



Roj: **SAP O 1849/2007 - ECLI: ES:APO:2007:1849**

Id Cendoj: **33044370052007100276**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **05/07/2007**

Nº de Recurso: **261/2007**

Nº de Resolución: **276/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS CASERO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

**SENTENCIA: 00276/2007**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000261 /2007

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a cinco de Julio de dos mil siete.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 326/06, procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Castropol, Rollo de Apelación nº 261/07, entre partes, como apelante y demandante DON Gerardo , como apelados y demandados DOÑA Edurne Y PROMONOR CANTÁBRICO, S.L.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia de Castropol dictó Sentencia en los autos referidos con fecha dieciséis de febrero de dos mil siete, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que DESESTIMO la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Gerardo contra Dña. Edurne y Promotor Cantábrico S.L: con imposición expresa de costas a la parte actora".

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Don Gerardo , y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr./a. DON/DOÑA JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.

#### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

PRIMERO.- Aunque recogidos en la sentencia recurrida, es conveniente recordar, para mejor entendimiento de lo que a continuación se dirá, los hitos circunstanciales de mayor interés que rodean la controversia a que se refiere el litigio. Esto son que, primero, Don Juan Alberto falleció el 18-12-1.999 bajo testamento abierto otorgado el 20-8-1.998, en el que dispone legar a su esposa, Doña Edurne , el usufructo universal vitalicio de



todos sus bienes y derechos e instituye heredero universal, como nudo propietario, a su sobrino Don Gerardo ; segundo, que el 15-4-2.005 la viuda, Doña Edurne , otorga a PROMONOR CANTÁBRICO S.L opción de compra sobre cuantos derechos hereditarios por la herencia del finado y sobre la sociedad de gananciales disuelta le correspondan; tercero, el 29-11- 2005 el optante ejercita el derecho de opción por precio de 1.202.024,21 a satisfacer del siguiente modo: 60.101,21 ya entregados a la fecha de la firma de la opción, otros 68.101,21 mediante ejecución de obras en la vivienda de Doña Edurne y el resto en dos plazos, el 15 de abril del año 2.006 y 2.007; cuarto, el 20-6-2.006, cesionario y cedente de derechos modifican el anterior contrato en el sentido de que la parte aplazada del precio (1.081.821,79 ) se hará efectiva "mediante la entrega en permuta" de diversos predios, en concreto, seis fincas de aproximadamente 65 metros cuadrados útiles y en diversas alturas del edificio que el cesionario tiene proyectado construir en las parcelas que le sean adjudicadas en el Plan Especial del Cascayal de Tapia de Casariego, comprometiéndose a seguir los pasos necesarios para la efectiva ejecución de la edificación y a poner a disposición de la cedente, Doña Edurne , copia del proyecto de obra una vez sea elaborado y sellado por el Ilmo. Colegio Oficial de Arquitectos y a confeccionar, acto seguido, un documento complementario a esa escritura donde se hará descripción detallada de las viviendas a entregar a la cedente, planos, memoria de calidades y cualquier otro documento relacionado con las mismas para su firma por las partes; y quinto, el 28 de julio de 2.006 Doña Edurne y PROMONOR CANTÁBRICO S.L promueven acta de notificación y requerimiento notarial dirigida a Don Gerardo para hacerle saber su intención de proceder a la liquidación de la herencia del finado Don Juan Alberto y de su sociedad de gananciales, instándole a ello, así como que requieren al señor Notario para que entregue copia de la escritura de modificación del contrato de cesión de derechos otorgado por los requirientes al dicho señor Don Juan Alberto , lo que cumple el señor Notario con fecha 7-8-2.006.

Esto así, Don Gerardo formula acción de retracto tanto de coherederos ( art. 1.067 del C.C) como de comuneros ( art. 1522 CC) respecto de la cesión de derechos hereditarios y de los bienes de la sociedad ganancial efectuada por Doña Edurne a favor de PROMONOR, afirmando que no fue hasta el momento del antecitado requerimiento que conoció de la cesión por precio o venta, dirigiendo la demanda tanto frente a cedente como cesionario.

Los demandados se opusieron afirmando que de la escritura de compra o cesión se entregó copia al actor, quien mucho antes del requerimiento conocía del negocio de transmisión, a pesar de lo cual optó por una actitud omisiva y abusiva, esto último, en cuanto que frustró cuantas comunicaciones se le dirigieron en petición de división de la herencia y liquidación del haber ganancial al no ser hallado en los domicilios conocidos o no recoger la comunicación allí donde se le dejó aviso, habiendo caducado el plazo para el ejercicio de su derecho de retracto, cuanto más que el negocio transmisivo era público y notorio y se produjo mediante permuta, lo que excluye la posibilidad del retracto.

El tribunal de la instancia centró su análisis en el transcurso del plazo de caducidad para el ejercicio del derecho de retracto y concluyó que se había producido al conocer el retrayente del negocio mucho antes del requerimiento y lo que obtiene del análisis de las declaraciones y pruebas y de la notoriedad del hecho transmisivo.

Disconformes, el demandante recurre reprochando a la recurrida defectuosa valoración de la prueba e insistiendo en las manifestaciones y pretensiones de la instancia.

Aunque por motivos distintos de los tenidos en cuenta por la recurrida, el recurso se desestima.

SEGUNDO.- Fuera de que en un proceso pretendiendo la declaración del derecho al retracto del retrayente no es necesario el llamamiento del vendedor, bastando para estar bien constituida la relación procesal con el sólo llamamiento, como parte, del retraído ( STS 17-6-97 RA 5413 y 27-6-2.000 RA 5740) y de que con ser correcta la doctrina jurisprudencial que por la recurrida se cita sobre el conocimiento del negocio que ha de tener el retrayente para que pueda empezar a computarse el plazo para el ejercicio del retracto, no comparte la Sala el análisis que de la prueba hace para concluir que conoció suficientemente del negocio para el ejercicio del derecho litigioso antes del momento del requerimiento notarial a que la demanda se refiere.

No consta inscrito el negocio transmisivo y, por tanto, el plazo para el ejercicio del derecho de retracto sólo podía empezar a correr para el actor y retrayente a partir de que tuviera conocimiento de la venta ( art. 1524 CC) y ese conocimiento viene reiteradamente precisado por la doctrina jurisprudencial que ha de ser preciso, completo y suficiente, no bastando la referencia a datos incompletos o la mera noticia del mismo, ya que no es exigible del retrayente que tenga que recurrir a indagaciones que legalmente no le vienen impuestas ( STS 28-2-89 RA 1411, 20-5-91 RA 3773, 7-10-96 RA 7057, 7-4-97 RA 2737 y 3-3-98 RA 1128), correspondiendo la prueba al demandado si por éste se pretende el conocimiento del retrayente en un momento anterior al sostenido por éste (STS 78-3-96 RA 1883).



Por tanto, y en este sentido, primero carece de toda relevancia que el demandante pudiera o no conocer del contrato de opción de compra o cesión suscrito entre los demandados, pues sólo a partir del ejercicio de la opción por el optante puede entenderse perfeccionado el negocio de venta ( STS 17-3-93, 21-6-93 y 22-11-93) que, junto con el de dación de pago, son los que la ley contempla como presupuesto del ejercicio del derecho de retracto ( art. 1521 C.C) y aún esto a partir del momento de su consumación ( STS 17-6-97 RA 5413), entendiéndose que en caso de cesión de derechos la entrega va aneja al otorgamiento de escritura pública ( STS 4-12-1954 RA 2887); segundo que, por lo mismo, carecen de trascendencia los intentos infructuosos de comunicación realizados por Don Sergio (representante de PROMONOR) en nombre de Doña Edurne dirigidos al actor con el fin de que se aviniese a elaborar la partición de la herencia y liquidación de la sociedad de gananciales y a los que se refiere y documenta la contestación de Doña Edurne , pues nada tienen que ver con la puesta en conocimiento del negocio transmisivo y, además, aparecen efectuados antes del ejercicio del derecho de opción por el optante; tercero, de nuevo y por lo mismo, que carecen de relevancia las reuniones que hubiera podido tener el actor o éste y su padre con el retraído en tanto hayan acontecido antes del ejercicio del derecho de opción y no tuvieran como propósito poner en conocimiento cabal y suficiente del actor el negocio transmisivo; cuarto, que tanto uno como otro demandados, al contestar, afirman que una copia del ejercicio del derecho de opción y constitución del negocio transmisivo se hizo llegar al actor y que se acreditará, a pesar de lo cual y sin embargo no se ha probado tal extremo identificando la persona o medio por el que se produjo tal entrega; quinto, que siendo Doña Edurne legataria del usufructo de todos los bienes de la herencia del finado, el uso manifestado externamente que de ellos pudiera haber hecho el retraído o tercero no determina, por lógica, la prueba de ese conocimiento suficiente del negocio por el retrayente a que la Ley se refiere, ni aún de la existencia de un negocio transmisivo, pues falta el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que la Ley procesal exige (art. 386); y sexto, más de lo mismo, que si bien el art. 281.4 de la LEC exime de prueba el hecho notorio, sin necesidad de entrar a dilucidar sobre si el de autos merece tal calificación por reunir o no los caracteres de la ley (notoriedad general y absoluta) o no pasa de deber ser meramente un rumor, es obvio que, en todo caso, la prueba al respecto no alcanzaría al conocimiento de los elementos y condiciones esenciales del negocio transmisivo, ni por lo mismo puede darse mayor relevancia al comentario que el señor Alcalde de Tapia pudo haber hecho ante el actor.

Por el contrario, se oponen a aquel canon de conocimiento necesario el que con fecha 16-12- 2.006 se practica conciliación relativa a los derechos de la herencia y gananciales promovido por Doña Edurne (folio 84 y 85 y 86) y que, por su parte, el actor promovió frente a Doña Edurne juicio ordinario (autos 65/2.006 del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Castropol) en el que aquélla contesta, con fecha 11-4-2.006, es decir, ejercitada ya la opción de compra por PROMONOR, afirmando su condición de legataria usufructuaria y propietaria del 50% de los bienes del haber ganancial (folio 92 y sgts) y, por tanto, quedando oculto el negocio de transmisión de esos derechos.

TERCERO.- Sin embargo, y a pesar de todo ello, no puede estimarse la demanda porque el carácter específico de las prestaciones comprometidas por el retraído con el vendedor no permite al retrayente subrogarse en la posición del comprador, esto en cuanto al retracto de comuneros, y en cuanto al de coherederos, porque no se da el supuesto del art. 1067 del C.C.

Empezando por este último, el retracto de coherederos, dispone el art. 1.067 del C.C que si alguno de los herederos vendiese a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cada uno de los demás herederos subrogarse en la posición del comprador, pero Doña Edurne es sucesora de su esposo, Don Juan Alberto , a título de legatario no de heredero.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 660 del C.C, llámase heredero al que sucede a título universal y legatario el que lo hace a título particular. En el primer caso el sucesor recibe la generalidad de bienes, derechos y obligaciones de la herencia, sustituyendo en ellos a la persona del difunto ( art. 661 C.C), mientras que el legatario recibe el derecho o bien que singularmente se le asigna y una de cuyas posibilidades es, al decir de la doctrina, la institución en el usufructo de todos los bienes de la herencia.

En el caso el testador, el señor Juan Alberto , dispuso nombrar heredero único universal al actor y legatario a la demandada, su esposa Doña Edurne , de forma que la transmisión por ésta de sus derechos sucesorios de usufructo no autoriza el ejercicio de la acción de retracto por el heredero nombrado por el testador.

Siguiendo con el retracto de comuneros, el que hallamos rechazado la posibilidad de retracto de coherederos y que el negocio transmisivo se refiera tanto a los derechos de Doña Edurne como legataria de la herencia como a sus derechos sobre la sociedad ganancial constituida con el difunto y en disolución, estableciéndose un solo precio, sin distinguir la parte del mismo correspondiente a uno u otro derecho transmitidos, no supone obstáculo alguno para la viabilidad del ejercicio del derecho de retracto sobre los bienes en común.



En efecto, con cierta frecuencia ocurre esto y la doctrina científica y jurisprudencial no encuentran razón alguna para el ejercicio del derecho de retracto mediante el remedio de concretar la parte del precio correspondiente al bien retraíble ( STS 25-5-1.973 RA 2203).

No es esta, pues, la razón de que en el caso se frustré el propósito del retrayente, ni tampoco que, como se sostiene de adverso, que la transmisión de los bienes del retracto se produjo por permuta y que este tipo de negocio venga excluido del art. 1.521 del C.C y de las posibilidades de retracto.

En cuanto que el derecho de adquisición preferente que otorga el derecho de retracto al retrayente se contempla como un supuesto de limitación de las facultades del dominio al incidir en la libertad de elección del dominus del sujeto al que desea transmitir el bien, se ha impuesto una interpretación restrictiva de los negocios transmisivos que pueden justificar el ejercicio del derecho de retracto, negándolo para aquéllos que no sean los que menciona el art. 1.521 del C.C u análogos ( STS 2-4-85 RA 1.679) y, entre ellos, el negocio de permuta, además de por esas razones, "porque es sustancial en el retracto que el que lo ejercita restablezca o deje el patrimonio de la persona de quien retrae en la misma situación cuantitativa y cualitativa" (STA 22-11-1.957 RA 529) y claro es esto no puede ser en el caso de la permuta, en que no puede restablecer al retraído en la propiedad del bien entregado al otro contratante (y en igual sentido negando la posibilidad de retracto en la permuta STS 16 y 23-5-1.960 RA 2042 y 2052).

Más problemática es la solución en los casos identificados como permuta mixta o cuando se trata de bienes fungibles o genéricos.

Se trata, en el primer caso, de que la transmisión del bien pretendido de retracto se pacta a cambio de dinero y otros bienes. Se ocupan de tal posibilidad la añeja sentencia de 30-6-1.881, en un supuesto de enajenación en que había mediado precio y otra finca, y la 22-12-1.995 (RA 2206), donde se pacta el pago del precio fraccionándolo en dos partes, una mediante la entrega de numerario, la otra, alternativamente, mediante la entrega también de dinero o de bienes.

En el primer caso se resuelve la textura atendiendo al carácter principal o accesorio del dinero o el bien en la satisfacción del precio. En el segundo, el pacto otorgando paridad a una u otra forma de satisfacción del precio resuelve el problema a favor del derecho de retracto.

Como criterio decisivo habrá de estarse, con carácter general, a lo dispuesto en la propia ley, en este caso el art. 1.521 del C.C, que dispone que el retracto legal es el derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere la cosa, con lo que, cualquiera que sea la naturaleza de ese tipo de subrogación, habrá de excluirse la posibilidad de toda enajenación onerosa cuya contraprestación sea infungible o personalísima ( STS 24-1-1.986 RA 117) o como dice esa otra sentencia de 30-4-94 (RA 5994), en el retracto "es fundamental la idea de subrogación de modo que el retracto se hace imposible cuando el que reúne los requisitos legales para retraer una cosa vendida no puede ponerse en el lugar del que la adquirió al no poder cumplir las condiciones lícitas del contrato".

En nuestro caso se pacta inicialmente el pago de la prestación mediante la entrega de dinero y sólo en una muy pequeña proporción mediante una obligación de hacer, pero luego se modifica el pacto y el resto del precio por satisfacer, que es la mayor parte (1.081.821,79 ) se acuerda se satisfaga por el retraído mediante la entrega de bienes concretos.

Dicho pacto modificativo califica de permuta el negocio de entrega, sin embargo, a juicio de la Sala, tal no es el que merece sino el de dación en pago, en cuanto que tal figura (la de la dación) contempla todo aquel supuesto en que, con el consentimiento del acreedor, el cumplimiento de una obligación por el otro a quien compete se lleva a cabo mediante la entrega de bienes distintos de los inicialmente pactados, si bien esto no es relevante ni afecta a la solución del litigio, porque el que se califique el pacto de dación y no de permuta no determina que nos hallamos en el supuesto del negocio de dación que el art. 1.521 del C.C contempla, porque el bien que en él se tiene en cuenta, y sobre el que el retrayente tiene derecho al retracto, es el bien entregado en dación para pago al acreedor y aquí no es ese bien aquél sobre el que el actor pretende el retracto.

Y volviendo a la posibilidad de efectiva subrogación del actor en la obligación asumida por el retraído frente a su transmitente, ésta consiste en la entrega de unos inmuebles en un edificio concreto que el retraído proyecta construir y que, elaborados los planos, tendrán oportuna y específica individualización, otorgándose un documento complementario donde se hará descripción detallada de ellos, prestación, por tanto, que no está al alcance del actor y pacto y prestación respecto de la que no le es dado a la parte recurrente poner reparos ni en entredicho su validez cuestionando que esa fuese la verdadera voluntad de Doña Edurne , pues dicho pacto viene otorgado ante Notario que reconoce en los contratantes capacidad para tal negocio y que no ha sido objeto de declaración de nulidad.



El derecho de retracto produce una adquisición ex lege a favor del retrayente, pero no bajo cualesquiera cláusulas o condiciones sino bajo las que fueron pactadas entre vendedor y comprador, de suerte que carece aquél de la posibilidad de cuestionarlas en tanto no sean contrarias a derecho.

En suma que, por todo lo dicho, carece el actor de legitimación para ejercitar el derecho de retracto y como ésta es y debe ser apreciable de oficio sin por ello caer en incongruencia ( STS 14-11-2002 RA 9919 en supuesto de retracto) que, aunque, por otros fundamentos deba confirmarse la sentencia recurrida.

CUARTO.- Las costas de la presente alzada han de imponerse a la parte recurrente.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

#### **FALLO**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Don Gerardo contra la sentencia dictada el dieciséis de febrero de dos mil siete por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Castropol, en los autos de los que el presente rollo dimana, CONFIRMANDO en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida.

Se imponen a la parte apelante las costas causadas en al presente alzada.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.