



Roj: **SAP C 1799/2018 - ECLI:ES:APC:2018:1799**

Id Cendoj: **15030370032018100286**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **14/09/2018**

Nº de Recurso: **8/2018**

Nº de Resolución: **297/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA JOSEFA RUIZ TOVAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

A CORUÑA

**SENTENCIA: 00297/2018**

N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

-

Tfno.: 981 182082/ 182083 Fax: 981 182081

BP

**N.I.G.** 15028 41 1 2016 0000864

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000008 /2018**

**Juzgado de procedencia:** XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de CORCUBIÓN

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000393 /2016

Recurrente: Gaspar

Procurador: FERNANDO CARLOS LEIS ESPASANDIN

Abogado: MIGUEL ANGEL FERNANDEZ LOPEZ

Recurrido: Guadalupe

Procurador: MARIA DEL CARMEN RIVEIRO MERINO

Abogado: ANTONIO VEREZ FRAGUELA

**SENTENCIA**

Audiencia Provincial, Sección 3ª

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª María Josefa Ruiz Tovar, presidenta.

Dª María José Pérez Pena.

D. Rafael Jesús Fernández Porto García.

En A Coruña, a 14 de septiembre de 2018.



Visto por la Sección 3ª de esta Ilma. Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. Señores magistrados que anteriormente se relacionan, el presente **recurso de apelación tramitado bajo el número 8-2018**, interpuesto contra la sentencia dictada el 11 de octubre de 2017 por el  **juzgado de primera instancia núm. 1 de Corcubión** , en los autos de **juicio ordinario núm. 393/2016**, siendo parte como **apelante-impugnado**, el demandado, DON Gaspar , provisto del documento nacional de identidad nº NUM000 , con domicilio en Lugar DIRECCION000 , DIRECCION001 , núm. NUM001 , Muxía, representado por el procurador don Fernando-Carlos Leis Espasandín, bajo la dirección del abogado don Miguel-Ángel Fernández López; y siendo parte **apelada-impugnante**, la demandante, DOÑA Guadalupe , provista del documento nacional de identidad nº NUM002 , con domicilio en Lugar de DIRECCION002 - DIRECCION001 , núm. NUM003 , Muxía, representado por la procuradora doña María del Carmen Riveiro Merino, bajo la dirección del abogado don Antonio-Víctor Vérez Fragueta; versando los autos sobre retracto de comuneros.

Y siendo magistrada ponente la Ilma. Sra. doña María Josefa Ruiz Tovar.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Aceptando** los de la sentencia de fecha 11 de octubre de 2018, dictada por el juzgado de primera instancia núm. 1 de Corcubión, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**Fallo:** Coa aceptación da demanda interposta pola procuradora Sra. Riveiro Merino, na representación de D Guadalupe , contra D. Gaspar , representado polo procurador S. Leis Espasandín:

1º. DECLARO exercitado, pola demandante, o dereito de retracto legal sobre os dereitos hereditarios que ile correspondían a DON Carlos María , procedentes das herdanzas dos seus pais, avós paternos e maternos, referidos no fundamento primeiro desta resolución e adquiridos por D. Gaspar , mediante escritura pública de data 14/7/2016, (Protocolo número 326 Notaría de Muxía).

2ª.- CONDENO ao demandado, a outorgar a favor da demandante, dentro dos 20 días seguintes á notificación desta resolución, a correspondente escritura pública de venda, polo prezo de 170.000 euros; acto no que o demandado tamén recibirá os demais gastos aboados que xustifique, e serán de cargo da demandante os gastos notaríaís que orixine o outorgamento.

O anterior baixo o apercibimento de que, una vez firme esta sentencia e de non verificarse o anterior polo demandado, poderá outorgarse a citada escritura pública de oficio.

Non se impoñen custas procesuais".

**Primero.-** Interpuesta la apelación por el apelante-impugnado don Gaspar , y admitida, se elevaron los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, compareciendo en tiempo y forma para sostener dicho recurso el procurador Sr. Leis Espasandín.

**Segundo.-** Registradas las actuaciones en esta Audiencia, fueron turnadas a esta Sección. Por diligencia de ordenación de fecha 22 de enero de 2018, se admite el recurso, mandando formar el correspondiente rollo y designando ponente. Se tiene por parte al procurador Sr. Leis Espasandín, en nombre y representación de don Gaspar en calidad de apelante-impugnado; y se tiene por parte a la procuradora Sra. Riveiro Merino, en nombre y representación de doña Guadalupe , en calidad de apelada-impugnante. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba ni celebración de vista se dio cuenta a la Sra. Presidenta de la llegada de los autos e incoación del recurso a efectos de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

**Tercero.-** Por providencia de fecha 19 de marzo de 2018 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 24 de abril del año en curso, dejándose sin efecto el proveído de fecha 19-03-18 y acordando devolver los autos al juzgado de procedencia para dar traslado de la impugnación de la sentencia al apelante a tenor de lo dispuesto en el art. 461.4 de la LEC; y, verificado se remitan directamente a esta Sala. Recibidos los autos debidamente cumplimentados por providencia de fecha 13 de junio de 2018 se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el pasado día 11 de septiembre del año en curso, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada.

**Primero.-** El recurso de apelación articulado se fundamentó en "error de Derecho", considerando vulnerados los arts. 1522 y 1067 del CC sobre retracto de comuneros y de coherederos, así como la pacífica doctrina jurisprudencial que los desarrolla.

Se considera igualmente vulnerado el principio de justicia rogada que rige en el proceso civil ( art. 216 de la LEC), en relación con el principio dispositivo, exhaustividad y congruencia de las sentencias.



Pues bien; la demanda confusamente se inicia en el hecho primero indicando, "que consta ejercitado el derecho de retracto legal en tiempo y forma por la demandante, constando depositado a disposición del demandado la cantidad de 170.000 €", aludiendo a la escritura otorgada ante la Sra. notaria de Muxía el 28 de julio de 2016, sin que la demandante a fecha de la presente demanda haya otorgado a favor de la demandante "escritura de retracto o de subrogación de la venta otorgada mediante escritura de fecha 14 de julio de 2016", pretendiéndose con la demanda su otorgamiento.

Parte así la demandante que el retracto fue ejercitado, y que el demandado debe otorgar escritura al efecto o subrogación, aunque en la fundamentación jurídica de la demanda se menciona el art. 1522 del CC, con un plazo de ejercicio de 9 días fijado en el art. 1524 del CC.

La visualización de la audiencia previa revela que el letrado aclaró que lo pretendido era hacer efectivo el retracto ya efectuado, pues existía una oferta y una aceptación por lo que su pretensión era que cumpliera lo acordado.

La contraria indicó que no se ejercitó la acción de cumplimiento de obligación, de hecho no hay ninguna referencia a la normativa de obligaciones y contratos, pareciendo que se está ejercitando el retracto de coherederos que estaría caducado.

Al no haberse producido una impugnación de la documental, los hechos controvertidos quedaron fijados en el sentido de si procedía o no otorgar la escritura de retracto o subrogación, negándose por la demandada haber aceptado nunca el retracto.

El objeto del proceso civil vino determinado por lo expuesto; y, a la vista del documento nº 3 de la demanda, de lo que se denomina acta de notificación (18 de junio de 2016), y requerimiento que efectúa D. Gaspar para ser practicado por la Sra. notaria, la tesis del demandante no podía haber sido admitida. En efecto, narra la Sra. notaria que el día 14 de julio de 2016 se otorgó una escritura de cesión de derechos a favor del requirente (derechos hereditarios que le correspondían a D. Carlos María, procedente de las herencias de sus abuelos paternos, y que habían sido adjudicados a los transmitentes en virtud de Decreto de adjudicación de 10 de febrero de 2016, en la ejecutoria 9/2006 de la Sección 1ª de la Audiencia por el precio de 170.000 €; y asimismo una compraventa a su favor de ? parte de la finca registral nº NUM004 que también pertenecía a los transmitentes en virtud de un decreto de adjudicación de la citada ejecutoria por el precio de 1.250 €.

Pero en modo alguno el requirente pretende que la requerida asuma el retracto, sino literalmente que se le notifique los contratos mencionados, con el fin de que tenga conocimiento de los mismos, y en especial "de quien es la persona del comprador, del precio y demás condiciones" para que comience a contar el plazo de retracto -se indican 9 días- y así Dª Guadalupe pudiera "ejercitar los derechos que le correspondan, y en especial el derecho de retracto, si fuere el caso". Opción de la requerida, a la cual el requirente no le da tampoco la posibilidad de ejercitar un retracto extrajudicial, figura jurídica no presente en nuestro Derecho, a salvo de lo dispuesto en el art. 1255 del CC.

Tal pacto, en contra de lo que sostiene la sentencia apelada admitiendo la tesis de la demanda no existió, pese a que la Sra. notaria indicase que la notificada tendrá derecho a comparecer "ante mí", a los efectos de ejercer el derecho de retracto, pues tal extremo no se lo indicó el requirente.

Los términos del requerimiento, como con acierto resalta la apelante son claros -únicos que podían tener trascendencia a los efectos de analizar la conducta de la demandada-, comunicar al comprador, precio y demás condiciones para el comienzo del plazo.

Desde luego el requerimiento no suponía una aceptación anticipada, sino que contenía una simple información; y, cuando ulteriormente la requerida comparece en la Notaría indicando que quiere retraer, al dársele traslado al requirente no efectuó ninguna manifestación de aceptación.

El comportamiento del requirente, no puede así considerarse contrario a las normas de la buena fe; lo normal es que en el retracto sea difícil averiguar el precio y demás circunstancias del contrato. Por contra, en nuestro caso se ponen en conocimiento del interesado las condiciones integrales de la persona del comprador y precio, a los efectos de ejercitar un "eventual" ejercicio del retracto, lo actuado a posteriori en nada puede afectarle.

En consecuencia, la demanda con cuestión estrictamente jurídica, a la vista de los términos del debate debió limitarse a la desestimación, no pudiendo hablarse de actos propios, cuando el requerimiento no contenía ninguna asunción por el requirente de admisión del retracto.

Finalmente véase que en la diligencia de 19 de julio de 2016, cuando se persona la demandada hoy recurrente, la Sra. notaria le informa de las compraventas realizadas, para darle a conocer los derechos que le puedan corresponder, solicitando información acerca de la parte transmitida por cada vendedor y el precio de venta



total, informándole la notaria "de su posible derecho" a ejercitar el retracto de comuneros y colindantes en el plazo de 9 días.

Bastaría con lo razonado para estimar el recurso, pues obviamente la demanda el 15.12.2016 estaría caducada (solo pretendía ejercitarse respecto a la primera, cesión de derechos hereditarios).

Se trataría pues en puridad de un retracto de coherederos puesto que las herencias de donde proceden los derechos transmitidos estaban sin dividir, no habiéndose llevado a cabo la partición, lo que obligó a los cedentes a trabar embargo en el procedimiento judicial no sobre bienes concretos sino sobre derechos hereditarios que luego se transmitieron ( art. 1067 del CC, con el plazo de un mes) y no de comuneros que también estaría caducado (9 días). Ello porque como nos indica el TS en sentencia de 3.3.1998 una cosa es que el retracto de coherederos se inspire en el de comuneros, respondiendo a una misma línea fundamental, y otra distinta es que se trate de instituciones fungibles e intercambiables.

Además la jurisprudencia es unánime que para la viabilidad del retracto de coherederos se precisa la concurrencia de dos requisitos: venta de derechos hereditarios y ejercicio en el plazo de un mes, siendo de caducidad ( STS 7.10.1970 y 3.3.1998), cumpliendo en nuestro caso el requerimiento realmente una función de fijar claramente el "dies a quo" - día inicial- del conocimiento y demás circunstancias, fundamentalmente el precio de la venta (19 de julio de 2016) para el inicio del ejercicio de la acción. En definitiva no podemos olvidar que el retracto constituye una limitación del dominio, con una interpretación restrictiva, que sigue manteniendo el TS por citar entre otras las sentencias de 22 de octubre de 2007 y 24 de febrero de 2008.

**Segundo.-** No puede considerarse como válidamente ejercitada la acción de retracto, por la mera comparecencia en la notaría el 28 de julio de 2016, en base al art. 1522 del CC, interesando su notificación al retraído, que en ningún momento atendió a tal requerimiento una vez notificado, cerrándose el acta mediante diligencia al efecto.

Tampoco la consignación del precio, como requisito esencial dentro del plazo legal, pues lo aportado es únicamente una certificación bancaria en que se indica el saldo de la cuenta.

Todo lo cual conduce sin más argumentaciones a estimar el recurso, con consiguiente desestimación de la demanda.

**Tercero.-** Vía impugnación, al oponerse el recurso de apelación se solicita por la demandante-apelada, que se impongan las costas, a la demandada, en base a que no existen dudas fácticas y jurídicas.

El criterio objetivo del vencimiento es el normal en nuestro Derecho, por lo que la desestimación de la demanda en esta alzada conduce inexorablemente a imponer las costas de la instancia a la actora, ello además porque la caducidad se había producido antes de la interposición de la demanda.

No se hace una especial imposición de las costas de esta alzada en cuanto al recurso principal, a tenor del art. 398 nº 2 de la LEC.

Respecto a la impugnación las costas de la misma se imponen al impugnante ( art. 398 nº 1 de la LEC).

## FALLO

Por lo expuesto, la **Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña**, resuelve: Estimando el recurso de apelación articulado, se revoca la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 1 de Corcubión de 11.10.2017, desestimando íntegramente la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones ejercitadas, con imposición de costas en la instancia a la actora y sin hacer una especial imposición de costas en esta alzada.

Las costas de la impugnación se imponen al impugnante.

Devuélvase el depósito constituido.

Así se acuerda y firma.

**Publicación.-** Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Señores magistrados que la firman, y leída por la magistrada ponente doña María Josefa Ruiz Tovar, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el letrado de la Administración de Justicia, certifico.