



Roj: **SAP PO 805/2019 - ECLI: ES:APPO:2019:805**

Id Cendoj: **36057370062019100165**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **08/04/2019**

Nº de Recurso: **650/2018**

Nº de Resolución: **176/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6PONTEVEDRA - VIGO**

**SENTENCIA: 00176/2019**

N10250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

-

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

NV

**N.I.G.** 36057 42 1 2016 0002081

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000650 /2018**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de VIGO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000136 /2016

Recurrente: ELEKO GALICIA SL

Procurador: JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO

Abogado: ANGEL PIÑEIRO NOGUEIRA

Recurrido: Fátima , Romeo , Sabino , Santiago , HERENCIA YACENTE DE DOÑA Isidora , Juliana , Lorena , Lucía , Jose Antonio

Procurador: MARIA ROSA MARQUINA TESOURO, MARIA ROSA MARQUINA TESOURO , MARIA TERESA VILLOT SANCHEZ , SOLEDAD PEREZ GONZALEZ , , MARIA DE LA PAZ ESTEVEZ BAÑA , NIEVES FERNANDEZ SUAREZ , NIEVES FERNANDEZ SUAREZ , SOLEDAD PEREZ GONZALEZ

Abogado: JUAN CRISOSTOMO ARESES TRAPOTE, JUAN CRISOSTOMO ARESES TRAPOTE , MANUEL OJEA ALVAREZ , RAMONA LAGO PIÑEIRO , , MANUEL COSTAS DAPONTE , JOSE ANGEL CARRERA IGLESIAS , JOSE ANGEL CARRERA IGLESIAS , JUAN JOSE SALVADOR VENTURA

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO**, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO, D<sup>a</sup>. MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO y DON EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARES ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA Nº 176/19**

En VIGO a ocho de abril de dos mil diecinueve.



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000136/2016, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA NÚM. 4 DE VIGO, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000650 /2018**, en los que aparece como parte apelante, **ELEKO GALICIA, S.L.**, representada por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSÉ ANTONIO FANDIÑO CARNERO, asistido por el Abogado D. ÁNGEL PIÑEIRO NOGUEIRA, y como parte apelada: Jose Antonio, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. SOLEDAD PÉREZ GONZÁLEZ, asistida por el Abogado D. **JUAN JOSÉ SALVADOR VENTURA; Juliana**, representada por la Procuradora de los tribunales, **Sra. SARA NOEMÍ POMBAR RODRÍGUEZ**, asistida por el Abogado D. **MANUEL COSTAS DAPONTE; Lucía**, **Lorena**, representada por la Procuradora de los tribunales, **Sra. NIEVES FERNÁNDEZ SUÁREZ**, asistida por el Abogado D. JOSÉ ÁNGEL CARRERA IGLESIAS.

Siendo Ponente el Ilmo. Magistrado D. **EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARES**, quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Vigo, se dictó sentencia con fecha 4 de abril de 2018, en el procedimiento del que dimana este recurso, cuyo fallo textualmente dice:

### " FALLO

ESTIMO TOTALMENTE A DEMANDA formulada por Jose Antonio contra de ELEKO GALICIA, SL, declarando haber lugar ao retracto exercitado sobre as 2/6 partes que na denominada "Finca NUM000 " á que se refería o fallo da sentencia do Xulgado de Primeira Instancia número 1 de Vigo de 16 de xullo de 2008 (autos de Xuízo Ordinario 438/2017), tivera adquirido ELEKO GALICIA, SL dos seus respectivos titulares, Fátima e Romeo (a razón de 1/6 parte cadanseu), mediante sendos contratos de compravenda outorgados o 19 de marzo de 2015, condenando a ELEKO GALICIA, SL a outorgar a correspondente escritura de venda a prol do Sr. Santiago, coas mesmas condicións e prezo da súa adquisición. O Sr. Santiago deberá de reembolsarlle a ELEKO GALICIA, SL, a tal efecto, a cantidade de 98.522,52 euros, á que terían ascendido a totalidade dos gastos que se viu obrigada a desembolsar por mor daqueles dous contratos de compravenda. Todo elo coa condena de ELEKO GALICIA, SL ao abono das custas procesuais.

DECLARO CARENTE DE OBXECTO a acción de división de cousa común deducida por ELEKO GALICIA, SL contra de Jose Antonio, Juliana, Lorena e Lucía, e contra da herdanza xacente de Isidora, sen que haxa lugar a efectuar pronunciamento condenatorio en materia de custas procesuais.

Notifíquese esta sentenza ás partes, ás que se lle fará saber que a mesma non é firme e que contra ela poderán interpoñer recurso de apelación para ante a Audiencia Provincial de Pontevedra no prazo de vinte días.

Así o acordo, mando e asino."

**SEGUNDO.**- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de ELEKO GALICIA, S.L., que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Cumplimentados los trámites legales y elevadas las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial para la resolución el recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala. Se señaló el día 4 de abril de 2019 para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- En la sentencia de instancia se estimó la demanda de retracto de comuneros deducida por don Jose Antonio frente a la entidad ELEKO GALICIA, S.L. sobre las 2/6 partes que en la "Finca NUM000 " -a la que se refería el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vigo de 16 de julio de 2008 (dictada en autos de Juicio Ordinario 438/2017)- había adquirido la entidad ELEKO GALICIA, S.L. de sus titulares, doña Fátima y don Romeo, con las declaraciones subsiguientes respecto al otorgamiento de la escritura y pago del precio. Asimismo se declaró carente de objeto la demanda planteada por la entidad ELEKO GALICIA, S.L. en ejercicio de acción de división de cosa común de la indicada "Finca NUM000 ".

La entidad ELEKO GALICIA, S.L. recurre la resolución alegando que: 1) la relación de prejudicialidad civil entre los dos procesos acumulados es inversa a como fue apreciada en la sentencia; 2) el retrayente don Jose Antonio no cumplió en debida forma con las exigencias de consignación de precio; y 3) se ha producido un ejercicio abusivo y antisocial del derecho al no respetar la intención de los restantes litigantes de poner fin a la situación de cotitularidad existente.



Se comparten los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia.

**SEGUNDO.-** Constituyen hechos acreditados y no controvertidos que la sentencia de fecha 16 de julio de 2008 dictada en el Juicio Ordinario 438/2017 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vigo declaró, con base en el informe pericial emitido en dicho procedimiento por la arquitecta técnica doña María Rosa , haber lugar a la creación de dos fincas independientes aunque lindantes, una de las cuales denominada "Finca NUM001 " era de titularidad exclusiva de la entidad ELEKO GALICIA, S.L., y la otra denominada "Finca NUM000 " era titularidad de don Calixto , doña Isidora , don Romeo , don Santiago , doña Fátima y don Jose Antonio .

Resulta probado que con fecha 19 de marzo de 2015 la entidad ELEKO GALICIA, S.L. adquirió en sendas escrituras públicas de compraventa a don Romeo y a doña Fátima la cuota de 1/6 que a cada uno de dichos vendedores correspondía en la citada "Finca NUM000 ". Esta transmisión de titularidad es la que es objeto de la acción de retracto por parte don Jose Antonio .

La entidad ELEKO GALICIA, S.L. presentó con fecha 16 de febrero de 2016 ante los Juzgados de Vigo demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de división de cosa común contra los actuales titulares de los otros 4/6 de la "Finca NUM000 " al resultar la misma indivisible.

Por su parte don Jose Antonio presentó con fecha 23 de mayo de 2016 demanda en ejercicio de acción de retracto contra la entidad ELEKO GALICIA, S.L. respecto a las participaciones de la "Finca NUM000 " que habían sido enajenadas a la misma por don Romeo y doña Fátima , lo que dio lugar a los autos de Juicio Ordinario nº 433/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vigo.

Con fecha 1 de marzo de 2017 se dictó auto acordando la acumulación al Juicio Ordinario nº 136/2016 de los autos de Juicio Ordinario nº 433/2016.

**TERCERO.-** La parte recurrente, en relación con la apreciación de prejudicialidad civil, discrepa de la conclusión alcanzada en la sentencia de instancia de considerar que la acción de retracto de comuneros ejercitada por don Jose Antonio frente a la entidad ELEKO GALICIA, S.L. es prejudicial respecto a la acción de división de cosa común de la "Finca B" planteada por la entidad ELEKO GALICIA, S.L..

Se alega en el recurso que la acción de retracto no tiene efectos "ex tunc" o retroactivos respecto a la fecha en que la entidad ELEKO GALICIA, S.L. adquirió la propiedad de 2/6 de las fincas de las personas que eran titulares dominicales de dichas cuotas, por lo que ostenta legitimación activa para plantear la acción de división de cosa común, y por lo tanto es la demanda de división de la "Finca NUM000 " instada por ELEKO GALICIA, S.L. la que es prejudicial de la demanda de retracto de comuneros ejercitada por don Jose Antonio . Considera entonces que primero debería haberse analizado la prosperabilidad de la acción de extinción de la comunidad al haber sido entablada con carácter previo.

Se aduce también que la entidad ELEKO GALICIA, S.L. continúa ostentado la propiedad de las dos sextas partes (2/6) de la "Finca NUM000 " adquiridas en las compraventas de 19 de marzo de 2015, ya que don Jose Antonio solo adquirirá dichas cuotas de propiedad si se llega a concertar una nueva compraventa entre ELEKO GALICIA, S.L. y él, porque la estimación judicial de la demanda de retracto no produce la automática transmisión al retrayente de la propiedad del bien.

Planteado en estos términos el motivo del recurso debemos desestimar el mismo.

El examen previo de la acción de división de cosa común respecto a la acción de retracto dejaría sin efecto el derecho del retrayente al examen de esta última, ya que en el caso de procederse a la venta en pública subasta del bien con admisión de licitadores extraños (como acontecería en este caso al tratarse de una finca indivisible) la adquisición del bien por un tercero devendría inatacable pues la situación de copropiedad habría desaparecido, y no resultaría ya ejercitable la acción de retracto, que no se encuentra entre los derechos reales o personales a los que se refiere el artículo 405 CC . Por el contrario el examen previo de la acción de retracto permite determinar quiénes son los reales copropietarios del bien, y -no es este el caso- podría suceder que con la acción de retracto se integrase toda la titularidad del bien en una única persona dejando así sin efecto la acción de división de cosa común al no existir copropiedad sobre el mismo. También puede acontecer -y podría ser el caso- que tras el retracto resulte posible que los comuneros alcancen un acuerdo extrajudicial para que se adjudique el bien a uno de ellos indemnizando a los demás, tal y como dispone el artículo 404 CC .

En la STS de 7 de abril de 1997 se analiza un supuesto en el que se plantea una demanda inicial en la que se ejercitaba la acción divisoria relativa a una finca; a dicho procedimiento se acumularon dos demandas en las que la parte demandada en dicho pleito insta la correspondiente acción para que se estime el ejercicio de su acción de retracto de comuneros interpuesta precisamente contra la inicial demandante. En la sentencia se analizan en primer lugar las demandas acumuladas de retracto entre comuneros y se concluye que solo si se desestiman tales demandas procedería examinar la acción "comuni dividundo" ejercitada en la demanda



inicial. En dicho proceso -en la sentencia de apelación ratificada en casación- al estimarse la acción de retracto se declaró que se hace innecesario la calificación de la acción divisoria que ejercita la parte actora inicial.

Hay que valorar entonces si procede la estimación de la acción de retracto por concurrir los requisitos que exige la misma, pues en caso afirmativo, decae la legitimación activa de la entidad ELEKO GALICIA, S.L. para instar la acción de división de cosa común sobre la finca litigiosa al no ser ya cotitular de la misma.

**CUARTO.-** Se reitera a través del recurso que el retrayente don Jose Antonio no justificó el ejercicio dentro del plazo legal de su acción de retracto.

El retracto legal se contempla en el artículo 1521 CC, conforme al cual 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; el artículo 1522 CC precisa 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, supuesto este último que acontece en el presente proceso al ejercitarse el retracto sobre 2/6 de la finca.

Respecto al plazo legal para su planteamiento, el artículo 1524 CC dispone que no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días, contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta.

No consta la inscripción registral de la transmisión por lo que debe estarse al momento en que el retrayente haya tenido conocimiento de la venta que debe ser pleno y preciso. Así la STS de 20 de mayo de 1991 declara que el plazo de caducidad de nueve días "comienza a contarse desde la inscripción de la escritura de transmisión en el Registro de la Propiedad y en su defecto, es decir, cuando se da ocultación maliciosa; dicho plazo sólo se computa desde el día siguiente "al en que se acredite" que los retrayentes han tenido conocimiento de la venta ( art. 1.524 del Código Civil y 1.620 de la Ley de Procedimiento Civil)". Respecto al conocimiento preciso y necesario de la venta, añade que la doctrina de dicha Sala "de modo constante y reiterado viene proclamando que, en estos supuestos, el conocimiento cabal ha de referirse a todos los pactos y condiciones de la transmisión, para que, en base de ellos, puedan los interesados decidir si conviene o no, a sus derechos, el ejercicio de la acción de retracto que les asiste y no bastan ciertas referencias de la venta, datos incompletos de sus condiciones o la mera noticia de la misma ( sentencias de 20 de febrero de 1975, 30 de octubre de 1978 y 9 de febrero de 1984)".

En dicha sentencia se expresa que -al igual que acontece en el presente proceso, pues no ha probado ni alegado la parte recurrente haber notificado al retrayente la adquisición de las cuotas a los comuneros vendedores- el conocimiento pleno de la venta sólo lo tuvo el ahora recurrido al ser emplazado por el Juzgado para contestar la demanda sobre división de cosa común planteada por el recurrente, ya que fue precisamente en ese instante cuando llegó a saber los términos exactos en los que se había llevado a cabo la enajenación de las cuotas por parte de los copropietarios de la finca en litigio, su precio, forma de pago del mismo y demás datos precisos, al dársele traslado de los documentos aportados con la demanda, entre los que figuraban el contrato de compraventa.

En el mismo sentido la STS Sala 1ª de 18 de noviembre de 2013 dispone que "Dice la sentencia de 18 marzo 2009, reiterando jurisprudencia anterior: "El hecho determinante del nacimiento del derecho y del comienzo del plazo para ejercitar la acción es la venta entendida como acto de enajenación o traslativo de dominio, esto es, entendida como venta consumada y no meramente perfeccionada. Así, dice la Sentencia de 17 de junio de 1997 que el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada, siendo aún más explícita la Sentencia de 14 de noviembre de 2002, que señala que la acción de retracto nace a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección, estando por tanto el ejercicio de la acción de retracto supeditada al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, venta que ha de entenderse como compraventa ya consumada y no meramente perfeccionada, requiriéndose al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque no sólo el hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc. pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción".

Don Jose Antonio fue emplazado con fecha 17 de mayo de 2016 para contestar la demanda planteada por la entidad ELEKO GALICIA, S.L. y presentó con fecha 23 de mayo de 2016 demanda en ejercicio de acción de retracto contra la entidad ELEKO GALICIA, S.L. respecto a las cuotas de la "Finca NUM000" que habían sido enajenadas a esta por don Romeo y doña Fátima. Por lo tanto la acción se ejercitó dentro del plazo de nueve días legalmente previsto.

**QUINTO.-** Se alega también que la consignación del precio no fue inicialmente efectuada en la forma legalmente prevista.





El artículo 1518 CC , al que se remite el artículo 1525 CC , establece que el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además: 1º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. 2º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

Se alega por la parte recurrente que la consignación efectuada con la demanda de retracto mediante un cheque no se ajusta a las exigencias contenidas en el Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, de realizar un ingreso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado Decano de los de Vigo, o a favor de ella. Se reconoce, no obstante, en el recurso que don Jose Antonio sí consignó posteriormente el precio de las compraventas que pretendía retraer.

Con la demanda de retracto presentada el 23 de mayo de 2016 se aportó un cheque bancario de la entidad Caixabank, S.A. fechado el 20 de mayo de 2016 por importe de 88.000 euros. En las escrituras de compraventa otorgadas con fecha 19 de marzo de 2015 ante el notario de Vigo don Julio Manuel Díaz Losada por la entidad ELEKO GALICIA, S.L. (como compradora) y don Romeo y doña Fátima (como vendedores) figuran los precios de venta respectivos de 59.932,61 euros y 25.000 euros con unos derechos y suplidos de 739,53 euros y 592,51 euros. En las copias de las escrituras aportadas con la demanda no consta la liquidación y abono del ITP, por lo que la cantidad inicialmente ofrecida cubría la totalidad de pagos y gastos que constaban efectuados. Posteriormente consta la consignación judicial de la cantidad de 98.522,52 euros correspondiente a la totalidad de los desembolsos efectuados por la entidad ELEKO GALICIA, S.L. en relación con las compraventas.

En cuanto al hecho de que el ofrecimiento del precio se realizó por medio de cheque, la STC de 8 de junio de 2015 precisó que dicho Tribunal, incluso bajo la vigencia del artículo 1618.2 LEC 1881 , consideró contrario al artículo 24.1 CE , por excesivamente formalista, varias decisiones de inadmisión que habían rechazado la consignación realizada a través de cheque conformado ( STC 12/1992, de 27 de enero ) o mediante fianza o aval bancario ( SSTC 145/1998, de 30 de junio y 189/2000, de 10 de julio ).

Respecto a la obligación de consignar el precio con la demanda de retracto, ya que la parte apelante alega que la consignación se hizo mucho después de la presentación de la misma y ya transcurrido con creces el plazo legal de nueve días para el ejercicio del derecho de retracto, hay que indicar que el artículo 1618.2 LEC 1881 (ya derogado) contemplaba dicha exigencia al condicionar el curso de las demandas de retracto al cumplimiento del requisito de consignación o afianzamiento del precio con la finalidad, como se indica en la STC de 27 de enero de 1992 , de "garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que, si recae Sentencia estimatoria, será reembolsado, en el momento del otorgamiento de la escritura correspondiente, de las cantidades que señala el art. 1.518 del Código Civil ". Sin embargo en la actualidad solo se hace referencia a la consignación en el artículo 266.2º LEC , que dispone que se habrán de acompañar a la demanda los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere.

Tal y como correctamente razona el juez a quo, en el caso del retracto de legal de comuneros el artículo 1518 CC (al que se remite el artículo 1525 CC ) no exige la consignación previa del precio, ni la prestación de caución. Como ha declarado la STC de 8 de junio de 2015 , una vez derogado el artículo 1618.2 LEC de 1881 dicho Tribunal con arreglo a la nueva norma procesal aplicable -el art. 266.3 LEC (actual 266.2º LEC )- concluyó que "la carga de consignar sólo podía servir de restricción legítima al acceso a los tribunales si seguía estando prevista en la legislación procesal en vigor. De no ser así, una decisión de inadmisión por falta de consignación, adoptada sin cobertura legal expresa por un órgano del Poder Judicial, por muy legítimos o ponderados que fueran los fines perseguidos por el mismo, debía reputarse lesiva del derecho de acceso al proceso reconocido en el art. 24.1 CE , pues, como ha señalado insistentemente este Tribunal, una decisión de inadmisión sólo es compatible con dicho derecho fundamental si "es consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia ( STC 158/2000, de 12 de junio , FJ 5. En igual sentido, SSTC 115/1999, de 14 de junio, FJ 2 ; 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 2 ; 33/2002, de 11 de febrero de 2002, FJ 5 , y 111/2009 , de 11 de mayo , FJ 2)" ( STC 39/2015 , de 2 de marzo , FJ 4)".

La STC de 13 de septiembre de 2004 , al examinar el artículo 266.3 LEC 1/2000 , consideró que dicho precepto presentaba una diferencia sustancial frente a la norma precedente, pues pasaba a condicionar "la consignación o la constitución de caución como requisito para la admisión a trámite de la demanda de retracto [...] a que se exija por ley o contrato". Este precepto contempla un simple reembolso del precio de transmisión como "presupuesto material o sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, sin el cual no puede consumarse la adquisición del derecho objeto del retracto por parte del retrayente". Tal y como se indica en la citada STC de 8 de junio de 2015 , ya en la STC de 30 de junio de 1998 se declaró que el artículo 1518 CC contempla un simple reembolso del precio de transmisión como "presupuesto material o sustantivo para el ejercicio del



derecho de retracto, sin el cual no puede consumarse la adquisición del derecho objeto del retracto por parte del retrayente". Dicho criterio se reiteró, entre otras, en la STC de 27 de octubre de 2008 que precisó que la carga procesal de consignar no puede deducirse del artículo 1518 CC pues "el reembolso al comprador del precio de la venta y de los gastos derivados que impone el art. 1518 CC "no es "un requisito para la admisión a trámite de la demanda" sino un "requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, esto es, una vez obtenida sentencia estimatoria del mismo".

En el presente caso la obligación de consignar no tiene origen legal, ni base contractual, por lo que debe desestimarse el motivo de recurso invocado.

**SEXTO.-** En el recurso se aduce también que se ha producido un ejercicio abusivo y antisocial del derecho al no respetar la intención de los restantes litigantes de poner fin a la situación de cotitularidad existente.

Se alega por la parte recurrente que la voluntad de los titulares de cuatro sextas partes (4/6) de la "Finca NUM000 " (el demandante ELEKO GALICIA, S.L. (2/6) y las demandadas allanadas a la demanda planteada por dicha sociedad, doña Juliana (1/6), y doña Lorena y doña Lucía (1/6)) es la de poner fin a la situación de comunidad y cotitularidad existente sobre la "Finca NUM000 ". La cuota de una sexta parte (1/6) que pertenece a la herencia yacente de doña Isidora no se opuso a dicha pretensión, por lo que la oposición se limita a don Jose Antonio , propietario de la restante cuota de una sexta parte (1/6).

La doctrina del abuso de derecho, en palabras de la STS Sala 1ª, de 1 de febrero de 2006 se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho exigiendo su apreciación, una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo).

En el presente caso la oposición planteada por don Jose Antonio no resulta infundada, ya que ejercitaba un derecho que le asiste, tanto al instar la acción de retracto como al oponerse a la división de la cosa común, pues en esta planteaba como cuestión preliminar la acumulación al proceso de división de cosa común del juicio de retracto seguido ante otro juzgado, pretensión que fue estimada y que dio lugar al examen y acogimiento de la última acción en este proceso.

La conformidad, manifestada a través de los escritos de allanamiento, por parte de otros demandados a que se proceda a la división de la cosa común, no causa perjuicio alguno a los mismos pues no impide que cualquier comunero pueda ejercitar nuevamente la acción para el caso de que los no alcancen un acuerdo extrajudicial en el que se adjudique el bien a uno de ellos indemnizando a los demás, tal y como dispone el artículo 404 CC .

Se alega por último que la entidad ELEKO GALICIA, S.L. nunca ha sido -desde el mismo momento de creación de las dos fincas- un tercero ajeno a la situación de comunidad o cotitularidad concurrente sobre la "Finca NUM000 ", sino el propietario de un terreno colindante con la "Finca NUM000 " desde la misma creación del inmueble.

Respecto a esta alegación simplemente debe recordarse que, como dispone el artículo 1524.2 CC , el retracto de comuneros excluye el de colindantes.

Todo lo expresado nos lleva a desestimar el recurso de apelación interpuesto y a confirmar la sentencia dictada en la instancia.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación se impondrán las costas a la parte apelante, salvo que presentase serias dudas de hecho o de derecho.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don José Antonio Fandiño Carnero, en representación de la entidad ELEKO GALICIA, S.L., contra la sentencia de fecha 4 de abril de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Vigo , confirmamos la misma, con imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas.

Se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.



**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, en base a lo establecido en el artículo 477 LEC, debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el artículo 479 LEC.

**Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.**

**El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER, en la cuenta de este expediente 0915000012065018.**

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ