

## **SAP de Bizkaia de 8 de febrero de 1999**

En Bilbao, a ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre de S.M. el Rey, por la autoridad que le concede la Constitución.

Vistos por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial en grado de apelación , los presentes autos de Juicio declarativo de Menor Cuantía nº 485/96, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia Número Siete de Bilbao y del que son partes como demandante DON Juan Ignacio , representado por la Procurador Sra. Urizar y dirigido por el Letrado Sr. De Vicente y como demandados DON Arturo Y DOÑA Olga , representados por la Procurador Sra. Gorriñobeascoa y dirigidos por el Letrado Sr. Gastaka; DOÑA Beatriz , en situación procesal de rebeldía; y DON Inocencio , representado por el Procurador Sra. González y dirigido por el Letrado Sr. García, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrado Doña LEONOR CUENCA GARCIA.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.-Por el Juzgador de primera instancia se dictó con fecha 14 de enero de 1.997 sentencia, cuya parte dispositiva dice literalmente : "FALLO: Que estimando la demanda promovida por Juan Ignacio representado por la Procuradora Sra. BEGOÑA URÍZAR ARANCIBIA Y Olga representados por la Procuradora Sra. ARANTZANE GORRIÑOBEASCOA ECHEVARRIA y, por otra parte, Inocencio representado por la Procuradora Sra. GONZÁLEZ COBREROS y Marcelina en situación procesal de rebeldía, declaro nula la escritura de compraventa otorgada entre los demandados de ambos grupos sobre la finca reseñada en el fundamento jurídico primero de esta resolución; declaro el preferente derecho de adquisición del demandante sobre la referida finca por el precio de 22.100.000 ptas.; y, una vez que el mismo deposite en la cuenta de este juzgado el referido importe, declaro la obligación de Arturo y Olga de otorgar escritura en favor del Registrador de la Propiedad nº 10 de los de Bilbao para que anule y deje sin efecto la inscripción en favor de Inocencio y Beatriz , sobre la finca de que se trata.-Se imponen a los demandados las costas de este procedimiento.-"

SEGUNDO.-Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Juan Ignacio y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previo emplazamiento de las partes . Personado en tiempo y forma el apelante se formó el rollo y la parte apelada, se siguió este recurso por sus trámites, durante la que se adhirió al recurso Inocencio.

TERCERO.-En el acto de la vista por la parte apelante se solicitó la estimación del recurso y la revocación parcial de la sentencia en el único punto referente a la valoración de la finca, interesando de la Sala se fije como justa valoración de la misma

la suma de 16.000.000 ptas, confirmándose el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

Por la parte adherida al recurso se interesó la desestimación del recurso formulado de contrario y la estimación de la adhesión, dictándose nueva resolución por lo que desestimándose la demanda, se le absuelva de los pedimentos de la misma; subsidiariamente solicitó la confirmación de la sentencia, salvo en el punto relativo a las costas, interesando no se haga especial pronunciamiento en cuanto a su imposición.

Por Arturo y Olga se interesa la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia, con imposición de costas a la recurrente.

Subsidiariamente interesa se impongan las costas a la parte actora.

Subsidiariamente a lo anterior interesa se condene al demandante a pagar las costas del procedimiento, más los daños y perjuicios que se determinen en ejecución de sentencia, en caso de que no ejercite su derecho de compra, con imposición de costas de ambas instancias y en todos los supuestos a la actora-recurrente.

CUARTO.-En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales, excepto el plazo para dictar esta sentencia por la atención a otras causas.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

PRIMERO.- Contra la resolución dictada en la instancia, convergen sendas pretensiones revocatorias, a saber:

a.- El recurso de apelación interpuesto por el demandante, Juan Ignacio, quien solicita la revocación parcial de la sentencia de instancia, en el sentido de modificar la cantidad establecida como justa valoración de los bienes objeto de saca foral, reduciéndola a la de 16.000.000 ptas., según se desprende del informe pericial del Sr. Aurelio , aclarado en esta alzada, al descontarse las mejoras y el mobiliario de cocina.

b.- La adhesión al recurso de apelación formulada en esta alzada al amparo del *art. 705 LEC* , por el demandado como comprador de bien troncal, Inocencio , quien solicita se desestime la demanda al entender que la acción ejercitada por el pariente tronquero al amparo del *art. 123 L.D.C. Foral* , se encuentra caducada, no sólo porque el actor conocía la compraventa, con anterioridad a la inscripción, sino también porque la acción se ha ejercitado pasados los tres meses establecidos en el citado precepto, pues la fecha de la inscripción registral a considerar es la del asiento de presentación (*art. 24 LH*), y no la de la inscripción misma.

En todo caso, estima que de confirmarse la sentencia de instancia, procede no se le impongan las costas de la instancia a los demandados, ya que la estimación de la demanda no ha sido íntegra, pues el precio fijado es superior al pretendido en los hechos del escrito de demanda (10.000.000 ptas.), al que la parte reconducía su pretensión de "justa valoración".

A estas pretensiones, y no a las formuladas por los apelados, también demandados en la instancia por su condición de vendedores, Arturo y Olga , en la vista en esta alzada que se recogen en el acta levantada al efecto, debe dar respuesta la presente resolución, por cuanto que tales son extemporáneas pues el momento procesal para discrepar e interesar la modificación de una sentencia dictada en un Juicio de Menor Cuantía, viene determinada legalmente, entre la notificación de la sentencia e interposición del recurso de apelación (*art. 702 LEC*) y el traslado a efectos de instrucción en esta alzada, durante el cual el apelado puede adherirse al recurso (*art. 705 LEC*), lo que no hicieron aquéllos.

SEGUNDO.- Delimitado el objeto de la presente resolución en el fundamento de Derecho precedente, su análisis exige tener en cuenta que el derecho ejercitado por la parte actora lo es el de "Saca Foral", cuyo alcance y contenido ha sido estudiado por la doctrina y la Jurisprudencia, siendo definido, en cuanto al que constituye objeto del presente proceso, como aquel derecho que el ordenamiento jurídico reconoce a determinadas personas (parientes tronqueros) en relación con determinados bienes (bienes troncales) de sacarlos, es decir de quitarlos de manos de un extraño que los ha adquirido por título oneroso, siempre y cuando no se cumplan los requisitos que para dicha transmisión se establecen, bien entendido que tal integra un derecho potestativo en el sentido de que no tiene porque ser ejercitado por aquél al que el ordenamiento se la reconoce (*art. 123 " podrá "*), y caso de hacerlo, deberá serlo en el plazo que se establece en el artículo 123 citado, transcurrido el cual la transmisión deviene inatacable.

La saca tiene como finalidad "la conservación de la raíz en el patrimonio del tronquero, consecuencia de ser la troncalidad una institución básica del Derecho foral vizcaíno, es de naturaleza compleja y está informando toda la estructura de éste, debiendo ser entendida e interpretada en la conjunción armónica de su diversas instituciones, y en su manifestación más directa consiste en la adscripción de determinados bienes raíces a la familia, para la que han recibido la condición de troncales, siendo esa vinculación no un fin en sí misma, sino un medio encaminado a obtener la mayor estabilidad económica de la familia troncal, por lo que la conservación del bien raíz en el patrimonio familiar, a través de su titular individual, no constituye una imposición legal para el pariente tronquero, sino una libre determinación de éste, y, por tanto, no es dable exigir al tronquero, cuando adquiere la raíz troncal, el propósito de conservarla en su patrimonio, pudiendo transmitirla en el tiempo y ocasión que mejor le convenga, siempre que, al verificarlo, guarde y respete el derecho de los otros tronqueros " (TSJPV S. 11 de Septiembre de 1.992).

Este derecho del pariente tronquero, se produce, entre otros supuestos, cuando se enajene el bien raíz, ya a un extraño ya un pariente tronquero de línea posterior a la de quien lo ejercita, sin previos llamamientos, esto es sin publicar su propósito de vender, para que pueda el pariente tronquero preferente manifestar su decisión de adquirir la finca a precio de hombres (*art. 116 y ss LDCF*), siempre y cuando no hubiera renunciado a tal derecho, de manera que su ejercicio produce un doble efecto, por un lado se declara la nulidad de la venta efectuada contraviniendo tal obligación, y por otro, como pronunciamiento indefectiblemente unido a tal declaración, el pariente tronquero debe instar que se le adjudique la raíz por su justa valoración.

Si éstos son los perfiles de esta institución es claro que presenta diferencias importantes con el retracto, pues por naturaleza tal conlleva el mantenimiento de la validez de la

enajenación, subrogándose el retrayente en la posición del adquirente, de suerte que debe adquirir el bien en el mismo precio y condiciones que éste, por lo que debe ser conocido plenamente el contenido del acto de transmisión antes de proceder a su ejercicio, y por ello la relación jurídica procesal, a diferencia del derecho de saca, basta con que se integre con el comprador, mientras que en éste derecho foral se exige que sean demandados ambos, comprador y vendedor (*art. 123 LDCF*).

Es por ello que el derecho de saca se ha estimado que da lugar a una nulidad del contrato especial, porque sólo es anulable a instancia de los parientes tronqueros, y el bien no retorna al vendedor ni se adquiere del comprador, sino que se produce la adjudicación directa al tronquero y no, necesariamente, por el precio abonado, sino por su justa valoración, condicionando su ejercicio a un plazo, cual es el de "tres meses desde la inscripción de el Registro de la Propiedad o en su defecto, desde que tal conocimiento de la enajenación". Plazo que es de caducidad, cuyo transcurso es apreciable de oficio y no es susceptible de interrupción, que la Sala al igual que el Juzgador a quo estima no se había superado, cuando el demandante, a quien esta alzada no se cuestiona su cualidad de pariente tronquero preferente ni la cualidad de troncal del bien vendido, presenta la demanda en ejercicio de este derecho el día 22 de Julio de 1.996.

Y ello, porque en tal momento no había transcurrido aún el plazo de tres meses, a contar desde la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad, ya que la fecha a considerar como de la inscripción no es la del asiento de presentación, sino la de la inscripción misma, el día 23 de Abril de 1.996 (certificación del Registro de la Propiedad f. 189 y ss), pues aunque es cierto que a tenor del *art. 9 LH* y sus concordantes del Reglamento Hipotecario, en el asiento de inscripción, que es un asiento principal, definitivo y de carácter positivo que se practica en el libro de inscripciones, y en el que se hace constar de un modo completo la constitución, transmisión o modificación de un derecho real inmobiliario, se hace constar no sólo la fecha de la inscripción misma sino también la de presentación del título en el Registro, entendiéndose que a todos los efectos ésta como fecha de la inscripción (*art. 17,24 y 25 LH*, principio registral de prioridad), ello no quiere decir que en el ejercicio del presente derecho de saca foral, sea la fecha del asiento de presentación la que debe considerarse como inicio del cómputo del plazo de caducidad, por cuanto que aunque tal clase de asiento es preparatorio del asiento principal y está dotado de importantes efectos, cerrando el Registro a todo título que se oponga o sea incompatible con uno ya inscrito de fecha igual o anterior, siendo susceptible de conocimiento por cualquiera que tenga interés (*art. 230 LH y 345 RH*), lo cierto es que su contenido está limitado y no supone la constancia del dato esencial al efecto del ejercicio del derecho de saca foral, cual es la realización o no de llamamientos forales, requisitos que ineludiblemente debe constar en la inscripción, por imperativo no sólo del *art. 122 LCDF* sino también del *art. 9 LH y 51, 52 RH y art. 37 L H* por cuanto que puede perjudicar a terceros y no, necesariamente, debe indicarse en el asiento de presentación, conforme establece el *art. 249 LH*; de ahí que deba ser la fecha a computar la de la efectiva inscripción, del mismo modo que ocurre, cuando nos encontramos ante un retracto en el que el conocimiento de las condiciones de la venta es esencial, no así en el derecho de saca donde lo esencial es conocer la existencia o no de llamamientos y no del precio, (T.S. 1ª S. 1 de Julio de 1.959, 20 de Noviembre de 1.964, 21 de Julio de 1.993, entre otras).

A idéntica conclusión se llega también desde la propia dicción de los *art. 122 y 123 LCDF* que emplea la expresión "desde la inscripción".

Si esto así, tampoco puede considerarse a la vista de la prueba practicada que el demandante tuviera conocimiento, antes de la inscripción registral, de la enajenación de la raíz, de la persona del adquirente y de su título, junto con la ausencia de llamamientos forales, por cuanto que por él negado no cabe presumir su conocimiento, como bien razona el Juzgador a quo en el fundamento de Derecho segundo y tercero de su resolución, que se asume en evitación de inútiles reiteraciones, pues lo determinante es "el conocimiento de la venta"(Art. 123) y no la intención de vender que puede no materializarse (pensemos en anuncios que no dan lugar a ventas efectivas).Conocimiento en modo alguno probado, pues la alegación de los demandados de que trabaja cerca de la casa vendida y que, por ello, pudo observar las obras, no solo no la corroboran los testigos (pregunta nº 6, f. 219 y ss), sino que tal negocio, Industrias Carrocerías de Zamudio, S.A., figura dado de baja en IAE desde Noviembre de 1.991 (Oficio de Hacienda, f. 152).

Lo expuesto, supone que la acción ejercitada por Juan Ignacio el día 22 de Julio de 1.996 no estaba caducada, lo que conlleva la desestimación de la adhesión en este punto.

TERCERO.- Si el derecho de saca foral se ejercitó en plazo y la relación jurídico procesal está correctamente constituida al estar demandados, el vendedor y el comprador, y se insta no sólo la nulidad de la compraventa sino también la adjudicación del bien al pariente tronquero por su justa valoración, debemos, entonces cuestionarnos, si como pretende la parte apelante la valoración que establece el Juzgador a quo de 22.100.000 ptas., conforme al dictamen pericial Don. Aurelio , es correcta, o no, y si así no lo fuere, tal sería el precio efectivamente pagado, que a su vez se infiere del dictamen, de 16.000.000 ptas.

Y así, la solución al presente conflicto supone tener en cuenta que el derecho de saca no es un retracto en el que el retrayente se subroga en la posición del retraído (comprador), por lo que ninguna transcendencia tiene ni el precio consignado en el contrato privado de renta, o en la escritura pública, ni el realmente pagado por el comprador al vendedor, el cual sólo tiene relevancia en el marco de las relaciones internas entre ambos y de modo especial para el derecho de cobro preferente que se le concede frente a otros acreedores del vendedor en el *art. 123 LCDF* , sino que estamos ante una venta nula en la que por virtud de disposición legal, no vuelve el bien que debe devolver el comprador, al vendedor sino a pariente tronquero, quien deberá consignar en el Juzgado el precio en el que se valora, lo que supone al margen del valor que las partes hayan dado al bien, que lo determinante es el " valor real ", imponiendo las normas generales de la nulidad de los contratos previstas en el C. Civil (art. 130 y 22), supletorias del Derecho foral, que se tenga en cuenta que el comprador ha podido realizar en el bien mejoras que hayan redundado en un incrementos de su valor, sin que pueda desdeñarse tal actuación, y que, en tal caso, nos encontramos ante un poseedor en el que cabe presumir que lo es de buena fe, pues ha comprado de quien era titular registral, confiado en la actuación notarial y el deber que al Notario le impone el *art. 122 LCDF* , no probándose que, en el presente caso, lo sea de mala fe frente a la presunción establecida en el *art. 433 del Código Civil* .

Es por ello, que frente al precio real pagado de 16.000.000 ptas., y el escriturado de 10.000.000 ptas. (doc. nº 1 y 2 contestación Sr. Marcelina y nº 1 contestación Sr. Juan Ignacio), desconociendo si era el adecuado o no entonces, lo importante sea determinar en este momento, cuando el actor ejercita su derecho de saca, cual es el valor real del bien, para que por su compra no pueda darse un enriquecimiento injusto, al margen de las eventuales reclamaciones entre vendedor y comprador, deduciéndose de la prueba documental aportada con la contestación (f. 69 y ss), y de modo especial de la prueba pericial (informe Don. Aurelio f. 249 y ss) aclarado en esta alzada, que en la vivienda se han realizado obras con las que ha mejorado su estado y valor, y que no pueden separarse de la misma, sin evidente menoscabo del bien (*art. 453 C. Civil*), y ello aunque el perito admita que desconoce el estado anterior de la vivienda, pues ya en el informe pericial preciso para la concesión del préstamo hipotecario, se hacía referencia a su necesidad de rehabilitación (doc. nº 3 contestación no impugnado).

Obras que han producido un incremento de valor del bien, que es injusto que no abone quien lo compra, pues lo recibirá en buen estado, no pudiendo desglosarse del bien (los suelos, pintura y ventanas...) sin claro deterioro, concepto en el que la Sala considera debe incluirse también el mobiliario de cocina hecho a medida, pues si bien es físicamente separable del lugar donde está ubicado, su utilidad decae por su propio carácter de ser muebles a medida y encajados en la cocina, no pudiendo entenderse a la vista de la documentación y del informe que estamos ante mejoras de puro lujo o recreo (*art. 454 C. Civil*) y sí ante gastos necesarios y útiles (*art. 453 C. Civil*); de modo que si esa cantidad de 22.100.000 ptas. es la que, según el dictamen pericial, se corresponde con la justa valoración del bien troncal, tal será el importe que el pariente tronquero deberá consignar y abonar, pues en este momento y en el estado actual de la vivienda es cuando la adquiere, no pudiendo la Sala por virtud del principio de congruencia, pues ello no ha sido cuestión debatida, a quien, de qué modo y sobre qué importes debe darse tal pago en relación con los demandados, pues al margen del procedimiento incidental entre vendedor y comprador que es susceptible de planteamiento en la fase de ejecución de sentencia, conforme del párrafo final del art. 123 citado, para solventar los posibles daños y perjuicios de su relación fallida, ha de estarse a lo acordado en la parte dispositiva de la sentencia de instancia, en lo que de la misma no se ha cuestionado en esta alzada, deviniendo firme en ello.

Lo expuesto, conlleva la desestimación del recurso de apelación.

CUARTO.- Como motivo subsidiario de su adhesión, Inocencio, interesa la revocación parcial de la sentencia en la imposición de las costas que en ella se realiza al entender que la estimación de la demanda no es total, sino parcial por cuanto que la justa valoración no se corresponde con la pretendida por el actor.

Pretensión que no debe ser estimada, pues es evidente que el suplico de la demanda, es íntegramente acogido tal y como se formuló, al solicitarse en él que se declarara la nulidad de la venta, y su derecho de adquisición preferente previa consignación de la cantidad que resulta de "la justa valoración" (f. 22), sin hacer referencia a importe alguno, no puede colegirse que el valor pretendido de tal lo era el de 10.000.000 ptas., por la sola circunstancia de que en el hecho tercero del escrito de demanda se aluda a tal cantidad como importe del precio de la compraventa que consta en escrituras, y ello aunque en el fundamento de derecho cuarto apartado d) lo considera justo por ser el real, pues la pretensión ciertamente ejercitada, y la que se estima o desestima es la

planteada en el suplico de la demanda al que por respeto al principio de congruencia deben responder los Tribunales; y ello aunque, luego en la alzada se discrepe del importe de tal valoración, siendo, por ello, coherente la imposición de costas con lo dispuesto en el *art. 523 LEC* , no existiendo razones que justifiquen los pronunciamientos diversos.

QUINTO.- En relación con las costas procesales de esta alzada, dado la desestimación del recurso de apelación y de la adhesión, procede su imposición, respectivamente, a la parte apelante y adherida (*art. 710 LEC*)

VISTOS los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación.

### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Urizar, en nombre y representación de Juan Ignacio , y la adhesión al mismo formulada por la Procuradora Sra. González, en nombre y representación de Inocencio , contra la sentencia dictada el día 14 de Enero de 1.997 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia N° 7 de Bilbao en el Juicio declarativo de Menor Cuantía nº 485/96 a que este rollo se refiere; debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa imposición al apelante y adherido de las costas causadas en esta alzada, respectivamente, por su recurso y adhesión Devuélvase los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia, para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.