



Roj: **STS 3595/2007 - ECLI:ES:TS:2007:3595**

Id Cendoj: **28079110012007100595**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2007**

Nº de Recurso: **1490/2000**

Nº de Resolución: **605/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 3595/2007,**  
**SAP CR 261/2000**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Mayo de dos mil 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 Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tomelloso, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Alberto Pérez Ambite, en nombre y representación de D. Gabino , representado por el Letrado D. Antonio Castillo Fernández , siendo parte recurrida el Procurador D. Francisco Abajo Abril, en nombre y representación de D. Alfonso , representado por el Letrado D. Gregorio de la Morena Sanz.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- 1.- La Procuradora Sra. Sánchez Ruiz, en nombre y representación de D. Alfonso , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D. Gabino y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declare que el actor tiene derecho a retraer la participación dominical de la finca a que se refiere la demanda condenando al demandado para que dentro del término que se les señale otorgue a favor del actor la correspondiente escritura de venta bajo apercibimiento de otorgarla de oficio con imposición de costas al demandado.

2.- El Procurador Sr. Sánchez Carrasco, en nombre y representación de D. Gabino , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda, con imposición al demandante de las costas del juicio.

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 pruebas en sus respectivos escritos. La Iltre. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tomelloso, dictó sentencia con fecha 30 de junio de 1.999 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que desestimando la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales señora Sánchez Ruiz en nombre y representación de don Alfonso , contra D. Gabino debo declarar y declaro no haber lugar a la misma absolviendo al demandado de las pretensiones formuladas en su contra.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Alfonso , la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó sentencia con fecha 15 de febrero de 2000 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Por unanimidad, que estimando el recurso



de apelación interpuesto por la representación procesal del apelante don Alfonso , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tomelloso, en autos de retracto de comunes nº 131/98, debemos revocar y revocamos la misma, y por la presente, estimando la demanda formulada, se declara el derecho del actor a retraer por el precio de 6.900.000 pesetas, la mitad indivisa de la casa sita en Tomelloso en su CALLE000 , nº NUM000 a la que se hace referencia en la demanda, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración requiriéndole para que otorgue la correspondiente escritura de venta a favor del actor en el plazo que señale el Juzgado de instancia, con apercibimiento de otorgarla de oficio si no lo hiciere, y condenando al demandado al pago de las costas de la primera instancia, sin hacer expresa imposición de las causadas en esta alzada

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Alberto Pérez Ambite, en nombre y representación de D. Gabino , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: UNICO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que resultan aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Infracción de los artículos 1521 y 1524 y concordantes del Código civil en relación con el artículo 131 de la Ley Hipotecaria y la jurisprudencia de esta Sala al respecto.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Francisco Abajo Abril, en nombre y representación de D. Alfonso , presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 14 de mayo de 2007, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión jurídica que se plantea en casación es una sola, como único es el motivo del recurso y es la siguiente: el demandante en la instancia y parte recurrida en casación don Alfonso ejerció acción de retracto de comuneros, fundada en el artículo 1522 del Código civil en un caso de transmisión judicial en procedimiento hipotecario, por subasta. Presentó la demanda una vez verificado el remate, conforme a la regla 17ª del artículo 131, entonces vigente, de la Ley Hipotecaria antes de que se dictara el Auto de fecha 9 de marzo de 1999 aprobando el remate y ordenando las procedentes cancelaciones en el Registro de la Propiedad, título bastante para su inscripción.

Así, el problema es si el ejercicio del retracto se ha hecho en tiempo (y en forma: no se discute y no hay problema) o fuera de tiempo, al ser anterior al auto de aprobación del remate y adjudicación.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Tomelloso ha seguido la segunda postura al afirmar que para la adjudicación del inmueble y para que se entienda cumplida la traditio sin la cual no se perfecciona la transmisión del bien es necesario que por el Juzgado que está conociendo del procedimiento de ejecución hipotecaria se dicte el correspondiente auto de aprobación del remate y adjudicación del bien. Y concluye: dado que a la fecha de interposición de la demanda el demandado no tenía la condición de comprador es procedente la desestimación de la demanda.

Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial Sección 2ª , de Ciudad Real revoca la anterior, sigue el primer planteamiento y dice así: lo que no puede interpretarse, es que sirvan de fundamento jurídico para desestimar una demanda por haberse presentado "antes de tiempo", es decir antes de la aprobación del remate y máxime cuando en el transcurso del procedimiento, se ha producido dicho acto procesal que acredita al demandado como dueño del objeto del retracto así como todas las demás circunstancias recogidas en la demanda. La sentencia dictada, conduciría a lo ilógico de abocar de nuevo al actor a "repetir" el proceso, en "idénticas" condiciones. La única circunstancia que podría haber llevado a desestimar la demanda, con una sentencia de fondo, es que en el "momento" de dictarse la misma, no se hubieran dado los requisitos exigidos para la acción de retracto; por lo que estima la demanda.

El demandado ha interpuesto el presente recurso de casación manteniendo la posición seguida por él mismo desde la contestación a la demanda y por la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- No se plantea problema alguno en la aplicación del artículo 1521 del Código civil , es decir, el derecho de retracto, a la subasta judicial pues, como dice la sentencia de esta Sala de 8 de junio de 1995 , que cita reiterada jurisprudencia anterior, aún cuando la doctrina jurisprudencial es favorable a una orientación restrictiva respecto a la admisión de los supuestos del retracto legal prevenido en el artículo 1.521 del Código Civil , viniendo a excluir del mismo los actos transmisivos del dominio distintos de la compra y de la dación en pago o cesión solutoria, como, por vía de ejemplo, los casos consistentes en transmisión hereditaria, y por



permuta, donación y renta vitalicia, y aún cuando dicho precepto hable de compea y el 1.522 de enajenación, ello no autoriza a entender limitado el retracto a las adquisiciones derivadas del contrato 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. Este criterio de equiparación entre las enajenaciones contractuales y en pública subasta judicial a los fines del retracto legal de que tratamos, es el mantenido por la doctrina de ésta Sala. Lo que reitera la de 12 de febrero de 1996 : sea cual fuere las opiniones doctrinales sobre la adjudicación en subasta judicial, lo cierto es que el legislador las considera aptas para dar lugar al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, equiparándolas a las ventas. Así lo hace el propio Código civil desde su promulgación en el art. 1640 y la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido de 1964 y en el art. 33 . La jurisprudencia de esta Sala también ha reconocido reiteradamente, salvo con mínimas excepciones, que la adjudicación del objeto arrendado en pública subasta en un supuesto comprendido en los arts. 47 y 48 de esta última Ley (sentencias de 2 de marzo de 1959, 29 de enero de 1971 y 30 de junio de 1994 , y las que en ellas se citan), como no podía ser menos a la vista de lo preceptuado en el Código civil y en la propia LAU de 1964 .

El problema es el que se ha expuesto: si se puede ejercitar el retracto antes del acto de aprobación del remate y adjudicación del bien subastado. La misma sentencia citada, de 8 de junio de 1995 confirma tal posibilidad, con apoyo de reiterada jurisprudencia, en estos términos: En un caso en que la retrayente no esperó al otorgamiento de la escritura para deducir su pretensión, sino que lo hizo en los días siguientes a la adjudicación en una subasta del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria , el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de Junio de 1.927 , dijo: "... el artículo 1.254 del Código Civil, orientándose en sus concordantes, 1.258, 1.445 y 1.450 , ni prohíbe la presentación de las demandas de retracto antes de que los actos de cesión en los procedimientos judiciales sean formalizados y convalidados por la escritura pública, ni establece otra exigencia que la de que las acciones que se utilicen resulten ejercitadas dentro de los nueve días siguientes al de que se tenga conocimiento de la perfección y consumación de la enajenación por la transmisión y entrega del inmueble a la libre disposición del comprador...", y otra de 11 de Junio de 1.885 , ya se había pronunciado de manera semejante.

Antes de ésta, la de 11 de julio de 1992, decía: Aunque no se trata de cuestión pacífica y es cierto que una jurisprudencia relativamente ha venido sosteniendo que, en los casos de subasta judicial, el nacimiento de la acción de retracto no se produce hasta la consumación de la venta, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, la más reciente doctrina de esta Sala (Contenida en las SS. 30-10-1990 y 1-7-1991 ) ha venido a cambiar el anterior criterio jurisprudencial, en el sentido de que la aprobación judicial de la subasta, al entrañar la perfección del contrato (como dice la primera de ellas) o la consumación del mismo (como afirma la segunda), determina el nacimiento de la acción de retracto, a lo que puede agregarse, reforzando la argumentación de las expresadas sentencias, que con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o «ficta», al no ser «numerus clausus» la enumeración de formas espiritualizadas de tradición que hacen los arts. 1462. 2.º a 1464 del CC (SS. 31-10-1983 y 20-10-1989 ), entre otras], con lo que, consumada ya la venta por la concurrencia de título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante de la finca subastada), el posterior otorgamiento de la escritura pública, aunque imprescindible para otros efectos trascendentes (entre otros, el acceso de la adquisición al Registro de la Propiedad), no será necesaria para que, a los efectos aquí estudiados, concurra el requisito de la tradición (la instrumental del art. 1462.2.º del CC ), al haberse producido ya la misma con anterioridad en la forma «ficta» o simbólica antes expresada, por lo que con arreglo a dicha doctrina, que es la que mantiene esta Sala, la acción de retracto, en caso de subasta judicial, nace desde la celebración de dicha subasta.

Se han citado otras sentencias que no hacen sino reiterar una doctrina evidente, la base del retracto es el conocimiento de la enajenación que es su presupuesto: la de 7 de abril de 1994 insiste en que el dies a quo para el cómputo del plazo de caducidad es la fecha de inscripción, a no ser que antes tuviera conocimiento de la compraventa. La de 27 de julio de 1996 destaca algo incuestionable: El plazo para retraer comienza con el conocimiento cabal de la enajenación.

De lo que se desprende que la esencia de la doctrina jurisprudencial es la necesidad del completo conocimiento de la transmisión para el ejercicio del retracto, es decir, para la determinación del dies a quo del plazo de caducidad.

Más todavía: la sentencia de 30 de octubre de 1990 rechaza, por aplicación del breve término de caducidad, el retracto de comuneros por razón de que antes de la inscripción en el Registro de la Propiedad e incluso, a la de la fecha del otorgamiento de la escritura pública, había conocido las condiciones de venta por razón



de la subasta practicada y dice literalmente: la finalidad de este plazo es fomentar la diligencia del comunero para que, cuando por los medios que sean al margen de la constancia registral en su caso, se ha acreditado que conoce la transmisión a un extraño de la parte correspondiente al otro u otros condueños o comuneros, pueda actuar ejercitando su derecho de adquisición preferente siempre y cuando la realice en este plazo de nueve días; y concluye: en el plano sustantivo en que ha de ubicarse esta decisión, la disociación entre esa perfección y esa «consumación» no puede tener acogida porque, se repite, remitiendo ese art. 1524 al dato de que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta, dicha venta o dicho contrato de compraventa existe desde que el mismo se perfecciona y la perfección, en los términos fijados en tales preceptos en su adecuada contemplación al proceso de adjudicación judicial de que trae causa la adquisición del demandado, ha de ceñirse a cuando se da la concurrencia de los elementos esenciales del contrato, esto es, la existencia de ese mero consentimiento o cuando se haya convenido sobre la cosa objeto del contrato y el precio, y a lo que, sin más, equivale que después de la subasta se efectúa la cesión y correspondiente adjudicación al Banco demandado en la fecha calendada, en cuyo caso o desde entonces es, pues, cuando existen o acontecen, aquellos presupuestos determinantes de la constitución o perfección del contrato, y ello con independencia de que la llamada «consumación» del mismo (que no es, sino en rigor, más que la observancia de la forma adecuada por el art. 1280 del C.C .) no tenga lugar hasta posteriormente el momento de la suscripción de la escritura de compraventa.

TERCERO.- El único motivo del recurso de casación se funda en el número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los artículos 1521 y 1524 y concordantes del Código civil en relación con el artículo 131 de la Ley Hipotecaria y jurisprudencia que cita. En tal motivo se mantiene la postura que había sustentado desde la contestación a la demanda, es decir, que no podía haber ejercitado la acción de retracto hasta después del auto aprobando el remate; se insiste una y otra vez en que la venta no se produjo en la subasta, sino en el auto de aprobación del remate.

En el fundamento anterior se ha expuesto la doctrina jurisprudencial de los últimos años. Ciertamente, como se indica en tales sentencias, hubo anteriormente otra línea que mantenía que el cómputo empezaba en la escritura pública o su equivalente, el auto de aprobación del remate (como la de 1 de julio de 1991 ) pero la jurisprudencia moderna acepta que puede ejercitarse la acción de retracto cuando se haya perfeccionado la compraventa (como podría ser un documento privado sin tradición) o se ha celebrado la subasta judicial, con remate y adjudicación (aun antes del auto) puesto que el retrayente conoce todos los términos de la transmisión.

Así, se cumple y no se infringe el artículo 1521 del Código civil pues el retrayente se subroga con las mismas condiciones, en el lugar del que aparece como adquirente en la subasta pública y lo hace en el breve plazo de caducidad desde que tiene, en dicha subasta, conocimiento completo y exhaustivo de los elementos del contrato o más bien, de la transmisión, que no es otro que la subasta. Y así lo mantiene la jurisprudencia reiterada en las últimas décadas, que llega a declarar caducada la acción si deja pasar aquel plazo (la citada sentencia de 30 de octubre de 1990 .

Por ello, procede desestimar el recurso de casación e imponer las costas a la parte recurrente, por imperativo del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

## FALLAMOS

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por el Procurador D. Alberto Pérez Ambite, en nombre y representación de D. Gabino , respecto a la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real en fecha 15 de febrero de 2000 , que se confirma en todos sus pronunciamientos.

Segundo.- Se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas de su recurso.

Tercero.- Líbrese a la mencionada Audiencia 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 .- XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.-ANTONIO SALAS CARCELLER.-JOSE ALMAGRO NOSETE.- RUBRICADOS.-

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil





## VOTO PARTICULAR

FECHA:25/05/07

Disiento, respetuosamente, del criterio mayoritario, expresado en la sentencia, que, identifica, con toda claridad, el "dubium" planteado, esto es, "si se puede ejercitar el retracto antes del acto de aprobación del remate y adjudicación del bien subastado". La sentencia mantiene que la compraventa judicial se perfecciona, aún antes de haberse dictado el auto de aprobación del remate, con lo que va mas allá de la invocada, como "moderna", doctrina jurisprudencial. En efecto, pese a que estas sentencias citadas, consideren que es el momento de la perfección y no el de la consumación el que sirve para determinar el dies "a quo" del cómputo, ni siquiera este criterio anticipatorio del ejercicio del derecho de retracto se sigue; por cuanto confunde el remate con el acto formal de la perfección contractual, no otro en la subasta que el auto de la aprobación del remate.

Expongo, por ello, los fundamentos jurídicos, en los que estimo, debiera haberse basado la sentencia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doctrina jurisprudencial ininterrumpida de esta Sala sostiene que: "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" (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1997). Mas explicita y recientemente, se insiste en que: "el ejercicio de la acción de retracto está supeditado al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, 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, como afirma la sentencia de 8 de junio de 1965 con abundante cita jurisprudencial; ahora bien, este conocimiento ha de referirse a una compraventa ya consumada en que la transmisión del dominio ha sido realizado mediante la tradición no siendo suficiente la simple perfección del contrato. En este sentido dijo la sentencia de 20 de mayo de 1943 que "la mas extendida y reciente doctrina legal remite el punto de partida para el cómputo de los nueve días al conocimiento por el retrayente de la consumación de la venta, por tradición real o ficta de la cosa vendida", y la sentencia de 6 de junio de 1988 dice que "la doctrina legal afirma: .....Segundo Que el conocimiento sea cabal y completo, referido a todos los pactos y condiciones de la venta, en el momento de su consumación, no en el de su perfección, de tal manera que pueda decidir si le conviene o no retraer, incluso aunque conozca un precio que le haya parecido caro (sentencias de esta Sala de 10 de octubre de 1901, 19 de junio de 1920, 3 de diciembre de 1955, 22 de marzo de 1962, 28 de mayo de 1963, 30 de noviembre de 1967, 18 de noviembre de 1971, 5 de mayo de 1972, 18 de octubre de 1980 y 12 de diciembre de 1986 , entre otras muchas)". De esta doctrina jurisprudencial se pone de manifiesto que el nacimiento de la acción de retracto surge a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección" (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2002 ).

SEGUNDO.- Refiriéndose, en concreto, al momento en que se opera la transmisión de la propiedad, en caso de subasta judicial, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 1997 , determina que: "en el supuesto de subasta de bienes inmuebles la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura (que confiere la posesión civilísima) sería la operación de consumación del acto procesal enajenatorio". Y mas adelante consigna: "en la actualidad, después de la Ley 10/1992 , la modificación introducida que elimina la "escritura" y revaloriza el auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo con las circunstancias que expresa, es "título bastante" para la inscripción registral, no significa que se trastoquen los conceptos legales a que responde el sistema; pues sigue siendo el momento en el que el adquirente entra en posesión civilísima del inmueble el que hace claudicar la oportunidad de la tercería de dominio. Así pues, promulgada la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1.514 , con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos (artículo 1.515)".

TERCERO.- Las sentencias que cita la sentencia de la que se discrepa, en ningún caso autorizan la conclusión a que se llega en el asunto presente en relación con el tema debatido, pues la de 8 de junio de 1995, se refiere a una adjudicación en subasta ya producida y lo mismo ocurre con la de 11 de julio de 1992, limitada a un caso en que se consideró que la consumación de la transmisión en subasta se había producido por la adjudicación al rematante de la finca subastada. Pero, a pesar del discutible momento al que se atribuye la consumación de la venta judicial, asimilando la consumación a la perfección, lo que ninguna hace es considerar que la perfección acontece con el remate, por lo que no es procedente admitir, -según hace la sentencia objetada-, como válido el ejercicio de la acción de retracto tras la subasta y remate y antes del auto aprobándolo.

CUARTO.- Consecuentemente, procedía haber acogido el motivo casacional, con el resultado que establece la sentencia de primera instancia, es decir: "que para la adjudicación del inmueble y para que se entienda



cumplida la traditio sin la cual no se perfecciona la transmisión del bien es necesario que por el Juzgado que está conociendo del procedimiento de ejecución hipotecaria se dicte el correspondiente auto de aprobación del remate y adjudicación del bien". Y concluye: "dado que a la fecha de interposición de la demanda el demandado no tenía la condición de comprador es procedente la desestimación de la demanda".

Por tanto, el resultado debería haber sido la estimación del recurso por las razones consignadas, sin imposición de costas.- JOSE ALMAGRO NOSETE.-RUBRICADO PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia y VOTO PARTICULAR por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ