

Roj: **STS 4289/1997** - ECLI: **ES:TS:1997:4289**Id Cendoj: **28079110011997102362**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/06/1997**Nº de Recurso: **160/1993**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO GULLON BALLESTEROS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de mil novecientos noventa y siete.

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 Quinta de lo Civil de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 26 de octubre de 1.992, como consecuencia de los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de esa ciudad, sobre retracto de comuneros; cuyo recurso ha sido interpuesto por la entidad DIRECCION000 , representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio-Andrés García Arribas; siendo parte recurrida D^a. Amanda , D^a. Catalina . D^a. Consuelo , D. Jaime , D. Leonardo y D. Millán , representados asimismo por la Procuradora de los Tribunales D^a Rosina Montes Agustí, han sido también demandados D. Tomás , D. Alonso y D. Millán .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sevilla , fueron vistos los autos de juicio declarativo de menor cuantía, sobre retracto de comuneros, instados D^a. Amanda , D^a. Catalina . D^a. Consuelo , D. Jaime , D. Leonardo y D. Millán contra D^a. María Rosario , D. Tomás , D. Alonso , la entidad DIRECCION000 . y contra la persona física o jurídica, desconocida e incierta.

Por la parte actora se formuló demanda con arreglo a las prescripciones legales, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando se dictase sentencia "se dicte sentencia por la que se declare haberse ejercitado, en tiempo y forma, el derecho de retracto de comuneros por parte de los actores, sobre la participación indivisa de cuarenta y dos ciento ocho avas partes, de las fincas urbanas sitas en Sevilla, calle DIRECCION001 números NUM000 y NUM001 y DIRECCION002 números NUM002 y NUM003 , vendidas por D^a. María Rosario , condenando a los demandados a pasar por tal declaración, y consecuentemente con la misma, se condene a la entidad DIRECCION000 ., a soportar y pasar por la subrogación de los actores y que les otorgue escritura de compraventa de dicha participación condominial, al precio de treinta millones de pesetas que recibirá en el acto y con las demás condiciones en su día notificadas y en las que se ha verificado la transmisión, así como con las obligaciones, y limitaciones, legalmente establecidas, y que, en su caso, se determinarán en ejecución de sentencia, con la obligación para los actores de resarcirle en todas ellas, haciéndose expresa condena en las costas que se originen, solidariamente, a los demandados, con cuanto más sea procedente, por ser todo ello de justicia que, respetuosamente se solicita, en Sevilla a diez y ocho de abril de mil novecientos ochenta y nueve". - Admitida a trámite la demanda y emplazado el mencionado demandado, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y terminó suplicando se dictase sentencia "por la que se absuelva a sus representados de los pedimentos contenidos en la demanda, condenando a la parte contraria a las costas que se causen".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 24 de septiembre de 1990, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO.- Que desestimando la demanda formulada por el Procurador D. Mauricio Gordillo Cañas en nombre y representación de D^a. Amanda , D^a. Catalina . D^a. Consuelo , D. Jaime , D. Leonardo y D. Millán contra



D^a. María Rosario , D. Tomás , D. Alonso , la entidad DIRECCION000 , representados por el Procurador D. Joaquín Ladrón de Guevara Izquierdo, debo absolver y absuelvo a los demandados de la demanda formulada de contrario, imponiendo a la parte actora las costas del procedimiento".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1^a Instancia por la representación de D^a. Amanda , D^a. Catalina . D^a. Consuelo , D. Jaime , D. Leonardo y D. Millán y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Quinta de lo Civil de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia con fecha 26 de octubre de 1992, con la siguiente parte dispositiva: "Fallamos.- Que estimando el recurso planteado por el Procurador D. Mauricio Gordillo Cañas en nombre y representación de D^a. Amanda , D^a. Catalina , D^a. Consuelo , D. Jaime , D. Leonardo y D. Millán contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sevilla, recaída en las actuaciones de que este Rollo dimana, y revocando en todas sus partes dicha Resolución, debemos declarar y declaramos que por los mismos se ha ejercitado en tiempo y forma el retracto de comuneros sobre la participación indivisa de cuarentaidós ciento avas partes de las fincas urbanas sitas en Sevilla, DIRECCION001 números NUM000 y NUM001 y DIRECCION002 números NUM002 y NUM003 , vendidas por D^a. María Rosario , y consecuentemente debemos condenar y condenamos a esta última y a la entidad DIRECCION000 . a estar y pasar por la anterior declaración, y concretamente a esta sociedad a soportar y pasar por la subrogación de los actores y a que les otorgue escritura de compraventa de dicha participación dominical, al precio de treinta millones de pesetas que habrán de satisfacerse en el acto, con las demás condiciones en su día notificadas y en las que se ha verificado la transmisión, así como con las obligaciones y limitaciones legalmente establecidas, y que en su caso se determinarán en ejecución de sentencia. Se absuelve a D. Alonso de toda pretensión contra él deducida, y se impone a los demás demandados el pago de las costas de la primera instancia, con la aclaración de que los pronunciamientos que pudieran afectar al demandado D. Tomás se formulan como representante legal de la entidad D. DIRECCION000 . Sin expreso pronunciamiento acerca de las costas de esta segunda instancia".

TERCERO.- El Procurador D. Antonio-Andrés García Arribas, en representación de la entidad DIRECCION000 , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente y Único motivo: Al amparo del art. 1.692.4º LEC, por infracción de los arts. 1.521 y 1.524 C.c. y la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que se citan.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, la Procuradora D^a Rosina Montes Agustí en representación de la parte recurrida presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 3 de Junio de 1997 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. Amanda , D^a. Catalina . D^a. Consuelo , D. Jaime , D. Leonardo y D. Millán demandaron por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a D^a. María Rosario , D. Tomás , D. Alonso , la entidad DIRECCION000 . y contra la persona física o jurídica, desconocida e incierta, en cuya demanda suplicaban: "se dicte sentencia por la que se declare haberse ejercitado, en tiempo y forma, el derecho de retracto de comuneros por parte de los actores, sobre la participación indivisa de cuarenta y dos ciento ocho avas partes, de las fincas urbanas sitas en Sevilla, DIRECCION001 números NUM000 y NUM001 y DIRECCION002 números NUM002 y NUM003 , vendidas por D^a. María Rosario , condenando a los demandados a pasar por tal declaración, y consecuentemente con la misma, se condene a la entidad DIRECCION000 ., a soportar y pasar por la subrogación de los actores y que les otorgue escritura de compraventa de dicha participación condominial, al precio de treinta millones de pesetas que recibirá en el acto y con las demás condiciones en su día notificadas y en las que se ha verificado la transmisión, así como con las obligaciones, y limitaciones, legalmente establecidas, y que, en su caso, se determinarán en ejecución de sentencia, con la obligación para los actores de resarcirle en todas ellas, haciéndose expresa condena en las costas que se originen, solidariamente, a los demandados, con cuanto más sea procedente, por ser todo ello de justicia que, respetuosamente se solicita, en Sevilla a diez y ocho de abril de mil novecientos ochenta y nueve".

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, condenando en costas a los actores. La Audiencia, en grado de apelación, revocó dicha sentencia, estimando la demanda, absolviendo sin embargo a D. Alonso , y aclarando que los pronunciamientos que pudieran afectar a D. Tomás se formulan como representante legal de la entidad DIRECCION000 .

Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto recurso de casación la entidad acabada de mencionar, por un único motivo amparado en el art. 1.692.4º LEC.



SEGUNDO.- El único motivo del recurso alega infracción de los arts. 1.521 y 1.524 C.c. y la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que cita. En su extensa fundamentación se dice, sustancialmente, que la sociedad recurrente adquirió la cuota indivisa sobre el inmueble objeto de la litis e inscribió en el Registro de la Propiedad el 24 de febrero de 1.989, por lo que cuando demandan el 19 de abril de 1.989 habían ya transcurrido el plazo de caducidad de nueve días que señala el art. 1.524 C.c. Aducen también que, aun contando el "dies a quo" desde el conocimiento de la transmisión, dicho conocimiento lo tuvieron los actores con mucha anterioridad a la inscripción registral.

La admisión o no del único motivo del recurso exige el recuerdo de la doctrina jurisprudencial sobre el derecho de retracto, tan reiterada en numerosísimas sentencias. Según tal doctrina, el derecho de retracto es el que tiene una persona para subrogarse en el lugar del que adquiere y en sus mismas condiciones, por lo que el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada, y que el sujeto pasivo de dicho derecho es el que adquiere, sin que el vendedor o transmitente tenga ningún papel jurídico que desempeñan en las relaciones entre el retrayente y adquirente, ni contra él tenga que dirigirse la acción de retracto, ni su resultado positivo para el retrayente influye nada en su situación jurídica, pues la venta no se resuelve, sino que hay una nueva transmisión (subrogación en la terminología del Código civil) de adquirente en favor del retrayente.

Ahora bien, si el comprador retraído consiente en el retracto ejercitado por el retrayente dentro del plazo, aquel derecho puede considerarse ejercitado y consumado, nacimiento para el segundo acción para exigir el cumplimiento de lo convenido, que es por tanto completamente distinta de la acción de retracto. Si, por el contrario, el retraído guarda silencio o se opone a las pretensiones del retrayente, ejercitadas en vía extrajudicial, en modo alguno cabe afirmar que el derecho de retracto se ha ejercitado en plazo legal, y que la acción correspondiente del retrayente no está sujeta al plazo de caducidad legalmente establecido. Esta disociación entre ejercicio del derecho y acción de retracto, a los efectos de que el plazo de caducidad legal afecte al primero pero no a la segunda, ha sido expresamente rechazada por la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias de 12 de febrero de 1.981 y 20 de julio de 1.993, y ahora se reitera, remitiéndonos a los argumentos contenidos en aquellas sentencias para evitar inútiles repeticiones.

Así las cosas, ha de determinarse si en el presente caso litigioso se está en presencia de la primera de las hipótesis señalada, o, por el contrario, ante la segunda.

En una estricta, literal y estrecha apreciación de la prueba documental obrante en autos, la solución al dilema es favorable a la segunda posición. En efecto, es cierto que la vendedora notificó a los restantes comuneros (los retrayentes) que "había llevado a cabo" la venta de su cuota indivisa sobre los inmuebles que a ella y a los notificados les correspondía en propiedad, señalándoles el precio y condiciones de pago y otras de la venta a efectos del ejercicio del derecho de retracto (sic), y que los retrayentes le comunicaron que ejercitaban el derecho de retracto mediante acta notarial de 24 de octubre de 1.988, depositando en la notaría avales bancarios. Sin embargo, ni la vendedora les manifestó el nombre del adquirente, ni los retrayentes se lo exigieron, por lo que a aquella notificación le faltaba un elemento esencial, pues si aquel dato no podían actuar la acción de retracto.

No obstante, un análisis no sólo de la prueba documental sino también de la de confesión judicial del representante legal de la compradora (hoy recurrente) lleva a resultados muy distintos, pues con arreglo a ellas el retracto se ejercitó y consumó dentro del plazo legal de nueve días del art. 1.524 C.c. En efecto, en todos los requerimientos notariales y notificaciones de la vendedora a los retrayentes, ésta operaba por cuenta y en interés de la sociedad compradora (folios 190 - 192, confesión judicial del representante legal de DIRECCION000), en suma, como representante (art. 1.717, inciso primero del párrafo 2, C.c.). Y no podía ser de otro modo ya que si la primera había vendido su cuota indivisa como decía, no podía ser propietaria ya de la misma. El desconocimiento por los retrayentes de la identidad de la compradora en aquellos momentos en que se cruzan notificaciones y requerimientos no puede empañar la realidad de que ejercitaron el retracto, y que la sociedad compradora aceptó tal ejercicio, cuando la vendedora (representada por su hijo) comunica a aquéllos mediante acta notarial de 2 de noviembre de 1.988 que han ejercitado el derecho de retracto en "tiempo y forma", pero que aplazaba hasta la fecha que indicaba el otorgamiento de la escritura pública, con lo que no hay lugar a plantear problemas en relación con ambos extremos, que los hubiera desde luego por lo que respecta a la fecha (pues no se conoce si las manifestaciones del acta de 24 de octubre de 1988 las hicieron los retrayentes en el plazo legal) y sobre todo a la consignación efectuada (pues no es admisible el aval bancario; sentencias de 20 de abril y 27 de septiembre de 1.994), pero si el retraído se muestra conforme, nada en contrario cabe aducir al no tratarse de ningún tema de interés u orden público. En conclusión, la vendedora actuó como persona interpuesta por acuerdo con la sociedad compradora, para dificultar el ejercicio de sus derechos a los retrayentes, y esta interposición es ajena a la voluntad de éstos, y de ningún modo les puede perjudicar. Es contrario a la buena fe que la sociedad compradora acuda al plazo legal de ejercicio de la acción



de retracto para negar la acción de los retrayentes, cuando aceptó, a través de su persona interpuesta, que obraba en su interés y por su cuenta repetimos, su ejercicio extrajudicial. Aparece ahora, para defraudar a los retrayentes, como si nada hubiese tenido que ver en el cruce de requerimientos entre ellos y la vendedora, cuando la confesión judicial de su representante legal lo desmiente con toda claridad.

Por todo ello, en esta controversia no puede discutirse el ejercicio extemporáneo de una acción de retracto, sino sólo si la compradora ha de cumplir lo acordado (por persona interpuesta) con los actores retrayentes, en otras palabras, se está ante el ejercicio de una mera acción de carácter personal. En este ámbito, son acertadas las conclusiones de la sentencia recurrida, que niega eficacia jurídica a la retractación de hecho por la compradora de la aceptación anterior, basada en que los retrayentes no asumieron determinadas condiciones de la venta. Tales condiciones no fueron objeto de la notificación de la venta y sus condiciones, que ellos aceptaron. Esa retractación vino después de ejercitado y consumado el retracto. Además, se trata de un problema de incumplimiento de lo pactado, que la sentencia recurrida no imputa a los actores retrayentes, y esto no ha sido combatido en el recurso, con citación de normas legales sobre la prueba que hayan sido infringidas y cómo lo han sido.

El motivo, por todas las razones expuestas, se desestima.

TERCERO.- La desestimación del único motivo del recurso implica también la desestimación de éste, con condena en costas a la recurrente (art. 1.715.2 LEC).

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 entidad DIRECCION000 . contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 26 de octubre de 1992. Con condena la parte recurrente de las costas ocasionadas en este recurso. Sin hacer declaración sobre el depósito al no haberse constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.- Antonio Gullón Ballesteros.- Eduardo Fernández-Cid de Temes.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Gullón Ballesteros, 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.