



Roj: **SAP M 5710/2018 - ECLI: ES:APM:2018:5710**

Id Cendoj: **28079370212018100121**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **21**

Fecha: **17/04/2018**

Nº de Recurso: **210/2017**

Nº de Resolución: **127/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoprimera

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035

Tfno.: 914933872/73,3872

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0172057

Recurso de Apelación 210/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 58 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1149/2015

APELANTE: D./Dña. Severiano

PROCURADOR D./Dña. PABLO JOSE TRUJILLO CASTELLANO

APELADO: D./Dña. Natividad y D./Dña. Augusto

PROCURADOR D./Dña. MARIA ISABEL SALAMANCA ALVARO

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos. Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL

D. RAMÓN BELO GONZÁLEZ

Dª. ALMUDENA CÁNOVAS DEL CASTILLO PASCUAL

JD

En Madrid, a diecisiete de abril de dos mil dieciocho. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 1149/2015 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 58 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como Apelante-Demandante: D. Severiano , y de otra, como Apelados-Demandados: D. Augusto y Dña. Natividad .

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. DON GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.



PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 58 de Madrid, en fecha de 22 de septiembre de 2016, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimo la demanda presentada por el Procurador Pablo José Trujillo Castellano, en representación de Severiano , frente a Augusto y Natividad , con imposición al demandante de las costas causadas en esta instancia".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del que se dio traslado a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 24 de mayo de 2017, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 10 de abril de 2018.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita en el presente proceso una acción de retracto de comuneros establecida en el artículo 1522 del Código Civil por D. Severiano contra D. Augusto y Dña. Natividad .

Constan como titulares del pleno dominio de la finca NUM000 del Registro de la Propiedad nº 34 de Madrid, Dña. Enma y el demandante D. Severiano , por mitades partes prodivisas y carácter privativo, a título de herencia.

La finca registral es la vivienda situada en planta NUM001 , mano DIRECCION000 subiendo, DIRECCION001 , letra NUM002 , de la casa en Madrid, PASEO000 NUM003 , con una superficie total construida aproximada de 71 metros 90 decímetros cuadrados, finca registral NUM004 , que había pasado a ser la NUM000 por la división del Registro de la Propiedad en secciones.

La mitad indivisa de la finca titularidad de Dña. Enma se hallaba gravada con una hipoteca a favor de Avances de Valores Operativos SL en garantía del pago de dos letras de cambio, por importes de 45.000 euros y 20.000 euros, constituyéndose la hipoteca a favor del tenedor de las letras en escritura pública de uno de julio de 2011, que había causado la inscripción registral cuarta de fecha uno de agosto de 2011; apareciendo en el Registro de la Propiedad la existencia del procedimiento de ejecución hipotecaria 621/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid a instancia de D. Augusto .

En el referido procedimiento de ejecución hipotecaria se tuvo por comparecido a D. Severiano por diligencia de ordenación de 11 de febrero de 2013. El acta de la subasta desierta es de fecha 4 de abril de 2013, y por escrito de D. Augusto presentado el 26 de junio de 2015 se solicitó la adjudicación del inmueble subastado por el 70% del tipo de subasta, equivalente a 49.000 euros.

Por decreto de 29 de julio de 2015, el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid adjudica al ejecutante D. Augusto , casado en régimen de gananciales con Dña. Natividad , la mitad indivisa de la finca hipotecada por precio de 49.000 euros, concediéndose al ejecutante un plazo de cuarenta días a fin de que pudiera ceder el remate a un tercero en la forma establecida en el artículo 647.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; decreto notificado a D. Severiano el 31 de julio de 2015.

Por diligencia de ordenación de 21 de septiembre de 2015 se acordó expedir testimonio del decreto de adjudicación que sirviese de título suficiente para inscribir su derecho, así como mandamiento de cancelación de cargas.

Por nueva diligencia de ordenación de 5 de noviembre de 2015 se acordó que no procedía la solicitud de cesión de remate según el artículo 30.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Esta diligencia de ordenación fue recurrida en reposición por D. Augusto y Dña. Natividad , siendo desestimado el recurso de reposición por decreto de 14 de diciembre de 2015, que confirmó la diligencia de ordenación, interponiendo aquellos recurso de revisión contra el anterior decreto, recurso de revisión que no se admitió a trámite en la diligencia de ordenación de 27 de enero de 2016. Contra esta última diligencia de ordenación volvieron a formular recurso de reposición D. Augusto y Dña. Natividad , que fue desestimado por decreto de 26 de abril de 2016, que confirmó la diligencia de ordenación impugnada; habiéndose promovido por los mencionados recurrentes una solicitud de nulidad de actuaciones respecto a la inadmisión del recurso de revisión formulado.

La demanda de retracto se presenta el 7 de agosto de 2015 en solicitud de que se declare haber lugar al ejercicio del derecho de retracto, declarándose debidamente ejercitado, y correspondiendo al demandante la titularidad de la cuota indivisa de la finca litigiosa adjudicada a los demandados, y se ordene la expedición de los documentos necesarios para la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad.



La sentencia dictada por el Juzgado, cuya completa parte dispositiva se recoge en los antecedentes de esta resolución, desestima la demanda al entender que la acción de retracto se había ejercitado fuera de plazo; sentencia que ha sido recurrida en apelación por la parte demandante.

SEGUNDO.- Dispone el artículo 1522 del Código Civil que "El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común".

Y el artículo 1524 del mismo cuerpo legal que "No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. El retracto de comuneros excluye el de colindantes".

Como expresa la sentencia recurrida, para que pueda darse el retracto de comuneros es preciso que la venta se haya consumado, y el plazo para su ejercicio establecido en el artículo 1524 del Código Civil solo empieza a transcurrir desde que el retrayente hubiera tenido un conocimiento cabal y completo de la venta consumada, fijándose como momento en todo caso definitivo para iniciar el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad.

La sentencia impugnada también entiende correctamente que no se discute hoy la posibilidad del ejercicio del derecho de retracto legal en los casos de venta en pública subasta.

Declara en esta sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009 que "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."

Y en similares términos expresa la sentencia del Alto Tribunal de uno de abril de 2009 que "Conviene precisar la doctrina de esta Sala en orden a la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de retracto legal, en caso de falta de inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad; o bien, que no es el caso presente, sobre el conocimiento anterior a la inscripción.

Se exige, para que se considere que ha empezado el cómputo de los nueve días, que se pruebe un *conocimiento completo, cumplido y cabal que abarque no sólo al hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión* (sentencia de 8 de junio de 1995, que cita muchísimas anteriores, desde 1942), lo que se reitera posteriormente: es precisa la constancia del conocimiento de la *consumación de la compraventa* (sentencia de 7 de diciembre de 1998), *constancia de un conocimiento completo de la transmisión, que incluye todos los pactos y condiciones* (sentencia de 20 de octubre de 2005), *completo conocimiento de la transmisión* (sentencia de 25 de mayo de 2007); negándose que el *dies a quo sea el simple conocimiento de la celebración de la subasta sino el completo conocimiento de la venta* (sentencia de 14 de diciembre de 2007), *en caso de subasta judicial, sólo si consta el conocimiento de la transmisión -aprobación judicial del remate y adjudicación al rematante- será éste el dies a quo* (sentencia de 26 de febrero de 2009); esta última, como más reciente, resume la doctrina de la sala en estos términos: "*El artículo 1524 parece claro respecto al dies a quo del retracto legal: la inscripción en el Registro de la Propiedad o, sólo en su defecto, si no se produce la inscripción, es desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. La jurisprudencia ha matizado que si antes de la inscripción el retrayente hubiera tenido conocimiento completo de la transmisión, la fecha de tal conocimiento sería el dies a quo. En caso de subasta administrativa, se entendió que el dies a quo fue la notificación de la adquisición y compraventa en escritura pública, en la sentencia de 14 de diciembre de 2007. En caso de subasta judicial, sólo si consta el conocimiento de la transmisión -aprobación judicial del remate y adjudicación al rematante- será éste el dies a quo; en otro caso, la inscripción en el Registro de la Propiedad: lo cual dice también la citada sentencia de 14 de diciembre de 2007.*"

TERCERO.- El demandante solo tiene conocimiento cabal y completo de la venta consumada cuando el 31 de julio de 2015 se le notifica el decreto de adjudicación, que es la resolución a través de la cual queda consumada la venta judicial, careciendo de efectos para el cómputo del ejercicio de la acción de retracto el conocimiento que pudiera tener el retrayente de la solicitud de adjudicación formulada, pues como indica la doctrina jurisprudencial señalada el plazo para el ejercicio del derecho de retracto precisa que el retrayente tenga conocimiento cabal y completo de una venta consumada.

Por lo tanto, al haberse presentado la demanda el 7 de agosto de 2015, el derecho de retracto se ha ejercitado en el plazo legal.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2014 no se opone a las anteriores conclusiones, tratándose de un supuesto particular en que el decreto de adjudicación se dicta con retraso cuando el retrayente arrendatario había perdido ya su condición de arrendatario.

Declara la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016 que "se prevé en el Código civil el retracto de comuneros. Como tal retracto, es un derecho de adquisición preferente, como derecho real *-ius in re aliena-* que permite a su titular adquirir la cosa después de haber sido transmitida a un tercero, dándose los presupuestos legales, en las mismas condiciones que éste. Es un límite al derecho de propiedad, como dice la sentencia de 9 de marzo de 1999 que asimismo define el retracto. Como retracto de comuneros, facilita la terminación de situaciones de comunidad, cuyo antecedente se halla en el Derecho romano, enemigo de toda comunidad que la consideraba antieconómica y perjudicial, y pasó a las Partidas (quinta, título 5º, ley 55) y a las leyes de Toro (ley 75) llegando al artículo 1522 del Código civil y, como se ha apuntado anteriormente, presupone la cotitularidad y que recaiga sobre la misma cosa. Y, como dice la sentencia de 27 de junio de 2000, "produce como efecto el cambio subjetivo del adquirente, sin que afecte al transmitente".

No se ha suscitado controversia en cuanto al ejercicio del derecho de retracto ajustado a lo establecido en el artículo 1518 del Código Civil.



CUARTO.- Procede por lo anteriormente expuesto, estimar el recurso de apelación formulado, revocar la sentencia recurrida y estimar las peticiones de la demanda.

QUINTO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de la primera instancia deben imponerse a la parte demandada, sin que haya lugar a especial imposición de las originadas en este recurso a ninguna de las partes (artículo 398.2 de la citada ley procesal).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Severiano contra la sentencia que con fecha veintidós de septiembre de dos mil dieciséis pronunció la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Primera Instancia número cincuenta y ocho de Madrid, y revocando la citada resolución, debemos estimar y estimamos la demanda formulada por D. Severiano contra D. Augusto y Dña. Natividad, declarando haber lugar al ejercicio del derecho de retracto, que se declara debidamente ejercitado por la parte actora, a la que corresponde la titularidad de la cuota indivisa de la finca NUM000 del Registro de la Propiedad número 34 de Madrid adjudicada a los demandados por decreto de 29 de julio de 2015 del Juzgado de Primera Instancia número 32 de Madrid en procedimiento de ejecución hipotecaria 621/2012, debiéndose expedir los documentos necesarios para la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad; con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada, y sin especial imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes.

Devuélvase a la parte apelante el depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de Casación por presentar la resolución del recurso interés casacional (artículo 477.2-3 º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y recurso extraordinario por infracción procesal en los supuestos previstos en el artículo 469 de la misma Ley en relación a su disposición final decimosexta, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal, y cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.