



Roj: **SAP O 249/2017 - ECLI: ES:APO:2017:249**

Id Cendoj: **33024370072017100038**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **03/02/2017**

Nº de Recurso: **592/2016**

Nº de Resolución: **53/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA PIEDAD LIEBANA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7**

**GIJON**

**SENTENCIA: 00053/2017**

**AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN N.º 7 de GIJÓN**

N10250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

-

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

MG

**N.I.G.** 33076 41 1 2015 0100156

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000592 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de VILLAVICIOSA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000143 /2015

Recurrente: Paulina

Procurador: ANA MARIA CASES GARCIA

Abogado: DIEGO CUEVA DIAZ

Recurrido: Reyes

Procurador: MARINA GONZALEZ PEREZ

Abogado: M<sup>a</sup>. EUGENIA HIDALGO NIETO

**SENTENCIA N.º 53/2017**

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

D.<sup>a</sup> MARÍA PIEDAD LIÉBANA RODRÍGUEZ

D. JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ

En Gijón, a tres de febrero de dos mil diecisiete.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000143 /2015, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de VILLAVICIOSA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000592 /2016, en los



que aparece como parte apelante, Paulina , como tutora de D. Alejandro , representada por la Procuradora de los tribunales, Sr./a. ANA MARIA CASES GARCIA, asistida por el Abogado D. DIEGO CUEVA DIAZ, y como parte apelada, Reyes , representada por la Procuradora de los tribunales, Sr./a. MARINA GONZALEZ PEREZ, asistida por la Abogada D.ª M.ª EUGENIA HIDALGO NIETO, siendo la **Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D.ª MARÍA PIEDAD LIÉBANA RODRÍGUEZ.**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Villaviciosa dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 4 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*Estimo la demanda interpuesta por la procuradora D.ª Marina González Pérez, en nombre y representación de D.ª Reyes contra D. Alejandro bajo la representación de su tutora D.ª Paulina, y por ello declaro como legítimos propietarios a D.ª Reyes, D. Carlos y D.ª Benita de los derechos de D.ª Catalina, es decir, del 7,5% sobre la Finca FINCA000, sita en Colunga, nº NUM000 con identificador único de finca Registral NUM001 Rústica en San Juan de Duz. Posesión del Foyo labor y prado, sita que mide tres hectáreas, setenta y ocho áreas, y veinticinco centiáreas, dentro de la cual existe una casa de habitación con su sala y bohardilla que ocupa ochenta y un metros cuadrados. Linda al Conjunto; al norte, de Felix, al este, de Fulgencio; y al sur camino público; y al oeste, Gustavo y Hugo y herederos de Hortensia. Inscrita en el Registro de la Propiedad de Villaviciosa Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM004, en virtud del retracto ejercitado el 2 de noviembre de 1988, condenando a D. Alejandro a otorgar la escritura pública de retroventa en consideración a los términos de la conciliación llevada a cabo entre las partes el 2 de noviembre de 1988. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.*"

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de Doña Paulina , como tutora de D. Alejandro , se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 1 de febrero de 2017.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Estimada en la sentencia de instancia la acción declarativa de dominio y de condena de hacer ejercitada por D.ª Reyes contra D. Alejandro , representado por su tutora D.ª Paulina , al haber sido declarado incapacitado por sentencia firme dictada el 19 de junio de 2013, declaró a la actora junto con sus dos hermanos D.ª Benita y D. Carlos , propietarios del 7,5% de la FINCA000 sita en San Juan de Duz, concejo de Colunga, Finca de Colunga n.º NUM000 , con identificador único de finca registral NUM001 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Villaviciosa al Tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM004 , en virtud de derecho de retracto ejercitado con el demandado el 2 de noviembre de 1.988, condenando a éste a otorgar escritura pública de retroventa, en atención a los términos de la conciliación llevada a cabo entre las partes el 2/11/1988.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la tutora D.ª Paulina , actuando en nombre del demandado, alegando error en la valoración de los documentos acompañados con la demanda, reiterando los motivos contenidos en el escrito de contestación a la demanda como fundamento de su oposición a la demanda rectora del procedimiento: falta de ejercicio del derecho de retracto esgrimido por la actora al no haber justificado el abono de los gastos necesarios y útiles; inexistencia de título de dominio acreditativo de la adquisición de la propiedad del bien inmueble descrito en la demanda; lo ejercitado en la demanda no es una acción real basada en la propiedad del inmueble litigioso, sino una acción personal dirigida a exigir el otorgamiento de escritura pública de retroventa por parte del demandado que daría lugar al título de propiedad buscado; prescripción de dicha acción personal al haber transcurrido sobradamente el plazo de 15 años previsto en el artículo 1.964 CC, antes de ser reformado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, sin que se haya acreditado su interrupción por ningún medio válido en derecho y, como cuestión nueva, excepción de cosa juzgada, invocando su apreciación de oficio.

**SEGUNDO:** Sostiene la parte apelante, en contra de lo declarado en la recurrida y a su juicio, fruto de una errónea valoración de los documentos aportados con la demanda por parte de la Juzgadora de instancia, que no se ha ejercido el derecho de retracto base de la acción esgrimida por la parte actora, habida cuenta de la ausencia de justificación del abono de los gastos necesarios y útiles, prueba cuya carga pesa sobre la actora en cuanto hecho constitutivo de su pretensión y por su facilidad probatoria (ART. 217 LEC), habiéndole bastado la aportación de extracto bancario de la cuenta de su titularidad, siendo dicho pago exigido legalmente en el artículo 1.518 CC y estipulado en el acto de conciliación celebrado entre las partes, como requisito necesario para la plena eficacia del retracto.



La discrepancia se centra, en definitiva, toda vez que la actora nunca ha negado y así lo ha reflejado en la documentación aportada con la demanda, que el ejercicio del derecho de retracto comporta el pago por su parte de los gastos legales, en la interpretación del contenido del documento 4 de la demanda, testimonio del acta de conciliación celebrada entre las partes, en la que se recoge que la parte conciliante ..... *reitera su promesa de abono de todos los gastos y demás conceptos a que se refiere el artículo 1.518 CC, una vez que se justifiquen debidamente. La parte conciliada, por su parte, manifiesta que está conforme y acepta el trato a favor de los conciliantes, haciéndose cargo de las novecientas mil pesetas depositadas.* Seguidamente, se refleja que en cuanto al resto y después de una conversación entre ambas partes, han llegado a un *acuerdo fijando en 250.000 pesetas el importe de los referidos gastos que incluyen:... sin que se considere con derecho a ningún otro reintegro legal, esta última cantidad se abona por medio de un talón contra la cuenta de la Conciliante del Banco de Santander de Villaviciosa.* Asimismo, el conciliado se compromete al otorgamiento de la correspondiente Escritura Pública de retroventa cuando se lo solicite la conciliante. Ya que, la parte apelante afirma que, partiendo de dicha exigencia legal admitida por la actora, y del tenor literal del acta de conciliación, lo que se desprende es que la única cantidad depositada y de la que se hizo cargo el conciliado fueron las novecientas mil pesetas correspondientes al precio de la compraventa y en cuanto a los referidos gastos, lo único que determina es la forma de pago de los mismos, que sería mediante talón contra la cuenta de la conciliante, no que fuera depositada y se hubiera entregado al conciliante, pues de haber sido así se hubiera hecho constar.

Esta Sala, al igual que interpretó la Juzgadora de instancia, entiende que el tenor literal del acta de conciliación no ofrece duda alguna en orden a que, al recoger el término "se abona", lo que refleja es que en dicho acto se abonaron los gastos acordados por conciliante y conciliado, 250.000 de las antiguas pesetas, mediante la entrega de talón contra la cuenta de aquella al conciliado, entendiéndose, como se afirma en la recurrida, ejercido el derecho de retracto y, por ende, adquirido el dominio del 7,5% de la finca rústica descrita en el hecho primero de la demanda, por la actora y sus dos hermanos.

**TERCERO:** A tenor de lo expuesto, deben decaer también los motivos invocados en el recurso relativos a la inexistencia de título de dominio acreditativo de la adquisición de la propiedad bien inmueble descrito en la demanda; lo ejercitado en la demanda no es una acción real basada en la propiedad del inmueble litigioso, sino una acción personal dirigida a exigir el otorgamiento de escritura pública de retroventa por parte del demandado que daría lugar al título de propiedad buscado y consiguiente prescripción de dicha acción personal al haber transcurrido sobradamente el plazo de 15 años previsto en el artículo 1.964 CC.

El momento determinante del efecto traslativo del retracto es el del pago del precio de la compraventa y del importe de los gastos legales acordado por las partes, momento en el que queda consumado el ejercicio del retracto, quedando acreditada la retroventa como título de la acción declarativa ejercitada en la demanda.

De igual forma, es un hecho acreditado por incontrovertido que el demandado ha incumplido su obligación de elevar dicha retroventa a escritura pública, pese a ser compelido para ello, como reconoció en el acto del juicio, al declarar como testigo, su yerno el Sr. Arturo, habida cuenta de la actual situación del demandado D. Alejandro, declarado judicialmente incapacitado. Centrándose la discrepancia en la posibilidad de la parte actora de instar en la demanda la condena del mismo al otorgamiento de dicha escritura pública.

Cuestión en la que, la Sala, comparte también los razonamientos esgrimidos en la recurrida con cita de las SS del Tribunal Supremo de fechas 10 de julio de 1997 y 10 de octubre de 2011, cuyo contenido se da por reproducido, de las que se desprende que habiéndose pactado como obligación formal del demandado el elevar a escritura pública la retroventa, cuando fuese compelido para ello, tal obligación no constituye un derecho inherente al contrato susceptible de extinguirse por prescripción, en cuanto la facultad de cualquiera de los contratantes de compeler al otro al otorgamiento de escritura pública de un contrato perfecto y no extinguido, permanece viva mientras dicho contrato mantenga su validez y eficacia, en cuanto se limita, exclusivamente, a cumplir tal formalidad unida permanentemente a la validez y vigencia del contrato, y mientras subsista ésta, cual es el caso, pervive también el pacto de ser instrumentado públicamente.

**CUARTO:** Por último se introdujo como cuestión nueva en el recurso, la excepción de cosa juzgada, invocando sobre la base de ser apreciable de oficio, anudada a que se entendiese que las partes llegaron en el acto de la conciliación a una transacción, la cual sería susceptible de ser exigida por vía de ejecución.

Ni la Juzgadora, en momento alguno, como se aduce en el recurso, llegó a tal conclusión en el sentido pretendido por la parte apelante, ni la misma es susceptible de apreciación por la Sala, ya que el recurso de apelación no es un nuevo juicio, limitándose a la revisión de lo actuado en primera instancia y, en suma, no pueden resolverse cuestiones nuevas distintas de las planteadas en la instancia, conforme al principio general del derecho "pendente appellatione, nihil innovetur" y a lo establecido en el artículo 456.1 de la LEC que prescribe que el recurso debe basarse en "los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante



el tribunal de primera instancia". De tal forma que la cuestión nueva debe ser rechazada sin más, ya que entrar a resolver sobre ella supondría una trasgresión de los principios de igualdad, preclusión y de defensa, al impedir a la contraparte alegar sobre ella y proponer, en su caso, la prueba que estime pertinente ( SSTS de fechas 20 de mayo de 1986, 18 de abril de 1992 y 7 de mayo de 1993, entre otras muchas).

**QUINTO:** Desestimado el recurso de apelación, se imponen las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 de la LEC.

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, dicta el siguiente

#### FALLO

**SE DESESTIMA** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Cases García, en representación de D.<sup>a</sup> Paulina , en su condición de tutora de D. Alejandro , contra la sentencia dictada en fecha 4 de julio de 2016 en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO N.º 143/2015, tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia Número UNO de Villaviciosa y, en consecuencia, **SE CONFIRMA** dicha resolución en su integridad. Con imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante.

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