



Roj: **STS 3992/1995** - ECLI: **ES:TS:1995:3992**

Id Cendoj: **28079110011995102197**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/1995**

Nº de Recurso: **781/1992**

Nº de Resolución: **694/1995**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JESUS MARINA MARTINEZ-PARDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de mil novecientos noventa y cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia número Cuatro de Las Palmas de Gran Canaria, sobre retracto de comuneros; cuyo recurso fue interpuesto por D^a. Carina representada por el Procurador D^a. Lucila Torres Rius, y asistida por el Letrado D. Ignacio de Mediano Caballero, que compareció el día de la vista; siendo parte recurrida D. Joaquín representado por el Procurador D. José María Abad Tundidor y asistido por el Letrado D. Javier Abad Esteban, que compareció el día de la vista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Daniel Cabrera Carreras, en nombre y representación de D^a. Carina, interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de 1ª Instancia número 4 de Las Palmas de Gran Canaria, sobre retracto de comuneros, siendo parte demandada D. Joaquín, alegando, en síntesis, los siguientes hechos: Que la demandante y D^a. Eva adquirieron conjuntamente un finca, cuya mitad fue vendida al demandado, si bien la actora no tiene noticia de tal enajenación, en cuanto que la fecha de venta, precio y condiciones son desconocidas. Alegó a continuación los fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "declarando que mi representada tiene derecho a retraer la participación dominical de la finca a que se refiere el cuerpo de esta demanda, condenando al demandado D. Joaquín a que dentro del breve término que se le señala al efecto, otorgue a favor de mi principal la correspondiente escritura de venta, bajo apercibimiento de otorgarla de oficio, si no lo hiciera; a cuyo fin se confiera a dicho D. Joaquín traslado de esta demanda, y siendo el acto de conciliación facultativo según reforma de la LEC (artículo 460 y concordantes, con derogación del 461, de Ley 34/1984) el Juzgado lo tendrá que tener en cuenta al proveer sobre el curso de la demanda la suspensión antes de la Reforma de la LEC prescrita que se presentase la certificación del acta de conciliación; con expresa imposición de las costas de este juicio al demandado".

2.- El Procurador D. Manuel de León Corujo, en nombre y representación de D. Joaquín, contestó a la demanda oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia "acogiendo en primer lugar las excepciones alegadas, de falta de legitimación activa, o en otro caso de legitimación pasiva, o bien la excepción de litis consorcio pasivo necesario, y en el supuesto caso de que no se acogieran las excepciones absuelva a mi representado de la demanda presentada por Doña Carina, en que se declare no haber lugar al retracto y condenando a la demandante al pago de todas las costas causadas".

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de 1ª Instancia número 4 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia con fecha 16 de junio de 1990, cuya



parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Desestimo las excepciones procesales sobre falta de legitimación activa, falta de legitimación pasiva y falta de litisconsorcio pasivo necesario. Estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de D^{ña} Carina , y en consecuencia declaro que la citada demandante tiene derecho a retraer la participación dominical de la finca descrita en los antecedentes de esta resolución y que se da aquí por reproducida, correspondiente a la mitad indivisa de la misma, condenando a D. Joaquín a otorgar, a favor de la actora, la correspondiente escritura pública de venta en el plazo que se señale en ejecución de Sentencia, apercibiéndole que de no hacerlo se otorgará de oficio. Se imponen al demandado las costas del juicio causadas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D. Joaquín , la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 6 de noviembre de 1991, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Joaquín contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número CUATRO de esta Capital de 16 de junio de 1990, que revocamos y acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por dicha representación, desestimamos en la instancia la demanda deducida en su contra por la representación de DOÑA Carina , sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en ambas instancias".

TERCERO.- 1.- El Procurador D^a. Lucila Torres Rius, en nombre y representación de D^a. Carina , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 6 de noviembre de 1991 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del número 5 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la legitimación pasiva en el ejercicio del derecho de retracto. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el denominado principio "perpetuatio legitimationis"

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción se señaló para la vista el día 23 de junio de 1.995, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS MARINA Y MARTÍNEZ-PARDO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso aconseja recordar las vicisitudes procesales del pleito, para después partir de los hechos probados y entrar a conocer de los motivos planteados por la recurrente.

A) Con fecha 30 de marzo de 1987, se formuló demanda de retracto de comuneros por D^a. Carina en su calidad de titular de una mitad de la FINCA000 ", adquirida junto con D^a. Eva , en documento privado, respecto de la mitad de ésta, vendida a D. Joaquín , por precio que no es conocido por lo que la actora prestó fianza de pago luego que lo conociera.

B) El demandado, letrado en ejercicio, solicitó abogado y procurador que le defendieran, a pesar de lo cual interpuso con su propia firma recurso de reposición contra la providencia de admisión de la demanda y luego apelación contra el auto desestimatorio, que consiguió tramitar en ambos efectos, por lo cual no se contestó a la demanda hasta el 14 de marzo de 1989, por escrito fechado el anterior día 11, y también firmado por el propio demandado sin utilizar el defensor designado de oficio.

C) En la contestación, negó que la actora tuviera título, y alegó haber comprado la finca retraída a su propietaria en 1985 ejercitando un derecho de opción que se le había concedido por los vendedores, pero nada dice respecto al precio de la venta, ni detalla dato alguno que revele la existencia de la opción. Opone también que él ha vendido la finca en escritura pública de 27 de diciembre de 1985 a D. Marco Antonio , ante el notario Sr. Die Lamana, escritura que no presenta a los autos con la contestación, aunque sí en periodo de prueba y en dicha escritura se lee que el Sr. Joaquín es titular por compra a D^a. Eva , (nada dice naturalmente sobre el precio pactado con ésta, por lo que sigue desconocido), y el Sr. Notario advierte que el título es mera manifestación del vendedor, que no aporta documento alguno. Nada dijo tampoco la contestación a la demanda, sobre la inscripción registral de esta adquisición hecha por D. Marco Antonio , de la cual se ha traído certificación a los autos en virtud de mandamiento de la Audiencia, para práctica de prueba documental admitida en segunda instancia. De ella resulta, que la finca fue objeto de inscripción primera con fecha 11 de junio de 1986, tal y como constaba en el escrito de proposición de pruebas de segunda instancia.

D) La sentencia estimatoria de primera instancia fue revocada en apelación por entender la Audiencia que se da litisconsorcio pasivo necesario son el Sr. Marco Antonio , por lo que no entra a conocer del retracto. Todo sin pronunciamiento especial en cuanto a las costas procesales de ambas instancias.



SEGUNDO.- Son hechos indubitados, que D^a. Carina y D^a. Eva adquirieron en copropiedad la FINCA000 ", sobre cuya descripción tampoco hay ninguna duda. Que D^a. Eva la vendió al demandado, el letrado Sr. Joaquín . Que la Sra. Carina ejercitó el retracto cuando conoció la venta y como ni entonces ni hasta ahora, se le ha comunicado el precio, ha ofrecido consignarlo en cuanto lo sepa. Que la retrayente ha conocido la compraventa del abogado Joaquín al, también abogado, Sr. Marco Antonio después de 7 de noviembre de 1989, fecha en que se unió copia de la venta a los autos, y en la que consta un precio total de 3.700.000 pesetas.

TERCERO.- El motivo primero del recurso lo articula la recurrente al amparo del número 5º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en él denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la legitimación pasiva.

Según la actora, la demanda sólo podrá dirigirla contra el adquirente que conoció y nada podía instar frente a los sucesivos adquirentes, conocidos tras el periodo expositivo del proceso de retracto.

Para decidir el motivo, ha de recordarse que el retracto de comuneros, derecho de adquisición preferente concedido por ministerio de la ley, tiene la naturaleza de derecho real, eficaz "erga omnes", y ha de hacerse valer dentro del plazo de caducidad fijado a su especie. En el caso de autos no se discute otro requisito que el de no haberse dirigido la acción contra un siguiente comprador de la finca, del que ninguna noticia tuvo la retrayente.

Obligar a dirigir la demanda contra todos los sucesivos posibles adquirentes de una porción de finca sujeta al derecho de retracto, es tanto como hacer claudicar el derecho de la retrayente o dejar a la voluntad del primer comprador la eficacia de derecho reconocido en la ley. Es sentir general de la doctrina y de la jurisprudencia, que cuando antes de caducar el plazo de ejercicio del retracto, si se ha producido otra transmisión y ésta la conoce también el actor retrayente, puede dirigir su acción contra ambos sucesivos adquirentes (STS. 10 de abril de 1904, 8 de junio de 1906, 13 de marzo de 1949, 27 de mayo de 1927, etc), con lo cual, si prospera el retracto, hará efectivo su derecho sin que se plantee cuestión alguna en ejecución de sentencia. Naturalmente el precio a satisfacer ha de ser el pagado por el primer adquirente, en cuya posición se subroga la retrayente, y ello aunque una sentencia de 7 de febrero de 1959, que por ser única no constituye jurisprudencia, hiciera referencia a que el pago, en caso de segunda transmisión, había de ser el de ésta. Criterio que además de aislado es insostenible, porque ello podría alterar los requisitos del retracto contenidos en el artículo 1518 del Código Civil, simplemente con sucesivas transmisiones.

Cuando esas nuevas transmisiones se conocen durante el litigio y se está en tiempo en que cabe extender la demanda a dicho nuevo adquirente, ningún obstáculo se opone a que el actor amplíe su demanda frente a ese segundo adquirente, con lo que igualmente evitará problemas de ejecución, en caso de prosperar el retracto, porque el tercero poseedor no demandado, no habría podido ser condenado.

Pero para demandarle, es preciso conocer la venta en tiempo hábil, tiempo que en el caso de autos, realmente existió, pero no fue conocida la venta, pues el conocimiento dependía de la colaboración leal del demandado, el cual sabedor de que él mismo había vendido la finca retraída, lo calló todo el periodo que medió desde la admisión a trámite de la demanda hasta que la Audiencia resolvió el recurso contra la providencia de admisión, lo cual se ha narrado en el primer fundamento de esta resolución.

A lo que ninguna norma legal le obliga al retrayente, es a formular nueva demanda de retracto, contra ese adquirente posterior, en cuyo lugar no ha de subrogarse la actora, puesta ésta ejercita el derecho reconocido en el artículo 1522 del Código Civil, contra quien en la enajenación adquirió parte de la cosa común.

Por todo ello, el motivo primero ha de prosperar, cualesquiera que sean las dificultades de ejecución de la sentencia en cuyo momento no será indiferente la colaboración del demandado condenado, ni se podrá ignorar que el artículo 1510 del Código Civil y su referencia a terceros hipotecarios no es aplicable al retracto legal de comuneros, puesto que por tratarse de una verdadera limitación legal del contenido del dominio no precisa que conste en el Registro (vid. artículo 37.3 de la Ley Hipotecaria), además en el caso de autos no hay terceros registrales.

En todo caso, la sentencia favorable a la retrayente, si bien puede no darle posibilidad de posesión inmediata de la finca, constituye título apto para defender su derecho, ejercitando la acción que le convenga, ninguna de las cuales cabe dentro de este proceso, en el que la "perpetuatio legitimationis" impide tanto la entrada de terceros en el proceso como que se efectúen pronunciamientos contra quien no fue parte en el mismo.

CUARTO.- El motivo segundo, en el que se denuncia infracción de la jurisprudencia de este Tribunal en materia de litisconsorcio pasivo, debe igualmente prosperar. Si como se ha dicho, sólo al adquirente es obligado demandar, no puede hablarse de litisconsorcio, y si la sentencia no ha de ser causa directa e inmediata de efecto alguno respecto de extraños al proceso, puesto que los que le afecten se producirán por ministerio de la ley, la consecuencia ha de ser la estimación del motivo. El ulterior adquirente siempre tendrá la protección



de la ley frente a quien le vendió contrariando el régimen de comunidad y de retracto legal que necesariamente conocía cuando vendió.

Estimados los motivos, debe la Sala entrar a conocer del fondo de la demanda, cumpliendo con el artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y estimarla por las propias razones que contiene la sentencia de primera instancia.

QUINTO.- Las costas de ambas instancias las satisfarán el demandado por mandato de los artículos 1715 y 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en él se da el vencimiento y además la temeridad.

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

FALLAMOS

QUE DECLARAMOS dar lugar al recurso interpuesto por el Procurador D^a. Lucila Torres Rius respecto la sentencia dictada con fecha 6 de noviembre de 1991 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria. Casamos la sentencia y en su lugar confirmamos la sentencia dictada en primera instancia, sin que en su ejecución se adopten decisiones contra quien por no haber sido demandado no haya gozado del derecho de defensa.

Todo con expresa imposición de costas de ambas instancias al demandado.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Marina y Martínez-Pardo, 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.