



Roj: **SAP TF 1438/2017 - ECLI:ES:APTF:2017:1438**

Id Cendoj: **38038370032017100387**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **3**

Fecha: **11/07/2017**

Nº de Recurso: **438/2007**

Nº de Resolución: **315/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA LUISA SANTOS SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 86 56

Fax.: 922 208655

Email: s03audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000438/2007

NIG: 3802631120050001155

Resolución: Sentencia 000315/2017

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000286/2005

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelante Romulo Manuel Estevez Acevedo Juan Manuel Beautell Lopez

Apelante María Angeles Manuel Estevez Acevedo Juan M Beautell Lopez

SENTENCIA

Ilmas. Sras.

Presidenta:

D^a. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO

Magistradas:

D^a. MARÍA LUISA SANTOS SÁNCHEZ (Ponente)

D^a. MÓNICA GARCÍA DE YZAGUIRRE

En Santa Cruz de Tenerife, a once de julio de dos mil diecisiete.

Visto por los Ilmas. Sras. Magistradas arriba expresadas el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº. 286/2005, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº. 2 de La Orotava, promovidos por Don Romulo y Doña María Angeles , representado por el Procurador Don Rafael Hernández Herreros, y asistidos por el Letrado Don Manuel Estévez Acevedo, contra Don Blas y Doña Macarena , representados por el Procurador Don Juan Pedro González Martín y asistidos por el Letrado Don Juan Manuel García Domínguez; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY la presente sentencia, con base en los siguientes:



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados el Sr. Juez sustituto Don Juan Manuel Plasencia Rodríguez, dictó sentencia con fecha veintidós de enero de dos mil siete, en cuya parte dispositiva se acuerda, literalmente:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el/la Procurador/a D/Doña RAFAEL HERNÁNDEZ HERREROS, en representación de D/Doña Romulo y D/Doña María Angeles , contra D/Doña Blas y D/Doña Macarena , absuelvo libremente a los demandados de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, interpuso recurso de apelación la representación de la parte actora o demandante, tramitándose conforme a lo previsto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , habiendo presentado la parte contraria escrito de oposición e impugnación de la sentencia, y remitiéndose con posterioridad los autos a esta Audiencia Provincial, con emplazamiento de las partes por término de treinta días.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección Tercera tras el oportuno reparto, se acordó incoar el correspondiente Rollo. La parte apelante se personó oportunamente por medio del Procurador Don Juan Manuel Beautell López y bajo la dirección del Letrado Don Manuel Estévez Acevedo; la parte apelada-impugnante se personó por medio de la Procuradora Doña Mercedes Aranaz de la Cuesta, y bajo la dirección del Letrado Don Juan Manuel García Domínguez.

Mediante Auto de fecha 27 de noviembre de 2007 se acordó la suspensión del presente procedimiento hasta que se acreditara que el procedimiento penal seguido en virtud de las diligencias previas n.º 942/2007 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de La Orotava había terminado o que se encontrara paralizado por motivo que impidiera su normal continuación; mediante diligencia de ordenación de fecha 15 de junio de 2017 se alzó la suspensión acordada en su día, señalándose para deliberación, votación y fallo se señaló el día veintisiete de junio de este mismo año 2017.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña MARÍA LUISA SANTOS SÁNCHEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la precedente instancia desestima la demanda, absuelve a los demandados e impone las costas de esa instancia; como fundamento de esa desestimación se señala el trascurso del plazo de caducidad de nueve días.

Frente a esa sentencia se alza la parte actora o demandante, quien solicita su revocación y que se estime íntegramente la demanda por ella interpuesta. Como alegaciones del recurso aduce en primer lugar el error a la hora de interpretar y encuadrar el procedimiento pues esa apelante indicó que era el contemplado en el artículo 249.1.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no -como se señala en dicha resolución- el del artículo 250.1.4º. Respecto al cómputo del plazo de caducidad anteriormente aludido, señala haber referido en la demanda el modo en el que esa parte tuvo conocimiento completo, cumplido o cabal de todos los extremos de la compraventa llevada a cabo por los demandados (más en concreto, el día 14 de marzo de 2005 y no el 8 de marzo de ese año, como se aprecia la juzgadora de la instancia), no bastando meras referencias de la aludida compraventa ni datos incompletos de sus condiciones, reiterando más en detalle las razones de estas consideraciones. Alega también el error en la valoración de la prueba, efectuando un examen de las que reputa de relevancia en defensa de sus intereses. En definitiva, sostiene que no ha transcurrido el plazo de nueve días establecido en el artículo 1.524 del Código Civil para entender caducada la presente acción de retracto, y que concurren en el caso todos los requisitos precisos para el éxito de la misma.

La parte demandada se opone al recurso e impugna al mismo tiempo la sentencia dictada en la precedente instancia. Respecto de la oposición solicita la desestimación del recurso y la confirmación de dicha resolución en todos sus términos, con expresa condena en costas a la parte adversa; insiste en el trascurso del plazo de caducidad y señala que de contrario se fijó el día inicial para el cómputo del mismo el 8 de marzo de 2005, fecha en que en el procedimiento de juicio verbal para recobrar la posesión seguido con el n.º 604/2004 en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de La Orotava, el entonces y ahora demandado efectuó el correspondiente traslado con copia de la escritura pública de compraventa, habiendo sido presentada la demanda iniciadora de esta litis el 18 de marzo de 2005, es decir, en el décimo día, y, por tanto, rebasado ya el referido plazo; afirma también haber acreditado que con anterioridad a la celebración de la compraventa y el otorgamiento de escritura pública, el vendedor, Sr. Norberto , procedió a comunicar expresamente la transmisión a los hoy actores apelantes, habiendo conocido éstos la venta y sus condiciones, quienes le manifestaron sus dudas sobre el ejercicio del derecho de retracto debido a que tenían problemas de liquidez para satisfacer el precio pactado. En cuanto a la impugnación de la sentencia (que se centra en el hecho



sobre el que la sentencia no se ha pronunciado, relativo a que los retrayentes debieron ofrecer afianzamiento suficiente para cubrir los gastos del contrato de compraventa así como cualquier otro pago legítimo que traiga causa de ella, y demás gastos útiles, necesarios y de conservación realizados en la finca vendida), interesa el mantenimiento de esa resolución en los extremos por ella indicados, a excepción del pronunciamiento sobre costas de la primera instancia, y la imposición de las mismas a la parte adversa, con todos los pronunciamientos que le son inherentes; aduce que de contrario no se ha acreditado el cumplimiento de todos los requisitos legalmente exigidos para dar curso a la demanda interpuesta de contrario y la aplicabilidad de los artículos 1.518 y 1.525 del Código Civil en relación con el 266.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues sostiene que la parte actora, en su condición de retrayente, debió haber consignado el importe del precio de venta de la finca que se pretende retraer y ofrecer el afianzamiento suficiente con la finalidad anteriormente aludida; refiere igualmente que, además, no se ha comprometido a no enajenar la finca, caso de prosperar su pretensión, aunque añade: "si bien no se contempla expresamente en el artículo 1.618 del Código Civil compromiso alguno de ese tipo para el retracto de comuneros".

SEGUNDO.- El examen de las actuaciones en esta alzada conduce a discrepar de la valoración y del criterio sustentado por la juzgadora de la instancia relativo al transcurso del plazo de caducidad de nueve días establecido en el artículo 1.524 del Código Civil por las razones que a continuación se indican. Ciertamente es que en el hecho segundo de la demanda iniciadora de la presente litis se indica que, como consecuencia del proceso interdictal de retener y recobrar la posesión interpuesto por la parte ahora apelante y seguido con el número 602/2004 en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de La Orotava, "en fecha 8 de marzo de 2005, mi representado, recibe el traslado del demandado Don Blas, en la cual dice que al haber sido citado para la comparecencia del juicio interdictal, se persona haciendo constar que es TITULAR según escritura pública de fecha 2 de abril de 2004", acompañándose como documento número 3 la copia del referido traslado y como documento n.º 4 copia de la mencionada escritura pública, e igualmente en el hecho tercero de la aludida demanda iniciadora se señala que "Mi principal no había tenido, hasta el momento en que tuvo lugar el traslado judicial, conocimiento alguno de la intención de vender su propiedad, por parte del dueño; de ahí que no pudiera ejercitar, en ningún momento, el derecho de tanteo que previene la legislación vigente"; efectivamente, en ese momento el actor apelante tuvo conocimiento de la venta llevada a cabo por el otro copropietario, el Sr. Norberto. Ahora bien, contrariamente a lo indicado en la sentencia recurrida, de estas manifestaciones no puede extraerse que dicho conocimiento fuera pleno y completo, comprensivo de todos los extremos de la transmisión precisos para poder ejercer el derecho de retracto contemplado en el artículo 1.522 de Código Civil, sin que basten algunas referencias a esa transmisión o datos incompletos de sus condiciones, pues, por el contrario, aparece que con el referido traslado del escrito de personación (documento 3 de la demanda que inició esta litis) se acompañaba informe de un arquitecto técnico en el que figuraba que Don Blas era propietario de la finca objeto de autos así como los datos generales de la escritura pública de compraventa (lugar, fecha de otorgamiento y número de protocolo), mas en ningún caso el precio ni demás exigencias necesarias para poder ejercer el aludido derecho en la forma legalmente establecida.

Por consiguiente, si fue en fecha 8 de marzo de 2005 cuando la representación procesal de la parte actora apelante en el mencionado proceso interdictal conoce de forma incompleta la existencia de la compraventa, y, como consecuencia de ello, al ponerla en su conocimiento, dicha parte acudió seguidamente a informarse a la Notaría, obteniendo la señalada escritura pública de compraventa y conociendo entonces el objeto concreto y el precio, así como las demás circunstancias en ella indicadas, es patente que al tiempo de presentar la demanda iniciadora de la presente litis -el 18 de marzo de ese año- no cabe entender que hubiera transcurrido el plazo de caducidad de 9 días legalmente exigido para el ejercicio de derecho de retracto aquí discutido.

A tal efecto, carecen de relevancia las declaraciones testificales emitidas en la vista oral del juicio, relativas a la publicidad dada a la venta de la finca de autos y a las conversaciones habidas con la parte actora apelante, pues ni de ellas ni del resto de las pruebas practicadas cabe extraer de modo claro e indubitado que por medio de dichos actos la expresada parte hubiera tenido el ya señalado conocimiento cabal y exacto de las concretas circunstancias y condiciones de la venta.

Por consiguiente, ha de acogerse el examinado motivo de apelación y pasar al examen del resto de requisitos exigibles para el éxito de la acción de retracto.

TERCERO.- Sentado lo anterior, y entrando a conocer del motivo de impugnación de la parte demandada, en cuanto se halla íntimamente relacionado con el aludido examen del resto de requisitos exigibles para la estimación de la demanda pretendida por la parte apelante, ha de significarse que de la conjunción de los artículos 1.525, en relación con el 1.518, ambos del Código Civil, y 266.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no cabe concluir que tales preceptos supediten la consignación que se pretende para el ejercicio del retracto de comuneros (tampoco para el de colindantes), ni para la admisión a trámite de la demanda, ni para su estimación. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sección 3ª, de 8 de junio de 2015, n.º 115/2015,



tiene establecido: "Fue precisamente en la STC 144/2004, de 13 de septiembre, reiteradamente invocada por la recurrente de amparo ante el Juzgado de Primera Instancia y ante la Audiencia Provincial, cuando tuvimos ocasión de examinar la nueva regla procesal aplicable, llegando entonces a la conclusión inequívoca de que el tenor literal del nuevo art. 266.3 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) 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" (FJ 4). De acuerdo con esta nueva redacción, concluimos en la citada STC 144/2004 que se había conculcado el derecho de acceso a la jurisdicción, pues ni el contrato contemplaba carga alguna de consignar ni del art. 1518 del Código civil (CC) podía deducirse requisito procesal de ningún tipo. Según el propio Tribunal había señalado previamente (STC 145/1998, de 30 de junio, FJ 4), dicha norma del Código civil 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".

En este mismo sentido nos pronunciamos después en la STC 127/2008, de 27 de octubre, en la que, recalcando la importancia de la modificación legislativa producida, señalamos que "bajo el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la exigencia de consignar venía impuesta directamente por su art. 1618.2... Por el contrario, el actual art. 266.3 LEC supedita la carga de consignar a que así se exija por ley o por contrato" (FJ 3). Reiteramos, asimismo, en esa resolución que la carga procesal de consignar no puede deducirse del art. 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". Concluimos, por ello, como habíamos hecho en la anterior STC 144/2004, que "no es posible sustentar la inadmisión de la demanda en el art. 266.3 LEC pues, como resulta del tenor literal del precepto, se condiciona la consignación a que se exija por ley o contrato, supuestos que no se dan en este caso" (FJ 3)."

De este modo, no constando en el supuesto de autos acreditada la exigibilidad de la consignación del precio por ley o por pacto, ningún impedimento existía para la admisión a trámite de la demanda, siendo en realidad, una vez reconocido el derecho de retracto (cuando es controvertido como acontece en el presente procedimiento), cuando resulta necesario el cumplimiento del derecho de reembolso para el ejercicio efectivo del derecho de retracto, y no con carácter previo. Además, obra en autos el oportuno resguardo de consignación judicial del precio de la compraventa que figura en la escritura pública de 2 de abril de 2004, cantidad que, en razón a la fecha de esa consignación -12 de enero de 2007-, deberá ser actualizada con los intereses, al tipo legal, desde la fecha de la referida escritura de compraventa y hasta dicha consignación judicial, habiendo ofrecido la parte actora apelante, en la audiencia previa, la correspondiente caución una vez el órgano "a quo" lo estimase oportuno, sin que tampoco la parte demandada haya aportado a los autos alguna prueba demostrativa de la cuantía exacta de los gastos y pagos referidos en el artículo 1.518, los cuales constituyen, junto con el precio, un presupuesto material o sustantivo para la consumación de la adquisición de la finca objeto del retracto por parte del retrayente (en este mismo sentido, sentencia del aludido Tribunal Constitucional n.º 145/1998, de 30 de junio).

CUARTO.- En virtud de lo expuesto, procede la estimación del recurso, la desestimación de la impugnación, y la revocación de la sentencia recurrida en el sentido de estimar la demanda y declarar haber lugar al retracto de la finca descrita en el hecho primero de la misma, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a otorgar a la parte actora escritura pública de compraventa de la aludida finca, con cumplimiento por ésta de lo establecido en el artículo 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y teniendo en cuenta lo establecido en el último párrafo del fundamento de derecho tercero de la presente resolución en relación con la cantidad consignada en concepto de precio; todo ello, de no verificarlo, con apercibimiento de otorgamiento de oficio de la referida escritura y de lanzamiento a su costa.

QUINTO.- En materia de costas, no ha lugar a efectuar expresa imposición de las de la primera instancia, habida cuenta de la apreciación de serias dudas de derecho dimanantes de la inexistencia de un criterio jurisprudencial unánime en torno a las cuestiones suscitadas en el presente procedimiento (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Respecto de las de la alzada, tampoco ha lugar a su imposición de modo expreso, por la señalada estimación del recurso y por la indicada apreciación de serias dudas de derecho (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y procedente aplicación,

FALLO



1º.- Estimamos el recurso de apelación formulado por el Procurador Don Rafael Hernández Herreros, en nombre y representación de la parte actora, constituida por Don Romulo y Doña María Angeles .

2º.- Desestimamos la impugnación formulada por el Procurador Don Juan Pedro González Martín, en la representación procesal que ostenta de la parte demandada, constituida por Don Blas y Doña Macarena .

3º.- Revocamos la sentencia de fecha 22 de enero de 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de La Orotava en los autos de Juicio Ordinario nº 286/2005.

4º. Estimamos la demanda formulada por la mencionada parte actora y:

Declaramos haber lugar al derecho de retracto legal de comuneros en favor de la referida actora apelante, respecto de la finca objeto del mismo, transmitida mediante la escritura pública de compraventa de fecha 2 de abril de 2004 referida en la demanda.

Condenamos a los demandados anteriormente referidos a estar y pasar por esta declaración y a otorgar a la parte actora escritura pública de compraventa de la aludida finca, con cumplimiento por ésta de lo establecido en el artículo 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y teniendo en cuenta lo establecido en el último párrafo del fundamento de derecho tercero de la presente resolución en relación con la cantidad consignada judicialmente en concepto de precio.

Condenamos a los demandados a dejar libre y expedita, a disposición de dicha actora en el plazo que se fije por el juzgado "a quo" conforme a lo legalmente establecido, dicha finca.

Todo ello, de no verificarlo, con apercibimiento de otorgar de oficio la mencionada escritura pública y de lanzamiento a costa de los demandados.

5º.- No ha lugar a hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

Dése al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., si se hubiera constituido.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Una vez firme la presente resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con testimonio de la misma, para su ejecución y cumplimiento y a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia por las Ilmas. Sras. que la firman y, leída ante mí por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Letrada de la Administración de Justicia de la Sala, certifico.-