico que servía de base y fundamento a la acción ejercitada -y por tanto en contra de sus propios actos, y en manifiesta contradicción con la pretensión formulada-, es igualmente evidente que dichos argumentos no aparecían contenidos en el escrito inicial de demanda, cuando, como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que la sentencia debe concretarse a los hechos existentes en el momento de producirse la demanda y su contestación, ya que el principio de la perpetuatio iurisdictionis obliga al Juez a estimar incoado un proceso y decidirlo en los términos



planteados, y obliga, también, a las partes a mantener los planteamientos iniciales con el fin de que exista correspondencia entre el objeto del proceso y la sentencia - SSTS de 19 de octubre de 1960 y 28 de septiembre de 1989 -, sin menoscabo del posible cambio de personas durante el curso del procedimiento - STS de 5 de diciembre de 1962 -. En la misma línea, tiene declarado el Tribunal Supremo en SSTS de 20 de marzo de 1982 y 5 de octubre de 1983, con cita de las de 19 de febrero de 1958, 27 de febrero de 1960, 5 de mayo de 1960 y 5 de mayo de 1961, así como en las de 3 de febrero de 1990 y 28 de mayo de 1997, que las sentencias deben dictarse en concordancia con la situación de hecho y de derecho, existentes en el momento de iniciarse el pleito; igualmente la STS de 5 de mayo de 1998, reitera la aplicación de este principio, con expresa referencia a la sentencia de 6 de febrero de 1986, justificándolo «en evitación de que el proceso reporte, al dilatarse en el tiempo, un daño para alguna de las partes en litigio que no contemplaron otra situación que la relatada en la demanda, en la cual la parte postula una respuesta a la pretensión en ese instante ejercitada, respuesta que ha de serle ofrecida, positiva o negativamente, por la sentencia cuyo mandato ha de ser, por tanto, en principio, retrotraído al momento de presentar ante el órgano jurisdiccional la solicitud de resolución que, desde entonces, pende.

Igualmente, para la SAP de Madrid, Sección 20ª, de 24 de julio de 2014 (ROJ: SAP M 13137/2014 - ECLI:ES:APM:2014:13137), con cita de la STS de 14 de enero de 2014, en nuestro ordenamiento las controversias que se someten a la decisión judicial deben resolverse conforme a las pretensiones iniciales sin que afecten a este planteamiento, en principio, las modificaciones producidas tras este momento inicial lo que se denomina la *perpetuatio actionis*. Consecuencia de este principio es la prohibición del cambio de demanda -*mutatio libelli*- en el proceso civil. Los escritos de demanda y contestación delimitan el objeto del proceso sin perjuicio de algunas adiciones permitidas.

**CUARTO.-** La desestimación del recurso de apelación conlleva que proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo a la parte apelante, según determina el art. 398.2 de la LEC.

**QUINTO.-** Igualmente, procede declarar la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

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

### III.- F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación formulado por la representación de ART OF NOISE S.A. frente a Dª Teresa, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de los de Pozuelo de Alarcón, con fecha 7 de febrero de 2017, debemos acordar y acordamos CONFIRMAR INTEGRAMENTE LA MISMA, imponiendo a la parte recurrente el abono de las costas procesales de la presente alzada.

Igualmente, procede declarar la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

**MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN:** Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**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.