

Id Cendoj: 28079110012009100163
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1566/2005
 Nº de Resolución: 198/2009
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x RETRACTO DE COMUNEROS x
- x PLAZO (RETRACTO LEGAL) x

Resumen:

El retracto como derecho de adquisición preferente no entra en juego sino después de que la cosa haya sido enajenada, esto es, transmitida a un tercero, siendo los conceptos de enajenación (o transmisión) y de correlativa adquisición de la cosa determinantes tanto para el ejercicio del derecho de retracto como para la fijación del inicio del plazo de caducidad. La venta ha de ser consumada y no meramente perfeccionada y se requiere un conocimiento por el retrayente 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. En los casos de venta judicial en pública subasta, aunque la perfección se produzca con el acto de la subasta y aprobación del remate, lo relevante es la consumación de la venta pues sólo entonces se producen los efectos traslativos de dominio que dicha consumación lleva aparejada, lo cual acontece cuando se adjudica al adquirente el bien subastado, esto es, en el momento en que se dicta auto de adjudicación, siendo la fecha de este auto el instante a tomar en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción, fijado en nueve días, salvo que se desconozca, en cuyo caso habrá de estarse a la fecha en que se libra testimonio y se notifica al retrayente.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, recurso de casación número 1566/2005 contra la sentencia de fecha 15 de marzo de 2005, dictada en grado de apelación, rollo 229/04, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, dimanante de autos de juicio ordinario nº 615/02, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Majadahonda, recurso que fue interpuesto por Doña Aurora , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales Doña Pilar Huerta Camarero, siendo parte recurrida TEJAS VIEJAS DE MADRID, S.A., que ha comparecido a través del Procurador Don Evencio Conde de Gregorio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de los de Majadahonda, conoció el juicio ordinario de retracto nº 615/02 -M, seguido a instancia de "Tejas Viejas de Madrid, S.A." contra Dª Aurora .

Por la representación procesal de "Tejas Viejas de Madrid, S.A." se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...se dicte en su día sentencia por la que se declare haber lugar al retracto del bien a que se refiere la presente demanda, se condene a dicha demandada a otorgar a la actora escritura de retroventa, y si así no lo hace, podrá ser otorgada de oficio por el Juzgado dicha escritura; condenando, en todo caso, a dicha parte demandada a estar y a pasar por dicha resolución e imponiéndoles las costas procesales."

Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, se contestó la

misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "...con estimación de las excepciones y hechos alegados, acuerde dictar en su día sentencia, previo los trámites de Ley, en la que se desestime la demanda de retracto interpuesta contra mi representada; y todo ello con expresa imposición de costas a la demandante."

Con fecha 4 de noviembre de 2003, el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice: "Desestimar la demanda formulada por la representación procesal de Tejas Viejas de Madrid, S.A. contra Doña Aurora , absolviendo a la referida demandada de cuantos pedimentos se contienen en el suplico de la demanda. Con expresa imposición de costas a la parte actora."

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia en fecha 15 de marzo de 2005 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Tejas Viejas de Madrid S.A., representada por el Procurador don Evencio Conde de Gregorio, contra la sentencia dictada en fecha 4 de noviembre de 2003 por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Majadahonda (juicio ordinario 615/02), debemos revocar como revocamos dicha resolución para, estimando la demanda de retracto formulada por Tejas Viejas de Madrid S.A., contra doña Aurora , declarar como declaramos haber lugar al retracto de la mitad indivisa de la finca registral número NUM000 , inscrita en el Registro de la propiedad número 1 de los de Pozuelo de Alarcón, vivienda sita en esta última localidad, CALLE000 número NUM001 , piso NUM002 , letra NUM003 , y condenar como condenamos a la demandada a que otorgue a favor de la actora escritura pública de retroventa y si no lo hace podrá ser otorgada de oficio por el juzgado, debiendo abonar la actora a la demandada el precio ya consignado y los gastos y pagos legítimos que procedan, incluido el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y de actos jurídicos documentados satisfecho por la demandada, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias."

TERCERO .- Por la Procurador Sra. Huerta Camarero, en nombre y representación de D^a Aurora , se presentó escrito de preparación del recurso de casación y posteriormente de formalización ante la Audiencia Provincial de Madrid, con apoyo procesal en el siguiente motivo por infracción procesal:

Único : "Por infracción de lo dispuesto en el artículo 218.2 de la LEC ".

Y por los siguientes motivos de casación:

Primero : Infracción del *art. 1524 del Código Civil* , en relación con el *art. 670.1 de la LEC* , según doctrina contenida en las sentencias que se citan".

Segundo : "La sentencia recurrida infringe el *art. 1524 del Código Civil* , según la vigente redacción de los *arts. 674 y 670.6 y 7 de la LEC 2000* , en relación con el *art. 107.12 de la LH* y la doctrina contenida en el motivo anterior".

Tercero : "La sentencia recurrida infringe el *art. 1524 del Código Civil* , en relación con el *art. 11.2 de la LOPJ* y la doctrina contenida en las sentencias que se citan".

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a este Tribunal Supremo y personadas las partes, por Auto de esta Sala de fecha 17 de junio de 2008 , se admite a trámite el recurso y evacuado el traslado conferido, por la representación procesal de la parte recurrida, se presentó escrito de oposición al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado, por todas las partes personadas, la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar, para la votación y fallo del presente recurso, el día cuarto de marzo del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como datos necesarios para el estudio del actual recurso de casación hay que tener en cuenta lo siguiente.

Con fecha 9 de octubre de 2002 la entidad "Tejas Viejas de Madrid, S.A.", actual parte recurrida, dedujo demanda de juicio ordinario contra la hoy recurrente, Aurora , en ejercicio de una acción de retracto legal de comunero que fundaba, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) que la referida mercantil era dueña de la mitad indivisa de la finca registral número NUM000 , inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Pozuelo de Alarcón, y correspondiente a la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM001 , piso NUM002 , Letra NUM003 , de dicha localidad.

b) que la otra mitad indivisa, propiedad del matrimonio formado por Patricia (hija del dueño de la entidad demandante, Bernardo), fallecida el 4 de mayo de 1996 y Carlos Manuel , había sido subastada con fecha 20 de febrero de 2001 en el procedimiento ejecutivo 755/95 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Majadahonda a instancias del Banco Central Hispano, dictándose Auto de adjudicación con fecha 30 de octubre de 2002 a favor de la demandada.

c) que la vivienda enajenada había sido, desde su nacimiento, el domicilio de los hijos del referido matrimonio, a la sazón nietos del propietario de la empresa retrayente, siendo voluntad de la retrayente evitar que la cosa común saliera de ese círculo familiar.

En base a estos hechos, y entendiendo que se encontraba en plazo, la actora, como condueña de la finca enajenada, ejercitaba la acción de retracto legal prevista por la ley en los *artículos 1521 y siguientes del Código Civil* , consignando a tal efecto en la cuenta del Juzgado el precio de la finca a retraer consistente en 17.150.000 pesetas (105.177,12 euros) y una cantidad 500.000 pesetas (3000 euros) como garantía y compromiso formal de abonar cuantos cualesquiera otros gastos y pagos legítimos pudieran ser acreditados por la demandada.

En su contestación la demandada opuso, esencialmente, la caducidad de la acción instada por haber transcurrido ampliamente el plazo de 9 días contemplado en la ley. Defendía que dicho plazo no debía computarse desde la fecha del auto de adjudicación sino desde la fecha en que la actora tuvo perfecto conocimiento de la subasta, esto es, desde el 18 de abril de 2001, fecha del escrito instando la nulidad de actuaciones del ejecutivo 755/95 en el cual la mercantil reconocía haber tenido conocimiento de la "salida a pública subasta" de la mitad indivisa de la finca objeto de retracto.

El Juzgado acogió la tesis de la demandada y desestimó la acción promovida, por extemporánea, al entender que el *dies a quo* del plazo de 9 días debía situarse, al menos, en el día 18 de abril de 2001, fecha "en que la actora exteriorizó el cabal conocimiento que tenía de las circunstancias de la transmisión". Explicaba la sentencia (fundamento jurídico Tercero) que, celebrada la subasta el 27 de marzo de 2001 , y adjudicada la finca por Auto de 30 de septiembre de 2002 , no podía estarse a esta última fecha a la hora de fijar el *dies a quo* del plazo de caducidad sino que debía estarse a tal efecto al día 18 de abril de 2001, que fue cuando Bernardo y Carlos Manuel -el primero en su propio nombre y como legal representante de la mercantil "Tejas Viejas de Madrid, S. A.", y el segundo como defensor judicial de sus hijos, nietos del primero- presentaron solicitud de incidente de nulidad del ejecutivo en el que la subasta se insertaba admitiendo el conocimiento de la "salida" en pública subasta de la mitad indivisa de la finca. Que a esas alturas -18 de abril de 2001-, bastante antes del auto de adjudicación, la actora ya tenía perfecto conocimiento de la venta y condiciones en que la misma se había realizado explicaba además que en la demanda iniciadora del presente pleito se dieran datos sobre la subasta a pesar de que el auto de adjudicación fue notificado a las partes el 10 de octubre de 2002 , un día después de la fecha en que aquella tuvo entrada en Decanato.

La Audiencia estimó el recurso de la demandante, revocó la sentencia impugnada y acogió por completo la demanda y la acción de retracto en ella ejercitada, condenando a la demandada a otorgar escritura pública de retroventa, con el apercibimiento de que, de no hacerlo, se haría de oficio por el juzgado. Para la Sala de apelación, la actual dirección jurisprudencial, plasmada en Sentencias de este Tribunal de 7 de diciembre de 1998 y 28 de octubre de 1999 , acaba con la polémica hasta ahora existente en torno al momento inicial del plazo de caducidad de las acciones de retracto legal, sentando la regla general de que el derecho no nace sino cuando se produce el efecto real traslativo de dominio, esto es, no al perfeccionarse sino al consumarse la venta. Y tratándose de ventas en pública subasta, como la de autos, sin perjuicio de que la venta se perfeccione con la celebración de la pública subasta, lo que importa es la consumación, que tiene lugar según constante jurisprudencia con el auto judicial de aprobación del remate y adjudicación de los bienes al rematante, en cuanto dicho auto tiene la consideración de "traditio" instrumental, de análoga función a la cumplida por la escritura pública en la venta convencional. En conclusión, como la demanda se presenta antes de agotarse el plazo de nueve días contados desde el auto de adjudicación, entiende el tribunal que no está caducada.

SEGUNDO.- Frente a esta Sentencia se alza en casación un recurso cuyo objeto de enjuiciamiento se plantea por interés casacional en base al *artículo 477-2-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , en la modalidad de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y versa, como único punto o cuestión

controvertida, sobre el día inicial o *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de 9 días previsto por la ley en el *artículo 1524 del Código Civil* para el ejercicio de la acción de retracto. Todo ello a través de tres motivos.

El primero denuncia la infracción del *artículo 1524 del Código Civil*, en relación con los *artículos 670.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, según doctrina contenida en las sentencias de esta Sala Primera de 20 de noviembre de 1958, 5 de mayo de 1972, 8 de junio de 1995, 11 de julio de 1992 y 30 de octubre de 1990.

Plantea en este primer motivo la recurrente la necesidad de tomar en consideración, como día inicial del plazo de caducidad de 9 días, aquel en que el retrayente tuvo conocimiento de todas las condiciones de la venta, hecho que, a su juicio, tuvo lugar el mismo día en que se celebró la subasta, 27 de marzo de 2001, toda vez que en el mismo día o al siguiente, según el *artículo 670.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* el órgano judicial tiene que aprobar el remate, constituyendo el auto de aprobación del remate el modo, que, junto al título, produce los efectos traslativos del dominio de la cosa vendida.

El segundo de los motivos invoca de nuevo como infringido el *artículo 1524 del Código Civil*, en unión, esta vez, de los *artículos 674 y 670.6 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, según vigente redacción, del 107.12 de la Ley Hipotecaria y de la doctrina contenida en el motivo anterior.

La tesis de la parte recurrente se resume en lo siguiente: al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil no hay que estar a la remisión del testimonio del auto de adjudicación para fijar el comienzo del plazo de caducidad, pues la nueva normativa procesal, en concordancia con lo dispuesto en el *artículo 107.12 de la Ley Hipotecaria*, considera el auto de aprobación de remate como el momento en que opera la mutación jurídico real, posibilitando que el rematante pueda incluso hipotecar los bienes adquiridos en subasta. Además, de aceptarse la postura de que los efectos traslativos sólo se producen a partir de la remisión del testimonio de adjudicación, resultaría que este presupuesto no se daría en el caso de autos, pues la entidad retrayente presentó demanda el día anterior a la notificación.

El tercer y último motivo se funda de nuevo en la violación del *artículo 1524 del Código Civil*, en relación con el 11. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y con la doctrina contenida en la Sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 2002.

Considera la recurrente que, en el presente caso, como en el analizado por la sentencia que cita, "no se está ante un supuesto de ejercicio o no de la acción de retracto dentro del plazo legal sino ante un supuesto de ejercicio de una acción todavía no nacida y por tanto, de inexistencia de la misma, al no haberse consumado el contrato de compraventa", consumación de la que depende el nacimiento de la acción, debiéndose, en consecuencia, apreciar de oficio la falta de legitimación "ad causam", con estimación del recurso y anulación de la sentencia recurrida. Se alude al *Art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* para dejar constancia del fraude procesal que supone ejercitar una acción aún no nacida.

Dado que los tres motivos aducen la existencia de interés casacional con relación a la infracción del mismo precepto sustantivo, en concreto el *artículo 1524 del Código Civil* que regula el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de retracto legal de comuneros, resulta conveniente el examen conjunto de todos ellos.

Dichos tres motivos de consuno estudiados deben ser desestimados.

El retracto legal, como derecho que tiene una persona para subrogarse en el lugar del que adquiere y en sus mismas condiciones, constituye un auténtico límite que el ordenamiento jurídico impone al derecho de propiedad, constriñendo el poder de disposición que, de ordinario, corresponde al dueño de la cosa, estableciendo una preferencia a favor de determinadas personas para adquirir aquella en caso de que tenga lugar su enajenación. De lo dicho se desprende que tal derecho de adquisición preferente no entra en juego sino después de que la cosa haya sido enajenada, esto es, transmitida a un tercero, siendo los conceptos de enajenación (o transmisión) y de correlativa adquisición de la cosa determinantes tanto para el ejercicio del derecho de retracto como para la fijación del inicio del plazo de caducidad contemplado específicamente en el *artículo 1524 del Código Civil* respecto del retracto legal de comuneros -Sentencia de 14 de diciembre de 2007, con cita de la de 9 de marzo de 1999, admitiéndose el retracto respecto de enajenaciones hechas en pública subasta judicial, pues, precisamente en un supuesto de retracto legal de comuneros, recuerda la Sentencia de 25 de mayo de 2007, haciéndose eco de lo dicho en la de 8 de junio de 1995, que no existen razones para limitar el retracto a las adquisiciones derivadas de compraventa, con rechazo de las efectuadas en el curso de una subasta judicial, «no sólo porque estas segundas ofrezcan respecto a las primeras notoria semejanza, sino debido, principalmente, a la correlación substancial que existe entre los

efectos y consecuencias de las adquisiciones verificadas por uno u otro mecanismo»).

En línea con lo mencionado es necesario aclarar que 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. De este modo, en las transmisiones de bienes a través de contrato de compraventa, aunque el contrato se perfeccione al concurrir el consentimiento de las partes sobre la cosa objeto del mismo y el precio según el *artículo 1450 del Código Civil*, lo relevante a efectos de determinar cuándo nace el derecho de retracto y cuándo puede ejercitarse la acción por el retrayente es que la adquisición de lo comprado no tiene lugar sino cuando a ese título se le une el modo o tradición consistente en la entrega de la cosa del vendedor al comprador (en nuestro sistema, hasta el momento en que se produce la entrega de la cosa, el contrato sólo produce efectos de índole obligacional entre las partes), incluso de forma simbólica - *traditio ficta*- con otorgamiento de escritura pública según el *artículo 1462.2º del Código Civil*. Y de igual forma, en los casos de venta judicial en pública subasta, aunque la perfección se produzca con el acto de la subasta y aprobación del remate, lo relevante será la consumación de la venta pues sólo entonces se producen los efectos traslativos de dominio que dicha consumación lleva aparejada, lo cual acontece cuando se adjudica al adquirente el bien subastado, esto es, en el momento en que se dicta auto de adjudicación, siendo la fecha de este auto el instante a tomar en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción, fijado en 9 días, salvo que se desconozca, en cuyo caso habrá de estarse a la fecha en que se libra testimonio y se notifica al retrayente. En tal sentido se ha pronunciado esta Sala de forma concluyente en sus dos últimas sentencias sobre la cuestión, de 14 de diciembre de 2007 y 14 de julio de 2008, confirmando ésta última la doctrina, que ahora se reitera, de que en casos de transmisiones en subasta judicial, el *dies a quo* es el día en que el retrayente ha tenido conocimiento pleno de la venta y sus condiciones, lo que no tiene lugar con la subasta sino con el auto de adjudicación, siendo la fecha de este la que debe tomarse en cuenta como día inicial del cómputo a no ser que el retrayente desconozca su existencia, en cuyo caso el plazo comenzará a partir del día siguiente a su notificación.

En relación con el único punto litigioso que se trae ahora a casación, constituye *ratio decidendi* de la sentencia de segunda instancia que la acción no estaba caducada por interponerse la demanda antes de que se agotara el plazo de nueve días que contempla la ley, plazo que el tribunal de apelación computa desde el auto de adjudicación. La sentencia sienta como hechos probados (fundamento jurídico Segundo) que el auto de adjudicación se dictó el 30 de septiembre de 2002 y que la demanda se presentó el 8 de octubre de ese mismo año, dentro, por tanto, de los nueve días siguientes, siendo irrelevante para el tribunal de instancia que la notificación no tuviera lugar sino hasta el 9 de octubre de 2002.

En conclusión, se rechazan los tres motivos del recurso, como ya se ha dicho, por resultar inexistente el interés que se invoca, en la medida en que la sentencia de la Audiencia es conforme con la doctrina de esta Sala que ahora se reitera, que sienta que en las ventas en pública subasta el *dies a quo* para el comienzo del plazo de caducidad de la acción de retracto a que se refiere el *artículo 1524 del C.C.* se corresponde con el del auto de adjudicación, por ser el momento en que la venta queda consumada.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 398.1 en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación formulado por doña Aurora contra la sentencia de 15 de marzo de 2005, dictada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid

2º.- Imponer el pago de costas causadas en este recurso a dicha parte recurrente.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Vicente Luis Montés Penadés.- Encarnación Roca Trías.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sierra Gil de la Cuesta**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.