



Roj: **SAP C 2069/2020 - ECLI:ES:APC:2020:2069**

Id Cendoj: **15030370032020100303**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **13/10/2020**

Nº de Recurso: **129/2020**

Nº de Resolución: **330/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA JOSEFA RUIZ TOVAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

A CORUÑA

**SENTENCIA: 00330/2020**

Modelo: N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

**Teléfono:** 981 182082/ 182083 **Fax:** 981 182081

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: BP

**N.I.G.** 15030 42 1 2009 0005010

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000129 /2020**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 8 de A CORUÑA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000401 /2009

Recurrente: Fátima

Procurador: MARIA DEL CARMEN CAMBA MENDEZ

Abogado: JOSE ARDAVIN GARCIA

Recurrido: OPTIFARME PLAZA DE PONTEVEDRA SL

Procurador: MARIA JESUS GANDOY FERNANDEZ

Abogado: CARLOS SEOANE DOMINGUEZ

**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 13 de octubre de 2020.



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 129-2020**, interpuesto contra la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2019 por el **Juzgado de Primera Instancia Núm. 8 de A Coruña**, en los autos de **Juicio Ordinario Núm. 401/2009**, siendo parte como **apelante**, la demandada, DOÑA Fátima, provista del documento nacional de identidad nº NUM000, con domicilio en RUA000, núm. NUM001, Vigo, representada por la procuradora doña María del Carmen Camba Méndez, bajo la dirección del abogado don José Ardavin García; y como **apelada**, la demandante, **OPTIFARME PLAZA DE PONTEVEDRA, S.L.**, con número de identificación fiscal B 701112560, con domicilio en Plaza de Pontevedra, núm. 13, bajo, A Coruña, representada por la procuradora doña María Jesús Gandoy Fernández, bajo la dirección del abogado don Carlos Seoane Domínguez; versando los autos sobre retracto.

Y siendo Magistrada-Ponente Dª María-Josefa Ruiz Tovar.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Aceptando** los de la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2019, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 8 de A Coruña, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**Fallo:** Que debo estimar y estimo la demanda presentada por OPTIFARMA PLLAZA DE PONTEVEDRA SL contra DÑA. Fátima, y debo declarar y declaro el derecho de la actora a retraer el local comercial descrito en el hecho primero de la demanda y sito en el bajo del número 13 de la Plaza de Pontevedra, de esta ciudad de La Coruña, y en consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada a otorgar escritura pública de compraventa por un precio de 628.070,61 €, y, todo ello, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

**Primero.-** Interpuesta la apelación por doña Fátima, y admitida, se elevaron los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, compareciendo en tiempo y forma para sostener dicho recurso la procuradora Sra. Camba Méndez.

**Segundo.-** Registradas las actuaciones en esta Audiencia, fueron turnadas a esta Sección. Por diligencia de ordenación de fecha 11 de marzo de 2020, se admite el recurso, mandando formar el correspondiente rollo y designando ponente. Se tiene por parte a la procuradora Sra. Camba Méndez, en nombre y representación de doña Fátima en calidad de apelante y se tiene por parte a la procuradora Sra. Gandoy Fernández, en nombre y representación de Optifarme Plaza de Pontevedra, S.L., en calidad de apelada, acordando devolver los autos al juzgado de origen por no constar la notificación del emplazamiento a la partes para comparecer ante esta Audiencia. Por proveído dictado el día 23-7-20 se acordó remitir oficio al juzgado de instancia a fin de que a la mayor urgencia se remita a esta sección el informe emitido por "Aesval" y cd con la grabación del juicio celebrado el 11 de noviembre de 2.019.

**Tercero.-** Por providencia de 17.septiembre.2020, se acordó que se remitiera el documento privado de 19.4.2007, aportado con anterioridad a la 2ª audiencia previa y su grabación (31.I.2019).

**Cuarto.-** Por providencia de fecha 8 de octubre de 2020 se señaló para deliberación, votación y fallo el día de hoy, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

**Primero.-** Discrepa la demandada con la estimación del "extraño retracto mortis causa" contenido en el contrato que nos ocupa de 19 de abril de 2007 suscrito entre Dª Salvadora (fallecida el 18 de mayo de 2008) y D. Agapito, ulteriormente cedido a Optifarma Plaza de Pontevedra S.L., sobre el local de negocio sita en la Plaza de Pontevedra nº 13, bajo de esta ciudad.

Pues bien; a efectos de centrar los términos del debate, dado el dificultoso iter procesal de un litigio iniciado el 4.3.2009, se debe partir de la siguiente base fáctica:

1º En *el contrato de arrendamiento de 19 de abril de 2007* su cláusula decimocuarta titulado, "tanteo y retracto" se estipulaba que "el arrendatario podrá ejercitar el derecho de tanteo o de retracto sobre el local arrendado conforme al procedimiento señalado en el art. 31 de la Ley, siendo aplicable tanto a las transmisiones inter vivos como en las transmisiones mortis causa".

2º A los autos tras la última audiencia previa celebrada, con requerimiento practicado tuvo entrada otro documento privado, de la misma fecha *19 de abril de 2007*, donde Dª Verónica, hija de la fallecida Dª Salvadora y D. Agapito exponen que conocen el contrato anterior, y que Dª Verónica "es la legítima propietaria del local descrito ... en virtud del contrato privado de compraventa suscrito por Dª Salvadora con Dª Verónica, el



27 de diciembre de 2006", acordándose con la arrendataria "que todos los ingresos del local por el concepto de alquiler o traspaso si los hubiere, los seguiría percibiendo la vendedora hasta el día de su fallecimiento", subrogándose ulteriormente D<sup>a</sup> Verónica en el contrato 1º, y obligándose a respetar todas y cada una de sus cláusulas.

3º D<sup>a</sup> Verónica, una vez fallecida su madre, plantea unas medidas cautelares que terminan por auto de 22 de septiembre de 2008, en el cual se homologa una transacción con las demandadas Angustia, D<sup>a</sup> Fátima y D<sup>a</sup> Camino, y D. Faustino, Angustia, así como Luz, en virtud del cual los llamados a la herencia de D<sup>a</sup> Salvadora, a título de legado se abstendrían de entrar en posesión de los bienes legados, así como de inscribir o anotar su derecho en el Registro de la Propiedad, quedando el contador testamentario enterado, haciéndose cargo de las rentas generadas por los inmuebles de la PLAZA000 nº NUM002 y de los gastos, entregando D<sup>a</sup> Verónica las rentas percibidas y recibos abonados en los mencionados inmuebles que en su día había comprado a su madre.

4ª D<sup>a</sup> Salvadora (nacida el NUM003 de 1928) otorgó **testamento** notarial el 16 de mayo de 2008, poco más de un año después de la firma del contrato de arrendamiento del exponiendo nº 1, en el cual a los efectos que nos ocupan legaba a su hija Fátima la planta baja donde su ubicaba una oficina de farmacia, imponiéndole la carga de satisfacer a su hermana Camino, con carácter vitalicio, de la renta que produce el arrendamiento de dicha finca la cantidad de 450,86 céntimos mensuales, actualizable con el IPC.

5º D<sup>a</sup> Verónica presentó demanda pidiendo la nulidad del **testamento** de su madre D<sup>a</sup> Salvadora, así como que se elevaran a escritura pública los documentos privados de venta que le había hecho su madre, a los efectos que nos ocupan el del local bajo, habiéndose planteado una cuestión prejudicial civil que paralizó el presente procedimiento, dictándose sentencia por el Juzgado el 14 de junio de 2011 desestimando íntegramente la demanda y declarando nulos por simulados los documentos de venta, incluido el del local bajo. Dicha sentencia fue confirmada por la A.P. de A Coruña el 22 de noviembre de 2013.

6º Los socios de Optifarma, a favor de quien se cedió el contrato de arrendamiento celebrado entre la fallecida D<sup>a</sup> Salvadora, eran D. Obdulio y D. Agapito y D<sup>a</sup> Verónica (hija de D<sup>a</sup> Salvadora), siendo D. Agapito, administrador único de la sociedad.

El 15 de julio de 2016 D<sup>a</sup> Verónica transmitió sus participaciones sociales a Optifarma (1.800) a D. Obdulio, que las compra con carácter privativo por el precio de 1.800 €, "cantidad que la vendedora confiesa recibidas del comprador en efectivo metálico", antes de este acto. En el apartado tercero del otorgamiento, indica que a los efectos de la Ley 10/2010, se hace constar que tras la transmisión efectuada el titular real de la entidad es D. Obdulio "por haber suscrito más del 25% del capital social".

7º. D. Obdulio letrado en ejercicio, había asesorado previamente a D<sup>a</sup> Salvadora, D. Juliana, D<sup>a</sup> Leticia, D<sup>a</sup> Verónica y D. Faustino, así como a D. Enrique, y D<sup>a</sup> Sara, en la realización de los trabajos profesionales correspondiente para la división de la herencia de D. Genaro y D<sup>a</sup> María Esther, así como la representación de los mismos ante las sociedades Canide S.A., Primera Coruñesa S.a. y Coruñesa de Confecciones S.A., encargo profesional realizado mediante la oportuna hoja, al despacho Concheiro y Seoane Abogados S.L.

8º Con fecha 5 de junio de 2008, D<sup>a</sup> Verónica remitió a Optifarma un burofax, poniéndole en conocimiento que era la propietaria del local en virtud del contrato de compraventa con su madre, debiendo por ello abonarle a ella las rentas del contrato de arrendamiento.

**Segundo.-** En la última audiencia previa celebrada por magistrada diferente al que celebró juicio y dictó sentencia, se puso de manifiesto como llegó a los autos el documento referido en el nº 2 del fundamento precedente, solicitando la Sra. letrada de la demandante que dado que una copia por error se unió en la documental para el traslado efectuado a la codemandada D<sup>a</sup> Camino para contestar, se solicitó su expulsión del procedimiento, documento que realmente solo estaba en poder de tal contestante hasta dicho momento. La parte contraria, como así acordó la magistrada que presidió tal audiencia hizo suyos todos los documentos aportados, indicándose que se requeriría a D<sup>a</sup> Verónica y a D. Agapito para su aportación, lo que finalmente se hizo.

La explicación dada en el juicio por el representante legal de Optifarma (D. Agapito) y por el testigo D. Obdulio, es que se acordó suscribir tal documento con fecha "antedatada", al recibir el burofax del contador-partidor de la comunidad hereditaria para evitar problemas. Manifestando el testigo que se enfadó, indicándose que desconocía el **testamento** y legados de D<sup>a</sup> Salvadora, reconociendo que le citaron a una vista -medidas cautelares referidas-, desconociendo la tasación que se dio en aquel pleito del bien que se intentó retrotraer.

Todo ello se indica, pues al ser la apelación en nuestro Derecho de "plena cognitio" -total conocimiento-, pese a indicarse en el interrogatorio por D. Agapito que D<sup>a</sup> Salvadora (madre) "miraba todo con lupa", asesorándole otro letrado Sr. Corredoira, la Sala tiene serias dudas que la intención de aquella, que firmó un arriendo por



30 años, obteniendo 120.000 € por el traspaso, fuese permitir un "retracto mortis causa", figura no prevista en la LAU de 1994.

Las negociaciones que aluden el representante de Optifarma y D. Obdulio en las que intervino el letrado Sr. Corredoira aluden más bien a la situación a solucionar con el anterior inquilino, así se indica en un GMail del Sr. Corredoira "que nosotros remuneramos el derecho de tanteo y retracto en el traspaso y en el mismo acto cobraremos la participación que nos corresponda. En ese momento se firmaría, además, una promesa u opción de contrato de arrendamiento por la que nos obligamos a realizar el de arrendamiento una vez que se haya realizado el traspaso y resuelto el contrato anterior ... Para mí tiene la ventaja de que no existe un contrato de arrendamiento (aparte del originario) que haya de dar por resuelto posteriormente sino que, por el transcurso del plazo, se mantiene el contrato anterior, sin necesidad de ir a una rescisión".

La respuesta a tal GMail por D. Obdulio es que se firmaría el contrato de arrendamiento -tal como va en el archivo adjunto-, y una vez firmado ... etc.

La referencia en la cláusula decimocuarta del contrato que nos ocupa al art. 31 de la LAU de 1994 dice únicamente, que lo dispuesto en el art. 25 de la presente Ley será de aplicación a los arrendamientos que regula este título. Dicho art. 25 solo contemplaba el derecho de adquisición preferente en caso de venta, en concreto el retracto con sujeción a lo dispuesto en el art. 1518 del C.C. La remisión con doble remisión venía referido en la cláusula en cuanto al procedimiento a ejercitar.

**Tercero.-** Los derechos de tanteo y retracto de la LAU solo estaban previstos para la venta de vivienda o locales con *carácter oneroso*. De ello parece partir la jurisprudencia del T.S., así la S. de 18 de mayo de 2006 -recurso nº 1913/2001- excluye el derecho de retracto en los supuestos de división, adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, "por ser a título gratuito y no oneroso".

Del mismo modo la S.T.S. de 2 de mayo de 2008, exige inexcusablemente una transmisión onerosa compraventa o dación en pago con cita de las sentencias de 6 de octubre de 1989, 8 octubre 1998 y 18 de mayo de 2006, con exclusión de lo que es a título gratuito, herencia o legado. La más reciente del T.S. de 5.3.2020 -recurso nº 388/2017- para un retracto de comuneros -derecho real- parte de que la enajenación debe ser onerosa.

La sentencia invocada por el demandante -hoy apelado- de 25 de junio de 2010 -recurso nº 2009/2006- no es un supuesto de arrendamiento urbano, sino rústico en cuya Ley sí estaba previsto el retracto mortis causa a diferencia de la LAU.

La figura prevista legalmente para profesionales de la agricultura, con la finalidad de concentrar la propiedad, remitiéndose en efecto a lo pactado, por el precio que se fijara convencionalmente o mediante arbitraje.

No podemos extender tal criterio vía analogía, y si bien es cierto que en virtud del principio de autonomía de la voluntad - art. 1255-, y en base al art. 4.3 de la Ley 24/1994 de Arrendamiento Urbanos, fuente de la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, es que rijan por la voluntad de las partes los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, cabiendo hipotéticamente pactar lo que se estime por conveniente, no estaríamos ante un retracto legal de la LAU, previsto únicamente para las transmisiones onerosas.

Pero nótese que el retracto convencional también está regulado en el C.C., en cuyo art. 1507 estando previsto para la venta, cuando el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida.

Por ello; nos encontramos ante una cláusula oscura, donde no se prevé precio (valoración del bien y a qué fecha, plazo de ejercicio ... etc), y dada la edad ya avanzada de la arrendadora, parece más que dudoso que su voluntad fuese que con su muerte se diese una especie de opción, por llamarlo de alguna manera, a la arrendataria.

El art. 128.2 del C.C. establece como canon hermenéutico, la conducta integral de las partes, integrada por los actos anteriores y posteriores, constituyendo el otorgamiento del **testamento** una conducta claramente reveladora que no estaba en su voluntad la cesión del local arrendado al arrendatario.

Nótese que las letras de ambos contratos (exponendos 1 y 2) y forma de redacción son muy semejantes.

Todo el pleito anterior de nulidad testamentaria, donde se declaró nulo no solo el contrato de venta del bajo, sino también otros inmuebles, revela que D<sup>a</sup> Salvadora no leía todo, y que testamentariamente explicó claramente lo que quería. El retracto "mortis causa" es de difícil comprensión incluso para un jurista, en una cláusula como la que nos ocupa, discutiéndose ampliamente en la Doctrina su naturaleza jurídica.

Nótese también que se estaría disponiendo de un bien inmueble, mediante un contrato privado, sin contraprestación alguna por la arrendataria, lo cual no parece que reúna los requisitos de forma exigidos por

el C.C. en una cláusula donde el propio demandante es consciente en la demanda de la dificultad de cómo debe fijarse el precio -elemento esencial-.

**Cuarto.-** Por otra parte a la vista de que D<sup>a</sup> Verónica (que permaneció en rebeldía durante el procedimiento, y se renunció a su interrogatorio) era socia de Optifarma, en una sociedad de únicamente tres socios, parece inconcebible que sus otros dos socios no estuvieran al tanto de su situación, habiendo sido citado D. Obdulio como testigo ya en las medidas cautelares.

D<sup>a</sup> Verónica una vez fallecida su madre, se dirige al resto de sus herederos y al contador partidor, además de Optifarma. Fuera de las manifestaciones del representante legal de la actora y de D. Obdulio no hay prueba de que el segundo contrato se antedatara y fijar el "dies a quo" -día inicial del cómputo- de un plazo del ejercicio por remisión a la LAU de 30 días, *el 2 de febrero de 2009*, (carta remitida por Calviño S.L.) que gestionaba el cobro de las rentas, no puede tenerse como indubitada. Ello porque si la transmisión es mortis causa, se supo del fallecimiento de D<sup>a</sup> Salvadora en mayo de 2.008, se supo también por escrito que D<sup>a</sup> Verónica exigía que se le pagase a ella la renta, se conocían las medidas cautelares que terminan el 22 de septiembre de 2008 y las peticiones de D<sup>a</sup> Verónica. Es más literalmente la sentencia apelada en su fundamento segundo indica que "D<sup>a</sup> Verónica y D. Obdulio eran sabedores de la transmisión vía legado del local arrendado, y también podemos concluir por vía de presunciones ( art. 386 de la LEC) que tales circunstancias eran conocidas por el otro socio y representante legal de la arrendadora".

Sin embargo la sentencia apelada, estima que por remisión del art. 31 de la LAU al art. 25 (previsto solo para la venta, y no la transmisión mortis causa) no se tuvo conocimiento de las condiciones esenciales, cual es la identidad del adquirente, pues frente a la transmisión vía legado, se invocaba por D<sup>a</sup> Verónica un contrato de arrendamiento estimando que la acción está en plazo. Pero ello; no le impidió a la actora plantear la presente litis fijándose un día unilateralmente, inicialmente frente a la herencia yacente de D<sup>a</sup> Salvadora y todos sus herederos.

Estamos ante una cláusula oscura, con dos contratos de la misma fecha, en el de D<sup>a</sup> Verónica indica que fueron pagadas las rentas a su madre hasta su fallecimiento, luego como indica la demandada-recurrente, se pudo ejercitar un retracto inter-vivos, o mortis causa cuando el 5 de junio de 2008 a su propia sociedad se le indica por D<sup>a</sup> Verónica que ella es propietaria del inmueble. A la cual se le tienen que pagar las rentas en lo sucesivo.

Por otra parte a la vista de las notificaciones efectuadas por D<sup>a</sup> Verónica los días 9 y 26 de junio de 2008 a los miembros de la comunidad hereditaria y el contador-partidor, requiriéndole para que no se repartiesen los bienes por ella comprados, entre otros el bajo litigioso, ya cuando conocía el **testamento** de su madre, que no podían desconocer tampoco los socios de Optifarma, máxime habiendo comparecido D. Obdulio como testigo en las medidas cautelares ya señaladas, debemos concluir aun de no aceptarse hipotéticamente la tesis que D<sup>a</sup> Salvadora no conociese lo que firmaba, que el retracto se presentó fuera de plazo, bien desde el 5 de junio de 2008, bien desde la homologación con acuerdo de las medidas cautelares de 22 de septiembre 2008, no presentándose la demanda hasta el 4 de marzo de 2009.

En definitiva, la carta remitida por Gestoría Calviño no aporta ningún elemento nuevo para saber contra quien plantear la demanda, tomando además en consideración que no había precio porque era una transmisión gratuita. La demanda se planteó, no tras la resolución definitiva del pleito que decidió la validez del **testamento** y la nulidad por simulación del contrato de compraventa del bajo, sino cuando se estimó oportuno buscando un "dies a quo" -día inicial- ficticio, donde se indica por la gestoría que los pagos realizados hasta entonces son válidos hasta esa fecha, pero a partir de ese momento tenía que ingresarse a nombre de la comunidad hereditaria.

Al margen ya de la interpretación restrictiva que efectuó el T.S. sobre la figura del retracto (dada su finalidad, en el de comuneros para evitar el excesivo fraccionamiento de la propiedad, al igual que el de colindantes), al interpretar el art. 25.3 de la LAU no exige notificación alguna, cuando aparezca probado que el arrendatario ha tenido pleno y exacto conocimiento de la venta, (véase la S.T.S. de 21 de noviembre 2016 -recurso nº 2464/2014-), máxime en un caso como el que nos ocupa con transmisión gratuito.

Lo expuesto conduce sin más argumentaciones a estimar el recurso articulado, ya siendo innecesario examinar el requisito de la consignación.

**Quinto.-** No se hace una especial imposición de costas en esta alzada, a tenor del art. 398 nº 2 de la LEC.

Las de la instancia son de preceptiva imposición a la actora.

## 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 1ª Instancia N° 8 de esta ciudad, y en su lugar dictamos otra por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones ejercitadas, no haciéndose una especial imposición de las costas de esta alzada. Las de la instancia se imponen a la actora.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS