



Roj: **STS 2670/1990 - ECLI:ES:TS:1990:2670**

Id Cendoj: **28079110011990100359**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/1990**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO FERNANDEZ-CID DE TEMES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **. 197.-Sentencia de 21 de marzo de 1990**

PONENTE: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández Cid de Temes.

PROCEDIMIENTO: Juicio incidental sobre retracto de comuneros.

MATERIA: Acto de conciliación facultativo. Conocimiento completo y cabal de la venta y sus condiciones.

NORMAS APLICADAS: artículo 1.693.3.º; normas 4.a y 5.a del artículo 1.692 de la L.E.C, artículos 238 y 242 L.O.P.J .

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencias de 29 de febrero de 1958, 5 de julio de 1972, 18 de noviembre de 1971, 11 de junio de 1981, 22 de marzo y 27 de abril de 1983; 9 de marzo, 21 de mayo y 17 de diciembre de 1982.

DOCTRINA: La exposición de motivos de la Ley 34/84 de Reforma de la L.E.C . señala como matización o modificación que incorpora «conferir al acto de conciliación que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo.

Los artículos 1.621 y 1.622 de la L.E.C . han perdido su razón de ser y deben estimarse tácitamente derogados. No se ha producido indefensión. El cauce que se utilizó es inadecuado.

Se hace supuesto de la cuestión partiendo de unos hechos contrarios a los probados sin atacar su apreciación con cita del documento del que resulte el error o de la norma valorativa de prueba que se considere infringida pues el artículo 1.524 del C.C . no tiene tal carácter.

En la villa de Madrid, a veintiuno de marzo de mil novecientos noventa.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio incidental sobre retracto de comuneros, cuyo recurso fue interpuesto por doña Begoña , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Calvo Díaz, asistida del Letrado don Joaquín Argote Alarcón; siendo parte recurrida doña Lidia , quien no se presentó en los autos.

### **Antecedentes de hecho**

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Elvira Puerta López-Cozar, en nombre y representación de doña Lidia , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número siete de Madrid demanda de juicio incidental sobre retracto de comuneros, contra doña Begoña , estableciendo los hechos y fundamentos de Derecho que tuvo



por conveniente para terminar suplicando sentencia declarando, que mi representada tiene derecho a retraer la participación dominical indivisa a que se refiere esta demanda, condenando a la demandada doña Begoña a que dentro del término que se le señale otorgue a favor de mi mandante la correspondiente escritura pública de compraventa, con expresa imposición de costas a la demandada. Admitida la demanda y emplazada ja demandada, compareció en los autos en su representación la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Calvo Díaz que contestó a la demanda, oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de Derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que se desestime en todas sus partes la demanda deducida de adverso contra mi representada, y absolviéndola de todos sus pedimentos, en apreciación de una o de las excepciones expuestas, o en cuanto al fondo por no proceder la acción ejercitada, igualmente desestimar la demanda y absolver a mi representada de todos sus pedimentos, es todo ello de hacer así en justicia que pido en Madrid a 28 de junio de 1986. Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes figura en las respectivas piezas, solicitando respectivamente señalamiento de vista. El Sr. Juez de Primera Instancia del Juzgado número siete de Madrid dictó sentencia con fecha 27 de octubre de 1986 , cuyo fallo dice literalmente así: «Fallo: Que estimando la demanda promovida por la Procuradora doña Elvira Puerta López-Cozar, en nombre de doña Lidia , contra doña Begoña , debo declarar y declaro haber lugar al retracto de comuneros de la tercera parte indivisa de la casa número NUM000 del PASEO000 de esta capital, descrita en el hecho primero de la demanda, y adquirida por la demandada, condenando a ésta, a que dentro del plazo de ocho días, a partir de la firmeza de esta resolución, otorgue a favor de la actora escritura pública de venta, recibiendo los seis millones de pesetas, como su precio, así como los gastos de escritura y cualquier otro pago legítimo hecho para su compra, para efectuar lo cual se retirará la suma consignada en la Caja General de Depósito, y sin hacer expresa imposición de las costas de este juicio. Firme que sea esta resolución, tómese en el Registro de la Propiedad correspondiente, razón del compromiso de la actora, de no enajenar del dominio de la parte de casa retraída, librando el correspondiente mandamiento por duplicado.»

Segundo: Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia por la representación de doña Begoña y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia con fecha 22 de marzo de 1988 , cuyo fallo dice literalmente así: «Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por doña Begoña , representada por la Procuradora doña Pilar Calvo Díaz, contra la sentencia que en 27 de octubre de 1986 dictó el limo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia número 7 de esta población en los autos originales de que el presente rollo dimana, cuya resolución debemos confirmar y confirmamos íntegramente, con expresa imposición de la condena al pago de las costas del recurso a la recurrente.»

Tercero: La Procuradora de los Tribunales doña Pilar Calvo Díaz, en nombre y representación de doña Begoña , ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, con apoyo en los siguientes motivos:

Motivo primero: Al amparo del número 5.º del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incurrir la sentencia recurrida en infracción de normas del Ordenamiento jurídico, y concretamente en cuanto disponen los artículos 1.621 y 1.622 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que se denuncian como expresamente infringidos.

Motivo segundo: Al amparo del número 5.º del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incurrir la sentencia recurrida en infracción de normas del Ordenamiento jurídico y concretamente de cuanto dispone el artículo 1.524 del Código Civil , que se denuncia como expresamente infringido.

Motivo tercero: Al amparo del número 5.º del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de doctrina jurisprudencial aplicable para resolver la cuestión objeto de debate, entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1958, 26 de noviembre de 1963, 6 de junio de 1964, 8 y 19 de junio de 1965 y 14 de junio de 1972, 31 de marzo de 1973, 5 de octubre de 1973 y 19 de mayo de 1979. Motivo cuarto: Al amparo del número 5.º del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de doctrina jurisprudencial aplicable para resolver la cuestión objeto de debate, entre otras sentencias de 20 de febrero de 1975, 6 de mayo de 1971, 5 de mayo de 1972 y 18 de noviembre de 1971.

Cuarto: Admitido el recurso evacuado el trámite de instrucción, se señaló para celebración de vista el día 6 de marzo de 1990.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. don Eduardo Fernández Cid de Temes.

### Fundamentos de Derecho

Primero: En los autos de que dimana el presente recurso se ejercito acción sobre retracto de comuneros, que fue plenamente acogida por el Juzgado de Primera Instancia, cuya sentencia se confirmó por la Sala Primera



de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, aceptando íntegramente sus fundamentos. Recurre en casación la demanda adquirente de una parte de la finca.

Segundo: El primer motivo se formula «al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia recurrida en infracción de normas del Ordenamiento jurídico, y concretamente de cuanto disponen los artículos 1.621 y 1.622 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se denuncian como expresamente infringidos», al haberse tramitado los autos originales sin aportarse la certificación del acto conciliatorio que requieren dichos preceptos, cuestión que se planteó como nueva en la Segunda Instancia, al entender la recurrente que, por afectar a la validez del procedimiento, constituía materia de orden público, apreciable incluso de oficio y en cualquier estado de aquél. La demanda se presentó vigente ya la Ley 34/84, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su exposición de motivos señala como modificación o matización que incorpora «conferir al acto de conciliación que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo», lo que recoge el artículo 460, iniciador del libro II «De la jurisdicción contenciosa», al decir que «antes de promoverse un juicio podrá intentarse la conciliación ante el Juzgado de Distrito o de Paz competente» (hoy serán de Primera Instancia o de Paz); a su vez, el artículo 2.2.º del Código Civil, después de señalar que las leyes sólo se derogan por otras posteriores y que la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga, manifiesta «y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior, en acatamiento a lo cual la Ley 34/84 acuerda «quedan derogados los artículos... y cuantas otras disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley»; a la vista de cuanto antecede, el último inciso del artículo 1.621 y el 1.622, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han perdido su razón de ser y deben estimarse tácitamente derogados, sin que pueda admitirse la alegación del recurrente de que «el trámite que aquella cubría (se refiere a la conciliación) a partir de la reforma vino a ser sustituido por la comparecencia prevista en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero en los procedimientos de retracto no se crea un trámite similar, y por esta causa... el legislador optó por mantener el requisito de la conciliación como acto previo...», pues la expresada comparecencia se refiere única y exclusivamente al juicio declarativo de menor cuantía, siguiendo todos los demás la regla general, que debe ser igualmente aplicable al retracto, por lo que, por el contrario, han de acogerse los fundamentos de la audiencia en cuanto: 1.º considera implícitamente derogados dichos artículos al resultar incompatibles con una Ley posterior a aquella en que habían sido aprobados; 2.º señala que, aún de acuerdo con la legislación anterior, el defecto únicamente comportaría la suspensión del curso de los autos, nunca su nulidad, pudiendo aportarse la certificación del acto conciliatorio, pero evidenciándose que no se llegaría a ningún resultado práctico, salvo la «dilación en el curso del procedimiento que, por economía procesal y de acuerdo con la Constitución, debe evitarse»; y 3.º «que la propia parte que alega tal defecto, con su actuación en los autos ha subsanado cuanto de defectuoso pudiera haber, cosa que no se admite, pretendiendo en este acto del procedimiento, en el momento de irse a dictar la sentencia resolviendo el recurso plantear una cuestión para dilatarla, cosa que se entiende no se debe permitir cuando momentos y oportunidades anteriores ha tenido tanto en la instancia como en el recurso para denunciarla; sin que finalmente se entienda se haya producido indefensión alguna ni menos aún infracción de precepto legal alguno, de acuerdo con la modificación introducida en la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley de 6 de agosto de 1984». Si a cuanto antecede se añade que el cauce que se utiliza es inadecuado, al no poderse alegar preceptos procesales para fundar el recurso de casación por infracción de Ley, siendo la vía correcta el número 3 del propio precepto, cuyas exigencias no se cumplen, como tampoco las del artículo 1.693, es claro que el motivo tiene que ser desestimado, al igual que el motivo tercero que, con idéntica e inadecuada vía procedimental, denuncia infracción de la Jurisprudencia de esta Sala que asigna el carácter de normas de orden público a las reguladoras del procedimiento, porque ello no se puede predicar de una norma derogada, ni todas las procesales son de «ius cogens», capaces de producir nulidad, sino sólo las que afectan a la sentencia del procedimiento (ver artículos 238 y siguientes, singularmente el 242 de la Ley de Ordenamiento del Poder Judicial).

Tercero: El motivo segundo alega infracción del artículo 1.524 del Código Civil en cuanto dispone 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». Es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha establecido que «el cómputo a partir de la inscripción sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación data de anterior fecha» (sentencia de 29 de febrero de 1958, que ratifica otras anteriores), pero no lo es menos que ello sólo se produce «con tal de que se dé como probado que el retrayente tuvo conocimiento de la venta con fecha anterior y que tal conocimiento sea completo» (sentencia de 5 de julio de 1972), siendo preciso para enervar la acción de retracto por caducidad del plazo de viabilidad que el retrayente conozca en momento oportuno, cabal y completo no sólo la venta, sino todas sus condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse ésta efectuado (sentencia de 18 de noviembre de 1971), extremos exigidos por las dos últimas sentencias citadas que pugnan con la apreciación y valoración probatoria llevada a cabo por los Juzgadores de instancia, sin que valga la afirmación en contra, hecha por quien recurre, de



que la retrayente tuvo pleno conocimiento antes de la inscripción, según confiesa al absolver las posiciones décima y decimoprimeras, pues por aquellos -los Juzgadores- se estableció que «tampoco puede deducirse tal conocimiento total de la venta por la contestación dada por la actora a las posiciones 10.a y 11.a, porque ellas no se pueden considerar aisladamente sino en relación con todas las demás del pliego, y sólo haciéndolo así con las contestaciones dadas a la octava y diecisiete, no puede llegarse a tal deducción», por lo que aplican que la inscripción se produjo en dos de junio y la demanda se presentó el diez del mismo mes, de manera tal que la recurrente hace supuesto de la cuestión, partiendo de unos hechos contrarios a los probados sin atacar su apreciación con cita del documento del que resulte el error ( número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), o de la norma valorativa de prueba que considere infringida ( número 5.º del propio precepto procesal), pues el artículo 1.524 del Código Civil no tiene tal carácter, y la Jurisprudencia de esta Sala confirma que la fuerza probatoria de la confesión ha de referirse al conjunto armónico de lo confesado, no a la estimación fragmentaria de las respuestas ( sentencias de 11 de junio de 1981, 22 de marzo y 27 de abril de 1983), sin que sea lícito, por ende, aceptarla en lo que al confesante perjudica y rechazarla en lo que le favorezca ( sentencias de 9 de marzo, 21 de mayo y 17 de diciembre de 1982), todo lo cual obliga a desestimar el motivo que nos ocupa, y el cuarto, que considera infringida la Jurisprudencia citada respecto el artículo 1.524 del Código Civil y concordante, sin duda por no haber entendido el recurrente su recto sentido o, entendiéndolo, repetimos, querer hacer supuesto de la cuestión, cosa prohibida en recurso extraordinario como el que nos ocupa, que ni permite realizar una nueva secuencia valorativa, ni es una tercera instancia.

Cuarto: Por imperativo legal ( artículo 1.715, párrafo último de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), al no haber lugar al recurso, han de imponerse las costas del mismo a la recurrente, decretando la pérdida del depósito constituido.

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 Procuradora doña Pilar Calvo Díaz, en nombre y representación de doña Begoña , contra la sentencia dictada en veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y ocho por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid ; la condenamos al pago de las costas del recurso; decretamos la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal; y a su tiempo, comuníquese esta resolución a expresada Audiencia, devolviéndole los autos y rollo de Sala que en su día remitió.

Así, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- José Luis Albácar López.- Eduardo Fernández Cid de Temes.- Jesús Marina Martínez Pardo.- Pedro González Poveda.- Jaime Santos Briz.- Rubricado.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado don Eduardo Fernández Cid de Temes, 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.