



Roj: **STS 1220/1995** - ECLI: **ES:TS:1995:1220**

Id Cendoj: **28079110011995101174**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/1995**

Nº de Recurso: **3476/1991**

Nº de Resolución: **191/1995**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **MATIAS MALPICA GONZALEZ ELIPE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo 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 Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de juicio de retracto seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Barcelona, cuyo recurso fue interpuesto por Dña. Nieves , representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Luis Pérez-Mulet y Suarez y asistida del Letrado D. Eduardo García de Entrena, en el que es parte recurrida "BANCA CATALANA, S.A." representada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Ibañez de la Cadiniere y asistida del Letrado D. José Manuel Dotu San Juan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Barcelona fueron vistos los autos de juicio de retracto núm. 771/89 a instancia de Dña. Nieves contra la Entidad "BANCA CATALANA, S.A." sobre adjudicación realizada en compraventa judicial de fincas, en subasta pública.

Por la representación de la parte actora se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...dictar sentencia declarando que mi representada tiene derecho a retraer la participación dominical de las fincas NUM000 y la tercera parte de NUM001 , descritas en los hechos de este escrito, y de la propiedad de BANCA CATALANA, S.A. y condenando al demandado, BANCA CATALANA, S.A., a que dentro del breve término que al efecto se señale 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 al demandado traslado de esta demanda, con expresa imposición de costas de este juicio al demandado por imperativo legal.

Admitida a trámite la demanda se personó en los autos la entidad demandada "BANCA CATALANA, S.A." que contestó a la demanda oponiéndose a la misma, y tras alegar cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación terminó suplicando: "...se dicte sentencia desestimando totalmente la demanda, absolviendo libremente a mi representada, con expresa imposición a la demandante de todas la costas judiciales por su temeridad y mala fé".

Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Barcelona se dictó sentencia de fecha 21 de Diciembre de 1.990 cuyo fallo es como sigue. "FALLO Estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por el Procurador D. Narciso Ranea Cahis, en nombre y representación de Banca Catalán, S.A. y sin entrar a analizar el fondo del asunto dejando imprejuzgada la acción, debo absolver y absuelvo en la instancia a dicha entidad, sin hacer expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y sustanciada la alzada la Sección Undécima de la Audiencia Provincial De Barcelona dictó sentencia de fecha 16 de Octubre de 1.991 cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS Que desestimado el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dª Nieves contra la sentencia dictada en fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos



noventa por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de 1ª Instancia núm. 3 de Barcelona, en autos de Retracto núm. 771/89 instados por la apelante contra "Banca Catalana, S.A.", debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma íntegramente, en cuanto que desestima la demanda interpuesta por la actora, y, entrando en el fondo del asunto, debemos de absolver y absolvemos al demandado "Banca Catalán, S.A." de la demanda contra él interpuesta por Dª Nieves , todo ello sin verificar pronunciamiento procesal alguno respecto de las costas procesales ocasionadas en ninguna de las dos instancias".

TERCERO.- Por el Procurador de los Tribunales D. Juan Luis Pérez- Mulet y Suarez, en nombre y representación de Dª Nieves formalizó recurso de casación que fundo en los siguientes motivos:

Primero.- Autorizado por el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe el párrafo segundo de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1.946 y la doctrina legal sentada en una jurisprudencia reiterada, entre otras en las sentencias de 7 de abril de 1.981, 22 de abril de 1.983, 24 de octubre de 1.971, 24 de noviembre de 1.987, 5 de mayo de 1.877.

Segundo.- Al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe el párrafo primero del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y una doctrina jurisprudencial unánime y reiterada.

Tercero.- Al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe los artículos 781, 785 apartado 2º del Código Civil; 26 párrafo 3º de la Ley Hipotecaria y la doctrina sentada, entre otras, en las sentencias de 5 de abril de 1.934, 29 de octubre de 1.949, 6 de abril de 1.954, 19 de octubre de 1.962, 25 de junio de 1.945, 23 de junio de 1.964, de 4 de noviembre de 1.975.

Cuarto.- Autorizado por el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe el artículo 26 número 3 de la Ley Hipotecaria y la doctrina sentada entre otras en las sentencias de 2 de abril de 1.985 y 17 de febrero de 1.956 y 7 de octubre de 1.985 así como el art. 1.521 del Código Civil.

Cuarto.- Autorizado por el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe el artículo 26 número 3 de la Ley Hipotecaria y la doctrina sentada entre otras en las sentencias de 2 de abril de 1.985 y 17 de febrero de 1.956 y 7 de octubre de 1.985 así como el art. 1.251 del Código Civil.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción se señaló para la celebración de la vista el día 21 DE FEBRERO DE 1.995 alas 11 horas de su mañana en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. MATÍAS MALPICA Y GONZÁLEZ-ELIPE

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El ejercicio del derecho de retracto sobre fincas sitas en Cataluña, dimana de una escritura de donación de 2 Noviembre de 1.967 en la que se establece ese derecho, así como el de tanteo para caso de enajenación, en favor de todos los donatarios, siendo éstos tres hermanos y habiéndose enajenado las correspondientes a uno de ellos a la demandada en subasta judicial celebrada el 11 de Mayo de 1.984, escriturándose la enajenación forzosa en fecha 18 de Septiembre de 1.985, habiéndose posteriormente vendido dicha finca por la demandada a una tercera persona jurídica por documento privado de 8 de junio de 1.987. La demanda se promueve por una donataria hermana del propietario de la finca subastada y fué presentada el 16 de Septiembre de 1.989. La sentencia de primera instancia sin entrar a conocer del fondo del problema debatido, absolvió en la instancia de la demanda por entender que había un defecto de litis consorcio pasivo necesario. La sentencia de apelación desestimó el citado recurso, entrando a conocer del fondo del tema controvertido y rechazó íntegramente la demanda.

SEGUNDO.- Ninguno de los motivos se encauza por vía del número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en punto a la errónea valoración de los hechos deducidos de los instrumentos de prueba, ni de la posible violación de alguna regla legal de valoración de algún medio de prueba, al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que las declaraciones fácticas contenidas en la sentencia recurrida han de constituir firmes premisas en la adecuada aplicación del Ordenamiento Jurídico.

TERCERO.- El primer motivo con base en el número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, párrafo 2º y jurisprudencia cuyas sentencias invoca. Hay que tener presente que la categoría de Derecho Real no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica que la inviste de una eficacia "erga omnes" y constituye por lo tanto una petición de principio hacer uso y aplicación del precepto hipotecario que se invoca en el motivo, dando por supuesto que se está en presencia de un derecho real en la convención de unos derechos de tanteo y retracto recíprocos entre los donatarios para el caso de enajenación de su cuota ó finca adjudicada.



Precisamente esa eficacia "erga omnes" que está paladina y taxativamente recogida para el retracto legal en el artículo 37-3º de la misma Ley se echa de menos en lo que atañe al retracto convencional "sui géneris" que en el presente pleito se contempla. Piénsese que el derecho real para ser tal ha de estar constituido por una serie de características como la inmediatividad física ó jurídica, publicidad, seguridad jurídica etc que lo proyecten al campo del tráfico jurídico con una serie de garantías frente al tercero que le permitan esa eficacia "erga omnes" que no se comprendería sin aquéllas; y es el caso de que este retracto convencional, precedido de su tanteo, es un retracto convencional en el sentido estricto de la palabra porque no está erigido simplemente por la voluntad de la donante, sino por el concurso de voluntades que es imprescindible para su constitución incluso como institución gratuita (artículos 621, 623 y 630 del código Civil). Y ha de constatarse que no es un supuesto el de autos de los previstos en el artículo 1.507 del citado cuerpo legal, pues este precepto se refiere exclusivamente a la compraventa con pacto de retracto entre vendedor y comprador de la cosa y aquí es un retracto instituido a favor de los donatarios frente al tercero comprador de la finca de uno de ellos y por esta razón la falta del signo de publicidad y garantía de seguridad para el ejercicio del tanteo y del retracto en su caso con la fijación de un plazo a partir de dicha enajenación a tercero que se instaura en los de carácter legal, es más preciso y necesario aún en los simplemente convencionales y así lo exigía con energía para su operatividad como tal retracto convencional la R.D. de Registros de 27 de Marzo de 1.947 en la que, en lo pertinente al caso que se examina, se dice "como las partes se limitaron a establecer un pacto que solo a las mismas afectaba, es indudable que los posteriores adquirentes del inmueble deben verse libres de sus trabas y restricciones y desligados en absoluto de las consecuencias que pudieran derivarse de la estipulación, que si bien fué recogida en la inscripción que causó oportunamente la escritura.... no perdió por ello su verdadero carácter obligacional, toda vez que los asientos practicados en el Registro no alteran la naturaleza de los derechos que se inscriben". Es de notar que los derechos de tanteo y retracto,- fases al fin y al cabo de un mismo derecho preferente de adquisición-, cuando están obligados legalmente se les asigna un tiempo de caducidad para su ejercicio, incluso en el caso del derecho de traspaso arrendaticio embargado y ejecutado, se marcan unas normas que sirven de garantía a extraños (artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y en la institución del retracto convencional "stictu sensu" del artículo 1.507 del código Civil también se preocupa el mismo texto legal en su posterior precepto de marcar un límite temporal para su ejercicio si falta el pacto expreso y ello para aviso de terceros y garantía de la seguridad jurídica, luego en el caso autos no puede pretenderse revestir como se propugna de los honores y preeminencias de derecho real a una simple convención con efectos simplemente obligacionales al que le falta por lo menos, para su operatividad como derecho real, la concreción de un término de efectividad de cada uno de los derechos de tanteo y retracto convenidos a partir de la enajenación a un extraño. De ahí, que no pueda acusarse la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria porque se está en presencia, ni más ni menos, que de un derecho personal ú obligacional y por ello no era necesario entablar la nulidad ó cancelación de la inscripción correspondiente. Por todo ello el motivo decae.

CUARTO.- El motivo segundo, consecuente al primero como dice la propia recurrente, se apoya en el número 3º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para denunciar la infracción del artículo 359 de la misma Ley procesal por supuesta incongruencia de la sentencia recurrida al conceder lo no solicitado en la contestación a la demanda. No es exacto el alegato y no hay incongruencia por tanto; estando como están conformes las partes, -y la escritura que establece el derecho de retracto convencional lo avala-, en que no se determinó el tiempo hábil a partir de la enajenación y se ha polemizado hasta la saciedad cual sería el aplicable en este caso. Lo que sienta como doctrina la sentencia recurrida, que aquí se confirma, es la improsperabilidad del ejercicio de un derecho contra tercero, -el adquirente en la subasta judicial-, por no poder afectarle como tal, un derecho que sólo opera en el ámbito obligacional y precisamente por no establecerse un plazo para su adecuado ejercicio dada su intrínseca naturaleza, careciendo por ello de la eficacia de la que se quiere investir por la recurrente, máxime cuanto preténdese que la tenga no en un acto de enajenación voluntaria sino forzosa como es la vía de apremio procesalmente considerada. En la fase primera de tanteo, técnicamente, puesto que así se convino juntamente con el retracto, debió perfilarse en la contratación a ellos alusiva, la forma y tiempo de su ejercicio é inscribirse para su eficacia ante terceros y poder cumplirse, caso de ser fallido el tanteo, la segunda fase, cual es el retracto, como modo de adquisición preferente que es y con iguales detalles de tiempo y forma, por lo que no tendría sentido en este caso de convención conjunta de ambas fases, de pasar a la segunda sin intentar la primera, siendo segmentos de un mismo ciclo institucional, por lo que el motivo no puede prosperar.

QUINTO.- El motivo tercero, con sede en el número 5º del artículo 1, 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala la violación de los artículos 781, 785-2º del Código Civil y artículo 26-3º del la Ley Hipotecaria. No hay vulneración posible cuando dichas normas no se han mencionado explícita ni implícitamente por lo que tampoco puede haberla respecto de la jurisprudencia encarnada en las sentencia que se invocan. En efecto, en la sentencia recurrida, no se pone en tela de juicio, la licitud de la convención ó pacto a través de la donación, de conservar en el seno familiar ó vincular los inmuebles objeto de la donación, lo que no está conforme la sentencia es en reconocer la categoría del derecho real del tanteo y retracto en la forma que se ha convenido,



como instrumento jurídico para hacer efectiva tal vinculación, sin olvidar que, -y esto es trascendente-, de que técnicamente tampoco constituye una prohibición de disponer ó enajenar en la forma y modo a que se refiere el precepto hipotecario y el artículo 785-2º del Código Civil, sino la constitución de un dispositivo voluntario de los donatarios para, mediante el tanteo ó retracto, evitar salgan los inmuebles del patrimonio familiar, pero insistimos, en que esa voluntariedad de ejercicio de los codonatarios, excluye por si misma la prohibición de disponer absoluta que es a la que se refieren los preceptos señalados, por lo que el motivo decae. Y en todo caso, a la misma solución jurídica se llegaría, es decir por aplicación de dichas normas civiles comunes, conforme disponen por un lado y en función del régimen estatutario la Ley 10, en relación con la Ley 452 de la compilación del Derecho Civil de Navarra ya que como se ha visto no se ha constituido el retracto voluntario con carácter real sino personal (Ley 460) lo que nos remite a esas normas civiles del Derecho Civil Común según Ley 6 y por otro lado el artículo 117 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, nos da idéntica conclusión a la establecida en el Código Civil en el tema que aquí se examina, todo ello habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1º de dicha Compilación, artículo 12 del Código Civil y dada la vecindad civil navarra de donante y donatarios y la ubicación catalana de las fincas cuestionadas.

SEXTO.- El motivo cuarto, residenciado en el número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción de los artículos 26-3º de la Ley Hipotecaria; artículo 1.521 del Código Civil y jurisprudencia cuyas sentencias cita. En cuanto a la infracción del precepto hipotecario coincidente en señalar su conculcación con la expuesta en el motivo anterior ha de estarse a lo expuesto en el Fundamento de Derecho precedente para no repetir idénticas consideraciones; en cuanto a la infracción de la norma civil, no ha lugar a su examen por referirse al retracto legal y el del presente caso es voluntario y tratarse además de una norma genérica de nula aplicación al litigio que nos ocupa y en lo atinente al alegato relativo a la enajenación forzosa por subasta judicial, que ciertamente tiene escasa conexión con las normas del epígrafe del motivo que se dan por infringidas ha de estarse a lo expuesto precedentemente en lo a ello relativo, sin perjuicio de reiterar una vez más que la forma abstracta de establecer el tanteo y el retracto sin concreción de tiempo de caducidad para uno y otro, devalúa el carácter real, que acaso quiso imprimírsele, quedando reducido a un ámbito obligacional impermeable en su afectación a terceros. En razón de todo ello el motivo fenece.

SÉPTIMO.- Rechazados los cuatro motivos se desestima el recurso, con costas a la parte recurrente (artículo 1.715 "in fine" de la Ley de Enjuiciamiento Civil) con devolución del depósito innecesariamente constituido (artículo 1.703 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Dña. Nieves contra la sentencia de fecha dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y uno, dictada por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona; y CONDENAR COMO CONDENAMOS a dicha parte recurrente al pago de las costas de este recurso. con devolución del depósito innecesariamente constituido.

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. Matías Malpica y González-Elipe, 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.